

# Administración de Andalucía

## Revista Andaluza de Administración Pública

■ 85/2013

Enero-Abril

### ESTUDIOS

*José María Souvirón Morenilla*  
Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?

*Federico A. Castillo Blanco*  
La subsanación en la acreditación de méritos en procesos selectivos del personal al servicio de las administraciones públicas.

*José Luis Márquez Diéguez*  
Competencia funcional, alcance y procedimiento en las autorizaciones judiciales de entrada para la ejecución forzosa de actos administrativos y en las autorizaciones judiciales para protección de la propiedad intelectual vulnerada desde servicios de la sociedad de la información.

*José Zamorano Wisnes*  
Comentarios al Decreto-Ley 5/2012 de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía.

### JURISPRUDENCIA

#### Comentarios de Jurisprudencia

Naturaleza de los "controles sobre el terreno" en la ejecución de la política agraria común.  
Aproósito de la STSJA de 14 de febrero de 2013.  
*Dario Canterla Muñoz*

#### Notas de Jurisprudencia

#### CRÓNICA PARLAMENTARIA

La tramitación parlamentaria del Decreto-Ley 6/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.  
*Manuel Medina Guerrero*

### DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Los Consejos de Justicia Autonómicos. El Consejo de Justicia andaluz.

Reflexiones sobre la legalidad y oportunidad del Decreto Ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.

Crónica del curso "La nueva regulación del audiovisual".

### RESEÑA LEGISLATIVA

#### NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: El Decreto-ley 2/2013, de 12 de marzo, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía: posibles problemas de constitucionalidad.

#### 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 85**

**Enero-Abril 2013**

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 (acreditado como Catedrático) 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)



# SUMARIO

Pág.

---

## ESTUDIOS

<i>José María Souvirón Morenilla</i> Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?	13
<i>Federico A. Castillo Blanco</i> La subsanación en la acreditación de méritos en procesos selectivos del personal al servicio de las Administraciones Públicas.	75
<i>José Luis Márquez Diéguez</i> Competencia funcional, alcance y procedimiento en las autorizaciones judiciales de entrada para la ejecución forzosa de actos administrativos y en las autorizaciones judiciales para protección de la propiedad intelectual vulnerada desde servicios de la sociedad de la información.	107
<i>José Zamorano Wisnes</i> Comentarios al Decreto-Ley 5/2012 de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía.	149

---

## JURISPRUDENCIA

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Naturaleza de los “controles sobre el terreno” en la ejecución de la política agraria común. A propósito de la STSJA de 14 de febrero de 2013 <i>(Darío Canterla Muñoz)</i>	187
---	-----

### 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>	225
--	-----

#### 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> )	241
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ( <i>José L. Rivero Ysern</i> )	265

---

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

La tramitación parlamentaria del Decreto-Ley 6/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.  
(*Manuel Medina Guerrero*)

307

---

## DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Los Consejos de Justicia Autonómicos. El Consejo de Justicia andaluz. ( <i>Miguel Ángel Pareja Vallejo</i> )	321
Reflexiones sobre la legalidad y oportunidad del Decreto Ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda. ( <i>María del Mar Caraza Cristín</i> )	353
Crónica del curso “La nueva regulación del audiovisual”. ( <i>Daniel Toscano Díaz</i> )	389

# RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de las Unión Europea. <i>(Lucía Millán Moro)</i>	405
Crónica normativa de la Junta de Andalucía. <i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	443
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	459

---

# NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

## INFORME:

El Decreto-ley 2/2013, de 12 de marzo, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía: posibles problemas de constitucionalidad. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	467
--	-----

---

# NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	475
------------------------------	-----

# RECENSIONES

- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIO, J.M. (2012).  
*La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters - Aranzadi, S.A.  
230 págs.  
(José María de la Hera Martín) 487
- GUICHOT REINA, E. (coord.): *Derecho de la comunicación*,  
(2ª ed.), Iustel, Madrid, 2013, 296 págs.  
(María de los Ángeles Fernández Scagliusi) 493
- CASARES MARCOS, A., *Principio de Legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora*. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012, 424 págs.  
(José Ignacio Morillo-Velarde Pérez) 497
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*,  
Iustel, 2013, 177 pp.  
(Emilio Guichot Reina) 500
- 

# BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO**  
(Javier E. Quesada Lumbreras) 511



# 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





# Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?

*José María Souvirón Morenilla*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Málaga

SUMARIO<sup>1</sup>: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RECIENTE REFORMA DE LA ASISTENCIA SANITARIA. 1. Medidas para la reforma estructural del SNS. 2. Cambio en el modelo de cobertura: la condición de “asegurado” como nuevo eje. 3. Nuevo régimen de la cartera de servicios. 4. Medidas de cohesión y de garantía financiera del SNS. 5. Medidas sobre la prestación farmacéutica: la participación de los usuarios en el pago de la prestación. 6. Medidas en materia de recursos humanos. 7. Medidas de eficiencia en el SNS: la llamada central de compras. 8. Una referencia de interés concomitante: la reforma en la atención a las personas en situación de dependencia. III. INCIDENCIA Y CLAVES DE LA REFORMA SANITARIA. 1. La incidencia de la reforma en el acceso a la asistencia sanitaria pública y sus prestaciones. 2. ¿Involución en el modelo de cobertura sanitaria pública? 3. Algunos problemas jurídicos. 4. La posición de las Comunidades Autónomas ante la reforma y las cuestiones pendientes: el ATC de 13.12.2012. IV. LA PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA Y SUS FORMAS DE GESTIÓN. 1. Las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública y su evolución. 2. La actual diversidad de fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria pública y la concesión sanitaria. 3. ¿Expansión de la gestión concesional?: el Plan para la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid. V. EL MARCO EUROPEO DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA ASISTENCIA SANITARIA. 1. Los servicios de interés económico general. 2. Las novedades del Tratado de Lisboa: servicios de interés general económicos y no económicos. 3. El Derecho derivado y el “nuevo paquete armonizador”. 4. El régimen comunitario de los servicios y la asistencia sanitaria. VI. CONCLUSIONES.

---

<sup>1</sup> *Abreviaturas*: AGE: Administración General del Estado; EEE: Espacio Económico Europeo; ATC: Auto del Tribunal Constitucional. INGS: Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social; LCCSNS: Ley 16/ 2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Sa-

## RESUMEN

La asistencia sanitaria pública en España ha sido objeto de una reforma que, entre otros apartados, afecta al ámbito subjetivo del derecho a dicha asistencia y a las correspondientes prestaciones. El carácter universal y gratuito que hasta ahora presidía el Sistema Nacional de Salud (SNS) ha sido reformulado con la conversión del aseguramiento por la Seguridad Social en criterio básico a tal fin y la introducción del pago o copago en determinadas prestaciones y servicios. Por otra parte y de modo simultáneo algunas Comunidades Autónomas han apostado por un mayor protagonismo del sector privado en la gestión, mediante concesión administrativa, de los hospitales y servicios sanitarios públicos. Estas reformas buscan una racionalización de la asistencia sanitaria pública y un mayor ahorro en el gasto de las Administraciones responsables, pero pueden significar un cambio de nuestro actual modelo sanitario. Ante ese horizonte pasamos revista finalmente a lo establecido por el Derecho de la Unión Europea sobre el servicio público y los servicios de interés general.

Palabras clave: Asistencia sanitaria. Comunidades Autónomas. Concesiones. Competencia. Gestión pública y privada. Hospitales. Privatización. Servicios de interés general. Servicio público. Sistema Nacional de Salud. Tribunal Constitucional. Unión Europea.

## ABSTRACT

Public health assistance in Spain has been recently reformed. Among others fields, with respect to the right to public assistance under the National Health System (SNS) and to the corresponding services. Universality and free of charge access to the services, as principles of the SNS, have been shaded with new determinations as the inclusion in Social Insurance and the obliged payment of supplementary services. Besides some Regions have decided that public hospitals and health services will be managed by private entities. The reform intends to reduce public expenses, but it could mean as well a change in our model of health assistance as a public service. With that landscape we also analyze the rules of the European Union law on general interest services and health assistance.

Key Words: Health assistance. Regions. Competition. Public and private management. Hospitals. Privatization. General interest services. Public service. National Health System. Constitutional Court. European Union.

---

lud ; LD: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia; LE: Ley orgánica 4/ 2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; LGS: Ley 14/ 1986, de 25 de abril, General de Sanidad; LGSP: Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; LM: Ley 29/ 2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; R. D. L.: Real Decreto Ley; SNS: Sistema Nacional de Salud; UE: Unión Europea. TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de 2011 y 2012, y ante la crisis económica que desde 2008 padece Europa, especialmente los países del sur, España ha adoptado una serie de medidas que, empezando por la reforma de la Constitución (de su artículo 135), se han concretado, además de en las últimas leyes de presupuestos, en un rosario de Reales Decretos–Leyes que con esa crisis como causa declarada y la necesidad de reducir el déficit público como objetivo han afectado a muy diversos sectores. La crisis, en efecto, ha llevado a nuestro país a una situación de endeudamiento al parecer únicamente soluble con esa reducción del déficit público, la austeridad en el gasto de las Administraciones y el severo control a tal fin que, en el marco del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, ya permiten ese artículo 135 de la Constitución y la nueva Ley de Estabilidad Presupuestaria que lo ha desarrollado<sup>2</sup>.

Por la urgencia con que tales medidas se han adoptado parece estábamos ante una situación de emergencia. Pero, aun así, esas medidas ¿han sido, son, meramente coyunturales o de más largo alcance? Aunque algunas de ellas decían extender su vigencia sólo al año 2012, era claro (argumentadas como estaban por la necesidad de reducir el déficit público) que las mismas persistirían como poco a medio plazo, y otras tienen una explícita voluntad de permanencia (los Decretos Leyes califican las reformas que introducen de “estructurales” y “permanentes”). En suma, la acción gubernamental, aun determinada por los problemas económico–financieros y presidida por los recortes presupuestarios, se ha concretado en un decidido cambio del marco legal vigente. Entre otros sectores, en el de la asistencia sanitaria pública y sus prestaciones.

Pero en un tramo más de las novedades en este mismo campo, a ello se ha añadido, por otra parte, y con ruido (el de la huelga de la sanidad pública de la Comunidad de Madrid ante algunos proyectos del Gobierno de ésta), una medida concomitante en el tiempo, en su causa –la crisis financiera de las Administraciones públicas– y es posible que también en el fondo de la cuestión. Me refiero a la llamada privatización o externalización de la gestión de hospitales y centros de salud públicos de dicha Comunidad incluida en el “Plan para garantizar la sostenibilidad” de su sistema sanitario público (su denominación coincide con la del Real Decreto Ley 16/ 2012, de reforma sanitaria, al que después nos referiremos<sup>3</sup>) y cuya repercusión sobre el conjunto del Sistema Nacional de Salud (SNS), como línea de tendencia de éste, no cabría descartar.

<sup>2</sup> Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

<sup>3</sup> “Plan de medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid. Presupuesto 2013”.

Esos dos apartados (ámbito cubierto por la asistencia sanitaria pública, y forma pública o privada de su gestión) resultan centrales en la consideración de las prestaciones colectivas, en este caso las sanitarias, como servicio público. Por ello y como un último apartado, he querido pasar revista a las últimas novedades del Derecho comunitario europeo sobre los servicios de interés general (noción trasunto de la tradicional de servicio público). Porque institucionalizados aquéllos en esencia por su finalidad y no por el carácter público de su titular o gestor, la referencia al Derecho de la Unión Europea podría ser argumentada con uno u otro designio en el horizonte que pudiera estar gestándose para la asistencia sanitaria en nuestro país.

Vamos, pues, a abordar esos tres apartados no sólo por su interés en sí mismos considerados, sino también porque los mismos pudieran quedar entrelazados en un hipotético camino de nuestro Sistema Nacional de Salud hacia un diferente modelo de cobertura y gestión de sus prestaciones.

## II. LA RECIENTE REFORMA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

### 1. Medidas para la reforma estructural del SNS.

Las recientes medidas sobre la asistencia sanitaria pública han sido de diverso cariz. Algunas derivan de las restricciones establecidas con carácter general para todo el sector público por el Real Decreto-Ley 20/2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público<sup>4</sup>, aunque éste incluía para el sector sanitario algunas especificaciones mitigadoras de su estricto alcance<sup>5</sup>, previsiones éstas que fueron refrendadas por la Ley de Presupuestos del Estado para 2012<sup>6</sup>, también con algunos matices para el sector sanitario<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Disminución de las retribuciones del personal; congelación de la oferta de empleo público; prohibición de contratos temporales y del nombramiento de interinos, salvo excepcionalmente y para necesidades urgentes e inaplazables que afecten a funciones o servicios esenciales; incremento de la jornada de trabajo; incremento de las cotizaciones sociales, por derechos pasivos y de las mutualidades de cobertura de los funcionarios (MUFACE, MUGEJU e ISFAS). En esencia estas previsiones se mantienen tras la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para 2013.

<sup>5</sup> Así, no aplicación de la congelación de plantillas hasta un 10 por 100 de la tasa de reposición de efectivos en el caso de las plazas de hospitales y centros del SNS; reconocimiento de una moratoria en el pago a la Seguridad Social por parte de las Instituciones sanitarias públicas (art. 35 y disp. ad. 1ª del R. D. L. 20/2011).

<sup>6</sup> Ley 2/ 2012, de 29 de junio.

<sup>7</sup> Prohibición de la contratación de personal temporal o nombramiento de personal estatutario temporal salvo en caso excepcionales y para necesidades urgentes e inaplazables en funciones y categorías



Pero, como apartado mucho más significativo, estas determinaciones se han visto acompañadas de una serie de medidas específicas para el SNS que, vehiculadas a través de otro Real Decreto-Ley, el 16/ 2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, han incidido sustantivamente sobre el modelo de asistencia sanitaria pública construido por la Ley General de Sanidad de 1986 (LGS) y la Ley de Cohesión y Calidad del SNS de 2003 (LCCSNS).

El Real Decreto-Ley 16/2012<sup>8</sup> califica el SNS como “uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar, por su calidad, vocación universal, amplitud de sus prestaciones, su sustentación en el esquema progresivo de los impuestos y la solidaridad”. Pero reconoce que el mismo se encuentra ante serias dificultades: en esencia, una situación de grave dificultad económica sin precedentes (que atribuye a la ausencia de normas comunes sobre la cobertura por el SNS en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual de las prestaciones, la inadecuación de algunas de éstas a la realidad socioeconómica y el uso no racional de los medicamentos y tratamientos), la descoordinación entre los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, en el que el SNS está descentralizado, y las diferencias existentes entre éstas en cuanto a las prestaciones y servicios, lo que no puede menos que incidir en la cohesión territorial y la equidad. Todo ello lo estima incompatible con la sostenibilidad de la sanidad pública y la viabilidad de los sectores empresariales que con ella se relacionan (una referencia ésta a las deudas acumuladas de la sanidad pública con sus proveedores), mucho más dados los actuales retos de la asistencia sanitaria (envejecimiento de la población, incorporación de innovaciones terapéuticas) que conllevarán un incremento del gasto sanitario<sup>9</sup>.

Sobre esta base, y con dos objetivos fundamentales (una mayor eficiencia en el gasto y la armonización de las prestaciones y servicios provistos por las Comunidades Autónomas), el Real Decreto-Ley 16/ 2012 proclama tener como finalidad una “reforma estructural” del SNS tendente a reforzar su sostenibilidad, así como garantizar a los ciudadanos, con igualdad de trato en todo el territorio nacional, “una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal”<sup>10</sup>. Así pues, en su expresión literal, el Real Decreto-Ley parece querer garantizar la permanen-

---

prioritarias que afecten al funcionamiento de servicios públicos esenciales, en este caso sin límite de reposición (art. 23.Dos), y previsiones sobre las retribuciones del personal del INSALUD (art. 32).

<sup>8</sup> Su art. 5 (que modificaba el Real Decreto 823/ 2008, de 16 de mayo, sobre márgenes y descuentos a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano), modificado por Real Decreto Ley 19/ 2012, de 25 de mayo.

<sup>9</sup> Cf. E.M. del R.D. L. 16/ 2012.

<sup>10</sup> Cf. E.M. del R.D.L. 16/2012.

cia de los rasgos que hasta ahora y junto al principio de igualdad efectiva en todo el territorio español y la superación de los desequilibrios territoriales y sociales, han venido definiendo al SNS desde la Ley General de Sanidad, promulgada en 1986 para desarrollar el derecho a la protección a la salud consagrado por el artículo 43 CE<sup>11</sup>.

## 2. Cambio en el modelo de cobertura: la condición de “asegurado” como nuevo eje.

Una de las medidas fundamentales del Decreto-Ley 16/2012 –dice su E.M.– es la “clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país”<sup>12</sup>. Veamos en qué consiste tal clarificación.

Hasta ahora, establecido el derecho de los ciudadanos a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia o en aquella otra en que se encontrara desplazado (art. 4 LCCSNS), en condiciones de igualdad efectiva y calidad, como expresión del “aseguramiento universal y público por parte del Estado” (art. 2 LCCSNS), se reconocían como titulares de ese derecho (art. 3 LCCSNS): a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de la L.O. 4/200, de Extranjería (LE)<sup>13</sup>. b) Los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea (en este caso sólo en cuanto a los derechos derivados del Derecho comunitario y de los tratados y convenios suscritos por España que les resultaran de aplicación). c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea (sólo respecto los derechos que les reconozcan las leyes y los tratados y convenios suscritos).

Pues bien, el Real Decreto-Ley 16/2012 (que modifica a tal fin la LCCSNS<sup>14</sup>) altera estas previsiones con una nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria y previsiones rigurosas para el control de su ejercicio. Así, y eliminadas las precisiones de ese art. 12 de la Ley de Extranjería (el nuevo texto

<sup>11</sup> Cf. los arts. 1.2; 3.2; 10; 12; 16; 33; y 46.1 LGS; y arts. 2 y 4 LCCSNS.

<sup>12</sup> E.M.II del R.D. L. 16/ 2012.

<sup>13</sup> El art. 12 de la Ley de Extranjería reconocía a los extranjeros que se encontraran en España el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante enfermedades graves o accidentes hasta el alta médica, así como durante el embarazo, parto y postparto, y en todo caso si eran menores de 18 años o estaban inscritos en el Padrón del municipio de su residencia habitual, la misma asistencia que a los españoles.

<sup>14</sup> Nuevos arts. 3 y 3 Bis de la LCCSNS.

que el Real Decreto–Ley da a este artículo se limita a decir que “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia de asistencia sanitaria”<sup>15</sup>), el derecho a la asistencia sanitaria responde ahora al siguiente nuevo esquema<sup>16</sup>.

1º) El requisito básico para disfrutar con carácter general de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del SNS es la condición de “asegurado” o de “beneficiario de un asegurado”.

Tienen la condición de “asegurado”: a) En todo caso –sin distinguos entre españoles y extranjeros– los trabajadores por cuenta ajena o cuenta propia afiliados a la Seguridad Social en situación de alta o asimilada a la de alta, o pensionistas de ésta; los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo; o quienes, agotada la prestación o el subsidio por desempleo, figuren inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo. b) Quienes, fuera de los anteriores supuestos, sean españoles con residencia en España; nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea, del EEE o de Suiza que residan en España (estando inscritos en el Registro Central de Extranjeros)<sup>17</sup>; o nacionales de otros Estados, o apátridas, con autorización de residencia en España; en todos estos casos siempre que acrediten no superar el límite de ingresos determinados reglamentariamente (el Real Decreto 1192/2012 lo ha concretado en 100.000 euros al año).

---

<sup>15</sup> Por otra parte, el mismo Real Decreto–Ley 16/2012 (D.F.5ª) modifica el art. 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE, para condicionar el derecho de residencia en España por tiempo superior a tres meses a que, entre otras condiciones, dispongan de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.

<sup>16</sup> Conforme al art. 3 LCCSNS, reformado por el R.D.L. 16/2012. El Real Decreto 1192/ 2012, de 3 de agosto, lo desarrolla en este punto.

En todo caso las personas que con anterioridad al Real Decreto–Ley tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España podrían seguir accediendo a la misma hasta el día 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de asegurado en los términos previstos en el artículo 3 de la LCCSNS (disp. tr. 1ª del R.D.L. 16/ 2012).

<sup>17</sup> La disp. ad. 1ª del Real Decreto–Ley 16/2012 establece el régimen para los españoles residentes en el exterior en estos términos. Su derecho a la protección de la salud se regirá por lo dispuesto en la Ley 40/ 2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía en el Exterior y su normativa de desarrollo. Pero añade que los trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en Estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el EEE y de Suiza que se desplacen temporalmente a España tendrán derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos con cargo al SNS cuando, de acuerdo con las disposiciones de la Seguridad Social española, las del Estado de procedencia o las normas o convenios de seguridad social al efecto, no tuvieran prevista esta cobertura. Estos mecanismos han sido desarrollados por el R.D. 1192/ 2012 (disp. Ad. 1ª).

Tienen, por su parte, la condición de “beneficiario de un asegurado”, siempre que no sean ya asegurados y residan autorizadamente en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, el excónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo de éste menores de 26 años o con una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100<sup>18</sup>.

2º) Quienes no tengan la condición de asegurado o beneficiario de un asegurado pueden, no obstante, obtener la prestación de asistencia sanitaria a través del SNS mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial<sup>19</sup>.

3º) Establecido así el nuevo esquema básico<sup>20</sup>, no obstante, y a modo de cláusula de residuo (y por tanto para las situaciones no subsumibles en los dos supuestos anteriores), se contempla la llamada “asistencia sanitaria en situaciones especiales”<sup>21</sup>, en cuya virtud los extranjeros, aun no registrados ni autorizados como residentes en España (por ejemplo, los inmigrantes irregulares, los transeúntes), recibirán asistencia sanitaria –sólo– de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, o por embarazo, parto y postparto, aunque los menores de 18 años recibirán asistencia en todo caso y en “las mismas condiciones que los españoles”<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> El R.D. 1192/ 2012 (art. 3.1) añade a esta noción la de “asimilado a beneficiario” (menores sujetos a la tutela o acogimiento de un asegurado, hermanos de un asegurado, etc.).

<sup>19</sup> El Real Decreto 1192/ 2012 –disp. ad. 3ª– precisa que podrán acogerse a este supuesto los no asegurados o beneficiarios que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título.

<sup>20</sup> El régimen de la asistencia sanitaria de los titulares o beneficiarios de los regímenes especiales de la seguridad social de los funcionarios públicos que gestionan sus respectivas Mutualidades (MUFACE, MUGEJU, ISFAS) no queda modificado por esta nueva regulación (nuevo texto del art. 3.6 de la LCCNS).

<sup>21</sup> Nuevo art. 3 Ter de la LCCNS, introducido por el Real Decreto–Ley 16/2012,

<sup>22</sup> Se recoge así el anterior tenor del art. 12 de la Ley de Extranjería, a excepción de la equiparación con los españoles que éste establecía también para los extranjeros inscritos en el padrón del municipio donde residieran habitualmente.

En sus términos literales el alcance del precepto es problemático. Primero, porque, aunque la equiparación de los extranjeros menores con los españoles aparenta voluntad tuitiva para con aquéllos, los españoles no tienen de suyo asegurada la asistencia salvo que se encuentren en una de las situaciones citadas: ser asegurado o beneficiario de un asegurado, pagar la prestación que reciba, suscribir un convenio especial a tal fin. No obstante, como por razón de “pobreza” (no tener ingresos superiores a 100.000 euros anuales), los españoles y extranjeros residentes en España se presumen “asegurados”, la equiparación hallaría en este último dato su sentido tuitivo.

Por otra parte, el precepto sólo contempla esta “asistencia sanitaria en situaciones especiales” para los extranjeros y no los españoles. ¿Quiere ello decir que un español no “asegurado” (por no estar afiliado a la Seguridad Social, no ser pensionista, o superar el límite de “pobreza”) o que no haya suscrito el correspondiente convenio especial al efecto, por ejemplo, un rentista que supere dicho límite, y que por ello no

Junto al nuevo esquema de cobertura expuesto<sup>23</sup>, otra novedad del Real Decreto Ley 16/2012<sup>24</sup> es la regulación del reconocimiento y control de la condición de “asegurado” y de “beneficiario” de asegurado, y la especificación de que ello corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el cual determinará los requisitos documentales a establecer en cada caso. Dicho reconocimiento es condición para la efectividad del derecho a la asistencia sanitaria a satisfacer por las Administraciones sanitarias, las cuales expedirán la correspondiente tarjeta sanitaria individual (en ella surtirán los efectos que procedan derivados de la modificación o variación que consigne el INSS)<sup>25</sup> (como luego veremos este dato es relevante, al someter la expedición por las Comunidades Autónomas de la tarjeta sanitaria, que permite el acceso a la asistencia sanitaria pública, a un control estatal previo centralizado a través del INSS). La especial preocupación por el control de la condición de asegurado, particularmente en el caso de los extranjeros, subyace, en fin, a las previsiones sobre control y cesión de datos entre el INSS y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y entre aquél y los órganos competentes en materia de extranjería que asimismo el Real Decreto–Ley 16/2012 incorpora<sup>26</sup>.

Hasta aquí las previsiones concretas del Real Decreto Ley 16/2012 en cuanto a la condición de asegurado. Posteriormente nos detendremos en su alcance sustantivo y otras implicaciones.

### 3. Nuevo régimen de la cartera de servicios.

Como segunda medida, el Real Decreto Ley 16/ 2012 incluye una nueva regulación de la cartera de servicios del SNS que –dice su E.M. IV– solvente su actual desorden, mejore la eficiencia basada en el análisis coste–beneficio y logre la homogeneidad entre los servicios de salud de las distintas Comunidades Autónomas.

Hasta ahora la LCCSNS distinguía (no con excesiva claridad) entre la cartera de servicios (prestaciones) del SNS y la respectiva cartera de servicios de cada

---

tendrá cobertura sanitaria por el SNS, no podrá disfrutar de esa “asistencia sanitaria en supuestos especiales”? Así parece hay que entenderlo, salvo en el caso de los menores sujetos a tutela, a los que el R.D. 1192 (art. 2.2), de desarrollo del R.D.L. 16/2012, otorga la condición de asegurado.

<sup>23</sup> Desarrollado por el R.D. 1192/ 2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud.

<sup>24</sup> Que a tal fin introduce en la LCCSNS un nuevo artículo 3 Bis.

<sup>25</sup> El R.D. 1192/ 2012 (arts. 4–6) lo desarrolla.

<sup>26</sup> Desarrollado por el R.D. 1192/ 2012 (art. 4).

una de las Comunidades Autónomas (ésta debía incluir, al menos, la cartera de servicios del SNS), y todo ello bajo la responsabilidad financiera de la Comunidad Autónoma de conformidad con los acuerdos de transferencias y el sistema de financiación autonómica. Pues bien, el Real Decreto Ley 16/2012 y la LCCSNS modificada por éste<sup>27</sup>, distingue ahora entre la “cartera común” del SNS y la “cartera complementaria” de las Comunidades Autónomas.

La “cartera común” del SNS está constituida a su vez por varias carteras del SNS:

a) “Común básica de servicios asistenciales”. Comprende toda la actividad asistencial en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, y está cubierta totalmente por financiación pública.

b) “Común suplementaria”. Incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y quedan sujetas a aportación por parte del usuario. En concreto, las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica, con productos dietéticos, así como el transporte sanitario no urgente, sujeto a prescripción facultativa por razones clínicas y a un nivel de aportación del usuario acorde al determinado para la prestación farmacéutica<sup>28</sup> (se rompe así el estricto principio de gratuidad con una obligada aportación del usuario).

c) “Común de servicios accesorios”. Incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas que no se consideren esenciales y/o son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, y están sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario (o sea, el pago o copago de un tanto por 100)<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> El R.D.L. 16/2012 da nueva redacción al art. 8, añade nuevos arts. 8 bis, 8 ter, 8 quater y 8 quíntos, y modifica los arts. 20 y 21,1 y 2, todos ellos de la LCCSNS.

<sup>28</sup> Para esta cartera “suplementaria” (y salvo para la prestación farmacéutica, que se regirá por su normativa específica) el Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud, actualizará el catálogo de prestaciones, los importes máximos de financiación y los coeficientes de corrección para la facturación definitiva a los servicios de salud por parte de los proveedores que tendrá la consideración de precio final. En todo caso el porcentaje de aportación del usuario se regirá por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como base de cálculo para ello el precio final del producto y sin que se aplique ningún límite de cuantía a dicha aportación.

<sup>29</sup> El Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial, aprobará la inclusión de los servicios accesorios, los importes máximos de financiación y los coeficientes de corrección a aplicar para la facturación definitiva a los servicios autonómicos de salud por parte de los proveedores, así como las modalidades de aportación o reembolso aplicable a cada caso.

Por su parte, la “cartera complementaria” de las Comunidades Autónomas, a aprobar facultativamente por cada una de ellas, incluirá, cuando menos, la “cartera común” del SNS (en sus tres modalidades), cuyos servicios se garantizarán a todos los usuarios del SNS. Pero si esta “cartera complementaria” incorpora otras prestaciones, tecnologías o procedimientos no incluidos en la “cartera común”, las Comunidades Autónomas han de establecer los recursos adicionales necesarios a tal fin. En suma, como estas últimas prestaciones, a incorporar facultativamente en su cartera por cada Comunidad Autónoma, no estarán incluidas en la financiación general de las prestaciones del SNS, las Comunidades Autónomas, además de destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la “cartera común” (de necesaria inclusión en la “complementaria” de las Comunidades Autónomas), deberán aportar los oportunos recursos adicionales para las demás prestaciones que facultativamente incorporen en su “cartera complementaria”. Por ello para la aprobación de la “cartera complementaria” de una Comunidad Autónoma será preceptiva la garantía previa de la suficiencia financiera de ésta en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria.

Surge por ello de inmediato esta cuestión: ¿podrán las Comunidades Autónomas exigir pago, copago o reembolso por las prestaciones que facultativamente incorporen en su “cartera complementaria”? Podría entenderse que no, interpretando en este sentido el que las Comunidades Autónomas han de asumir “con cargo a sus propios presupuestos todos los costes de aplicación de la cartera complementaria a las personas –sean ciudadanos de la Comunidad Autónoma o no– que tengan la condición de asegurado” (art. 8 quinquies, 7 del R.D.L. 16/2012). Pero si pensamos que esa referencia a “sus propios presupuestos” no tiene por que ser excluyente de dicho pago o copago de los usuarios (que podría ser contemplado presupuestariamente)<sup>30</sup> y que ya las propias prestaciones de la “cartera común” (salvo las de su modalidad “básica de servicios asistenciales”) se prevé puedan ser objeto de aportación o reembolso por el usuario, podría también interpretarse, y a mayor abundamiento por tratarse de aportaciones facultativas, que las Comunidades Autónomas podrían establecer para las prestaciones de su “cartera complementaria” dicho pago, copago o reembolso (entre otras razones porque sobre ello nada predetermina la legislación básica).

Aclaremos en todo caso que esta cuestión es distinta de la de la eventual exigencia por las Comunidades Autónomas de un copago por las prestaciones de la

---

<sup>30</sup> Desde esta interpretación el precepto citado no haría otra cosa que precisar que con carácter general los costes de sus servicios de salud han de imputarse a la Comunidad Autónoma y articularse conforme al sistema de financiación autonómica.

“cartera común”, al estar el régimen de ésta (incluido el pago o copago en sus modalidades “suplementaria” y “de servicios accesorios”) predeterminado por la normativa estatal básica.

#### **4. Medidas de cohesión y de garantía financiera del SNS.**

Para solventar la financiación de la asistencia sanitaria prestada a las personas residentes en una Comunidad Autónoma distinta a la que presta dicha asistencia (un problema demostrado en las zonas limítrofes de las Comunidades autónomas) el Real Decreto Ley 16/2012 crea el Fondo de Garantía Asistencial, que cubrirá –compensando entre Comunidades Autónomas las actuaciones de sus servicios de salud– los desplazamientos temporales entre Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla, de las personas que gozan de la condición de asegurado en el SNS. Ciertamente sólo en cuanto a las prestaciones de la “cartera común básica” y la “suplementaria”, y con distingos, en las cuantías a liquidar por compensación, entre desplazamientos de corta o larga duración.

#### **5. Medidas sobre la prestación farmacéutica: la participación de los usuarios en el pago de la prestación.**

El Real Decreto Ley 16/2012 (que modifica a tal fin la Ley 29/ 2006, de 26 de julio, del medicamento<sup>31</sup>) incluye, con objetivos de racionalización y austeridad en el gasto público, una larga serie de medidas relacionadas con la prestación farmacéutica<sup>32</sup>. De ellas, queremos detenernos en la regulación de la participación del usuario en el pago de la prestación farmacéutica (aunque la misma ya estaba genéricamente prevista en el art. 94.1 de la Ley del medicamento), donde se prevé, además de la revisión periódica por el Gobierno de la participación en el pago incluida en la “cartera común suplementaria” del SNS y de los supuestos de financiación íntegra con cargo a fondos públicos, que la prestación

---

<sup>31</sup> Modificación de sus artículos 89.1 y 2; 90; 90 bis; 93 bis; 94.1; y Disp. Ad. 6<sup>a</sup>.1, y nuevos arts. 85 bis; 85 ter; 86.5; 89 bis; 93; 94 bis; 94 ter; 97 ter y 97 bis.

<sup>32</sup> Así, una mayor apuesta por la prescripción de medicamentos por principio activo en la receta médica, aunque la prescripción por nombre comercial sigue siendo posible (aun así, en este caso el farmacéutico podrá sustituir el medicamento por otro homogéneo de menor precio o el genérico); la adopción por las Comunidades Autónomas de un sistema de prescripción electrónica común e interoperable; determinación por el Ministerio de Sanidad de la lista de medicamentos excluidos de la prestación farmacéutica en el SNS (entre ellos los indicados en el tratamiento de síntomas menores); necesidad para la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios de que éstos estén incluidos en la prestación farmacéutica por resolución del Ministerio de Sanidad, con las condiciones de financiación y precio en el SNS (en todo caso no se incluirán, y no serán financiados, los medicamentos sin receta, los que no se utilicen para una patología claramente determinada, los productos cosméticos, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos o similares, ni los indicados para síndromes o síntomas de gravedad menor); atri-



farmacéutica ambulatoria (la que se dispensa al paciente a través de oficina o servicio de farmacia) estará sujeta a una aportación real por el usuario a efectuar en el momento de la dispensación (el importe satisfecho que exceda de los montos que vamos a ver será reintegrado por la Comunidad Autónoma con una periodicidad máxima semestral).

Con carácter general la aportación del usuario será proporcional al nivel de renta conforme a este esquema: a) aportación de un 60 por 100 del PVP para usuarios con renta igual o superior a 100.000 euros en la base liquidable del IRPF; b) de un 50 por 100 para los “asegurados activos” en la Seguridad Social con renta entre 18.000 y 100.000 euros; c) de un 40 por 100 para los demás “asegurados activos”; y d) de un 10 por 100 para los asegurados pensionistas de la Seguridad Social con excepción de las personas del supuesto a)<sup>33</sup>.

Los anteriores porcentajes están, no obstante, sujetos a topes máximos: un 10 por 100 para medicamentos de los grupos ATC; y un límite máximo de aportación mensual de 8, 18 y 60 euros para los pensionistas de la Seguridad Social con renta inferior a 18.000, entre 18.000 y 100.000, y superior a 100.000 euros, respectivamente<sup>34</sup> (el nivel de aportación de los mutualistas y clases pasivas de MUFACE, MUGEJU e ISFAS será del 30 por 100). Por otra parte, quedan exentos

---

bución al Gobierno del establecimiento de los criterios y procedimientos para la fijación de los precios de los medicamentos y productos sanitarios financiados por el SNS; una nueva regulación del régimen de precios de referencia y precios seleccionados de los medicamentos y productos sanitarios, con un nuevo sistema para su fijación (exigencia de oferta previa al SNS de cualquier medicamento para que pueda ser comercializado en España, fijación por el Ministerio de Sanidad de los precios de financiación por el SNS de los medicamentos y productos sanitarios para los que sea necesaria prescripción médica, que como regla serán inferiores al precio industrial aplicado cuando sean dispensados fuera del SNS).

Estas últimas medidas se acompañan de una determinación –desiderativa– sobre el fomento de la competencia y competitividad entre proveedores de insumos farmacéuticos que redunde en el descenso de los precios, y el recordatorio de que toda actuación limitativa de la competencia se perseguirá de oficio por los órganos competentes, así como de una modificación del R. D. 823/ 2008, de 16 de mayo, por el que se establecen los márgenes, deducciones y descuentos correspondientes a la distribución y dispensación de medicamentos de uso humano.

<sup>33</sup> La Administración tributaria cederá al órgano responsable del reconocimiento y control de la condición de asegurado la información tributaria sobre los datos de renta para determinar el porcentaje de participación en el pago de las prestaciones de la cartera común de servicios sujetos a aportación (D.Ad. 3ª del Real Decreto Ley). Por lo demás, todo el nuevo sistema queda sujeto a unas reglas de integración de la información entre el Ministerio de Sanidad y las Comunidades Autónomas, con las consiguientes reglas sobre protección de datos.

<sup>34</sup> El propio Real Decreto Ley (D.F. 7ª) modifica el R.D. 1718/ 2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, dando nueva redacción a su art. 5.1, para precisar la necesaria identificación de las recetas con claves distintas según se trate de usuarios exentos de aportación, con obligación de aportar el 10 por 100, el 40 por 100, etc.; la obligada incorporación en los informes de pres-

de aportación los usuarios y sus beneficiarios que pertenezcan a estas categorías: los afectados por el síndrome tóxico y las personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica; las personas perceptoras de rentas de integración social o de pensiones no contributivas; los parados que hayan perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación; y los tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Pero con independencia de estas previsiones de la normativa básica, algunas Comunidades Autónomas (en concreto las de Cataluña y Madrid) han establecido la obligación general de que los usuarios paguen una tasa (el llamado euro por receta) por cualquier dispensación de medicamentos que se efectúe en su ámbito territorial<sup>35</sup>. Frente a ello el Gobierno de la Nación ha interpuesto sendos recursos ante el Tribunal Constitucional que admitidos a trámite por aquél y conforme al art. 161.2 CE han conllevado la suspensión de dichas decisiones de Cataluña y Madrid. Se suscita así al hilo de esta controversia la cuestión del margen de maniobra del que puedan disponer las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de las comentadas previsiones del Real Decreto Ley 16/2012 como legislación estatal básica, en este caso para exigir un pago o copago por la prestación farmacéutica, bien como concreción de la “cartera común” del SNS en su modalidad de “común suplementaria” (donde se contempla la prestación farmacéutica con aportación del usuario), bien como determinación de su propia “cartera complementaria” (reparemos en este sentido en que, por ejemplo, el Plan madrileño para la sostenibilidad de su sistema sanitario público define esa medida como “complementaria de las disposiciones del Real Decreto Ley 16/2012 en materia de copago farmacéutico”). Habrá que estar, pues, a lo que el Tribunal Constitucional concluya al respecto<sup>36</sup>.

---

cripción y terapéuticos para el paciente de información sobre el coste del tratamiento, con diferenciación del porcentaje asumido por el SNS; que durante el acto médico se le informará sobre opciones terapéuticas de aportación reducida; y que los medicamentos no incluidos en la financiación del SNS sólo podrán ser adquiridos por los hospitales del SNS previo acuerdo de la Comisión responsable de los protocolos terapéuticos.

<sup>35</sup> Art. 41 de la Ley catalana 5/ 2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, que establece esa tasa “sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación”.

<sup>36</sup> En su dictamen 623/ 2012, previo a la presentación por el Gobierno del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana 5/ 2012, el Consejo de Estado estima que tal medida del art. 41 de ésta es contraria a la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad y legislación de productos farmacéuticos (art. 149.1. 16 CE) y de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles (art. 149.1.1 CE).

## **6. Medidas en materia de recursos humanos.**

El Real Decreto Ley 16/2012 parte de que el régimen del personal sanitario (600.000 en 17 Comunidades Autónomas) ocasiona barreras para la eficiencia y libertad de circulación de estos profesionales entre Comunidades Autónomas. Para solventarlo efectúa una enjundiosa modificación de la Ley 44/ 2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (arts. 25, 28,29 y d.tr. 5<sup>a</sup>), en relación con la formación especializada y sus áreas de capacitación específica y la acreditación de centros y unidades docentes; de la LCCSNS (nueva d. ad. 10<sup>a</sup>) para crear un Registro estatal de Profesionales Sanitarios; y de la Ley 55/ 2003, de 16 de diciembre, de Estatuto marco del Personal Estatutario de los servicios de salud (arts. 15,41, y nuevas Disp.Ads. 15, 16 y 17), para regular la creación, modificación y supresión de categorías de personal estatutario, la evaluación por desempeño, etc.

## **7. Medidas de eficiencia en el SNS (la llamada central de compras).**

El mismo Real Decreto Ley, en fin, establece (d. ad. 4<sup>a</sup>) que el Consejo Interterritorial de Salud fomentará las acciones conjuntas de los Servicios de Salud de las Comunidades autónomas para la adquisición de cualquier producto susceptible de un mecanismo de compra conjunta y centralizada, y que dichos Servicios fomentarán la implantación de modelos de servicios compartidos, mediante el establecimiento de un solo proveedor del servicio para una red de centros. Reparemos en que, pese a haberse publicitado como una de las principales medidas de esta reforma sanitaria, de hecho el Real Decreto Ley no pasa de efectuar una recomendación no vinculante cuyo cumplimiento lógicamente queda a lo que la AGE y las Comunidades Autónomas acuerden en el seno del Consejo Interterritorial de Salud<sup>37</sup>.

## **8. Una referencia de interés concomitante: la reforma en la atención a las personas en situación de dependencia.**

Por su conexión con las prestaciones sanitarias, queremos pasar revista, en fin, a la reforma producida también en el régimen de la atención a las personas en situación de dependencia. El sistema de atención a las personas en situación de

---

<sup>37</sup> La AGE, al parecer, trabaja ya en los pliegos de los concursos para el suministro de determinados medicamentos. Al hilo de ello se conjetura con que fuera el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y no el de Sanidad, el que comprara los medicamentos y suministros sanitarios a los proveedores para el conjunto de las Comunidades Autónomas y descontara luego el importe en las correspondientes transferencias a éstas. Esta solución se dice terminaría con la morosidad en el pago a las empresas farmacéuticas.

dependencia, instaurado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LD), como sistema descentralizado por Comunidades Autónomas para ser sus servicios prestados a través de las respectivas redes de éstas (de centros públicos o privados concertados), pudo considerarse como una nueva y novedosa cota en la configuración en nuestro país del Estado de bienestar, dadas las prestaciones y servicios cubiertos<sup>38</sup>. Pues bien el mismo ha sido objeto también de reforma dentro del paquete de Reales Decretos Leyes que venimos analizando.

Ya el Real Decreto Ley 20/ 2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria para la reducción del déficit público, modificó (disp. ad. 14ª) la Ley de Dependencia para aplazar la efectividad del derecho a prestaciones que la misma reconocía. Pero poco después, el Real Decreto Ley 20/ 2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ha llevado a cabo una reforma más profunda<sup>39</sup> que el mismo justifica por la urgente necesidad (dada la situación económica de España, los objetivos de déficit público y las cifras del gasto) de “corregir una situación que pone en peligro la sostenibilidad del sistema y que además ha supuesto consecuencias perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores productivos de servicios relacionados con la dependencia” (E.M. IV del R.D.L.). Una situación ésta que atribuye, entre otros motivos, a que la clasificación en grados y niveles de las situaciones de dependencia resultaba en sí misma confusa y gravosa en su aplicación, mucho más dado el diferente nivel de desarrollo y contenido de las prestaciones en las distintas Comunidades Autónomas, lo que además potenciaba la desigualdad en la aplicación de la ley.

Ante ello, y además de la creación del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, adscrito al Ministerio de Sanidad<sup>40</sup>, como instrumento de cooperación para la articulación entre las Comunidades Autónomas de los correspondientes servicios, el Real Decreto Ley incluye las siguientes novedades, de las que espera se genere un ahorro inmediato en el gasto de las Administraciones (en el de las Comunidades Autónomas, por la reducción de las cuantías de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar; y para la AGE por la reducción en las cuantías del nivel mínimo de financiación del sistema): 1) Una nueva estructura de la clasifi-

<sup>38</sup> De prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal; teleasistencia; ayuda a domicilio; atención del hogar; cuidados personales; centros de día y de noche; centros de día para mayores; atención residencial; prestaciones económicas; etc.

<sup>39</sup> El Título III del R.D.L. 20/2012 (arts. 22 y ss.) retoca los arts. 4.4.; 8; 9.1; 14.6; 17.1; 18.2; 19; 23; nuevo art. 25 bis; 26; 27; 28; 29.3; 30; 38.3; D.Ad. 9ª; y D.F.1ª de la Ley de Dependencia.

<sup>40</sup> En él se refunden los anteriores Consejo Territorial para la Dependencia y la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales.

cación de las situaciones de dependencia, hasta ahora diversificadas en tres grados y dos niveles por grado, y ahora sólo en grados<sup>41</sup>. 2) Regulación de un contenido común mínimo de las prestaciones para todas las Administraciones actuantes<sup>42</sup>. 3) Especificación de que la prestación económica para la contratación de asistencia personal para las personas en situación de dependencia tendrá lugar en cualquiera de los grados de ésta (y no, como antes, sólo para los casos de “gran dependencia”) (art. 19 reformado de la LD). 4) Restricciones en el servicio de ayuda a domicilio<sup>43</sup>. 5) Restricciones en las prestaciones económicas para los cuidados en el entorno familiar y apoyo a los cuidadores no profesionales (es decir, los familiares que cuiden a las personas dependientes)<sup>44</sup>. 6) Nuevo tratamiento para la cobertura por la seguridad social de los cuidadores no profesionales de

---

<sup>41</sup> A tal fin el Real Decreto Ley reforma algunos preceptos de la Ley de Dependencia para suprimir esos distintos “niveles de las situaciones” de dependencia y retoca el sistema para la valoración de éstas (a efectuar por las Comunidades Autónomas conforme a un baremo establecido reglamentariamente).

No obstante, quienes a la entrada en vigor del Real Decreto Ley tuvieron reconocido un grado y nivel no precisarán de nuevo reconocimiento de su situación a efectos de la clasificación por grados establecida por el Real Decreto Ley. Pero en caso de revisión de su situación, se adaptarán a la nueva estructura por grados.

<sup>42</sup> La Ley de Dependencia establecía –y establece– que la asistencia a las situaciones de dependencia se prestaría de acuerdo con tres “niveles de protección”: un nivel de protección mínimo establecido por la AGE (por el Gobierno, oído el Consejo Territorial) y financiado por ésta; un nivel complementario acordado, en sus objetivos, medios y recursos, por la AGE y cada una de las Comunidades Autónomas a través de convenio; y un nivel adicional de protección que podría establecer cada Comunidad Autónoma (arts. 7 y 9 LD). Pues bien, aunque el Gobierno continúa siendo competente para establecer el “nivel de protección” mínimo garantizado según el grado –ya no el “nivel de la situación”– de dependencia, se especifica ahora que “la asignación –hay que entender de los recursos– de ese nivel mínimo a las Comunidades Autónomas se realizará considerando el número de beneficiarios, el grado de dependencia y la prestación reconocida”, y se establecen nuevas cuantías para la financiación por la AGE del nivel mínimo de protección y su asignación a las Comunidades Autónomas (en el caso de nuevos beneficiarios) mientras no se regule reglamentariamente (d.tr. 11ª RDL 20/2012).

<sup>43</sup> Definido éste como el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas dependientes para atender a sus necesidades de la vida diaria y consistentes en servicios relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria y con las necesidades domésticas o del hogar (limpieza, lavado, cocina u otras) (art. 23 LD), tras la reforma estos últimos servicios relacionados con las necesidades domésticas sólo podrán prestarse conjuntamente con los de atención personal. Por otra parte, y desde el objetivo general de la reducción del gasto público, se establece un nuevo régimen de horas de servicio para los cuidados en el entorno familiar (aplicable sólo a los nuevos solicitantes o solicitudes aún no resueltas) hasta que el mismo se regule reglamentariamente (d.tr. 12ª RDL).

<sup>44</sup> En este caso, además de establecerse nuevas cuantías de las prestaciones económicas hasta que sean reguladas reglamentariamente (disp. tr. 10ª RDL), estas prestaciones económicas dejan de producir efectos retroactivos para las personas que no hubieran comenzado a percibir todavía las reconocidas a su favor, salvo que ya les hubieran sido reconocidas con efectos retroactivos, y aun en este último supuesto, se permite el aplazamiento y abono periodificado en pagos anuales, en un plazo máximo de 8 años, de los efectos retroactivos de dichas prestaciones económicas (D.F. 1ª RDL, que modifica a tal fin el RDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit pú-

las personas en situación de dependencia (Disp. Ad. 8ª del RDL)<sup>45</sup>. 7) Introducción de incompatibilidades entre las prestaciones: tanto entre los distintos servicios entre sí como con las prestaciones económicas<sup>46</sup>. 8) Previsiones sobre el calendario de aplicación de la Ley de Dependencia recogido en la D.F. 1ª de ésta, y de la efectividad del derecho a prestaciones, entre ellas la clarificación de que el derecho sólo se genera desde la resolución de reconocimiento de las prestaciones y de que en el caso de las prestaciones económicas que se reconozcan las mismas quedarán sujetas a un plazo suspensivo de dos años.

### III. INCIDENCIA Y CLAVES DE LA REFORMA SANITARIA

#### 1. La incidencia de la reforma en el acceso a la asistencia sanitaria pública y sus prestaciones.

Que los servicios de salud de las diferentes Comunidades Autónomas pasaban —y pasan— por serias dificultades para su financiación, poniendo así en tela de juicio la viabilidad del SNS parece incuestionable<sup>47</sup>. La aplicación de los Reales Decretos Leyes para la reducción del déficit público a que hemos hecho referencia ha dado lugar, sin embargo, al menos en un primer momento, además de a disfunciones en la asistencia sanitaria, al incremento de esa insolvencia financiera de los Servicios de Salud<sup>48</sup> que, por otra parte y como veremos, está en la base, en-

---

blico). Por lo demás, la efectividad de tales prestaciones económicas, aun ya reconocidas, queda sujeta a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de su reconocimiento (d.ad. 7ª RDL).

Para las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia anteriores a la vigencia del RDL y pendientes de resolución a esa fecha, la D.Tr. 9ª de éste prevé que el derecho a prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y ayuda a cuidadores no profesionales (derivado del reconocimiento de dicha situación) queda asimismo sujeto a un plazo suspensivo máximo de dos años, desde la fecha del reconocimiento de las prestaciones.

<sup>45</sup> En efecto, y en conexión con lo anterior, a partir del vigor del Real Decreto Ley, el convenio especial regulado por el Real Decreto 615/ 2007, de 11 de mayo (que regula la seguridad social de los cuidadores de las personas dependientes) tendrá para los cuidadores no profesionales carácter voluntario y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social, siendo las cotizaciones a la seguridad social por dicho convenio a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

Consecuentemente la D.Tr. 13ª del RDL establece la extinción de los convenios existentes, siendo el convenio a partir del 1 de enero de 2013 exclusivamente a cargo del cuidador no profesional.

<sup>46</sup> Nuevo art. 25 Bis de la LD, introducido por el RDL.

<sup>47</sup> Expresivo de ello es, por ejemplo, que los impagos de las Comunidades Autónomas a los proveedores de medicamentos fueran en 2011 de 6.000 millones de euros, deuda ésta ya en parte satisfecha gracias al Fondo para la financiación de los pagos a proveedores creado por el Real Decreto-Ley 7/2012, de 9 de marzo (Cf. “La Gaceta”, Madrid, 15.9.2012).

<sup>48</sup> La prensa diaria nos ha dado noticia de serios retrasos, en algún caso riesgo de colapso, en la aten-

tre otras razones y como pretendida vía para solventarlas, de la expansión del recurso a la gestión privada de dicha asistencia.

No menos drástica ha sido la incidencia de la reforma sustantiva de la asistencia sanitaria por el Real Decreto Ley 16/2012 (no obstante la interpretación extensiva de los supuestos de cobertura hecha por el Real Decreto 1192/ 2012, para la aplicación de aquél). Por ejemplo, para los extranjeros con residencia irregular en España, los nacionales de los Estados de la UE transeúntes, y los españoles no afiliados a la Seguridad Social con ingresos superiores a 100.000 euros anuales<sup>49</sup>, los cuales, tras haber perdido el 21 de agosto de 2012 el derecho a la asistencia derivado de la regulación anterior<sup>50</sup>, ahora a tal fin deberán satisfacer el pago de la prestación recibida o suscribir un convenio específico, con pago de la correspondiente cuota, con la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>51</sup>. Por lo demás, también el sistema de atención a la dependencia se ha visto resentido y en esos mismos dos niveles citados<sup>52</sup>.

---

ción sanitaria –incluso la de urgencia– en los hospitales públicos debido a las órdenes de máximo ahorro dictadas por los correspondientes Servicios de Salud (lo que se ha llamado atención a coste cero, con reducción de las camas disponibles y restricciones en la contratación de personal), así como de los impagos de las Comunidades Autónomas a farmacias y hospitales.

<sup>49</sup> El informe de la asociación Salud y Familia “Impacto de la reforma de la asistencia sanitaria en España sobre la cobertura pública y universal” (3 de mayo de 2012) incluye entre las personas que han quedado o podrían quedar excluidas de la asistencia sanitaria pública (tras la reforma del art. 3 de la LCCSNS por el RDL 16/2012) los siguientes grupos y situaciones: a) españoles mayores de 26 años residentes en España que nunca hayan estado en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social: jóvenes que no han llegado a conseguir un primer empleo; discapacitados en grado inferior al 65 por 100; quienes hayan desempeñado trabajos irregulares a lo largo de la vida (así mujeres empleadas de hogar); amas de casa divorciadas que no estén a cargo de sus excónyuges y las separadas de parejas de hecho no formalizadas, etc., salvo que acrediten ingresos anuales inferiores a 10.000 euros. b) nacionales de países miembros de la Unión Europea, del EEE o de Suiza sin autorización de residencia y/o que no puedan acreditar su situación de paro involuntario; ascendientes de ciudadanos comunitarios y del EEE y jóvenes ciudadanos del EEE que no han llegado a conseguir un primer empleo. c) extranjeros de países terceros no comunitarios que carezcan de autorización de residencia en España: mayores de 18 años en situación administrativa irregular y no empadronados; o que, disponiendo de tarjeta sanitaria antes del RDL 16/2012, carezcan de permiso de residencia en España, o a los que les sea denegada la segunda tarjeta por haber agotado las prestaciones por desempleo y en encontrarse en paro de larga duración, o mayores de 18 años, especialmente amas de casa, reagrupados pero cuya tarjeta de residencia les será denegada en el momento en el que les sea denegada a su cónyuge.

<sup>50</sup> El día 1.9.2012 les fue retirada la tarjeta sanitaria a casi un millón de inmigrantes. Se dice, podría suponer un ahorro de 1.600 millones de euros (Cf. “ABC”, Madrid, 26.9.2012).

<sup>51</sup> El Consejo Interterritorial de Salud aprobó el 20.10.2012 las cuotas mínimas aplicables a dichos convenios (las Comunidades Autónomas podrán aumentar su importe): 710'40 y 1.864'80 euros para los menores y mayores de 65 años, respectivamente (Cf. “Málaga hoy”, Málaga, 4.10.2012).

<sup>52</sup> Las restricciones presupuestarias han dado lugar a que, por los retrasos en el pago por las Comunidades Autónomas –que por lo demás no cubren la tasa de reposición de las plazas que quedan libres–, las residencias y centros de día de la tercera edad se encuentren ante graves dificultades y algunos de ellos,

Ante este impacto de la reforma sanitaria, sus propios planteamientos de partida (la reducción del ámbito del derecho a la asistencia por el SNS para ciertos colectivos y la armonización del régimen de las prestaciones hasta ahora muy descentralizado en las Comunidades Autónomas) y su ruptura con la línea progresivamente ampliativa de las prestaciones con que hasta ahora y como un valor entendido –aunque no siempre atemperado con nuestras posibilidades para sostenerlo– se había construido en España el Estado de bienestar, la reforma ha sido objeto de una valoración dispar que en algún caso ha llegado a su rechazo global<sup>53</sup>.

Desde luego muchas de sus determinaciones concretas resultan discutibles. Así, que el transporte sanitario “no urgente” no sea objeto de plena cobertura, lo que somete a los usuarios al albur de la indeterminación de ese concepto (¿qué sucederá, por ejemplo, en el caso de los pacientes sometidos a tratamientos periódicos de larga duración cuya efectividad exige frecuentes desplazamientos a centros hospitalarios?)<sup>54</sup>. Que las actividades o técnicas no esenciales, coadyuvantes o de apoyo para la mejora en patologías crónicas se incluyan en la “cartera común de servicios accesorios” del SNS, sujetas por tanto a pago o reembolso por parte del usuario. Que las prestaciones de la “cartera común suplementaria” del SNS queden en todo caso sujetas a aportación económica –acorde con la de la prestación farmacéutica– por el usuario. La cuestionable tabla de copago para la prestación farmacéutica (donde, por ejemplo, se incluye una aportación de los usuarios del 50 por 100 del PVP sólo con que su renta anual supere los 18.000 euros). O, en fin, la expulsión del sistema de cobertura del gran número de inmigrantes (a los que para trabajar en España, coadyuvando a la economía de ésta en los prósperos años precedentes, nuestro país no les puso impedimentos re-

---

concertados, al borde del cierre. Por lo demás, y como consecuencia de la reforma de la Ley de Dependencia por el Real Decreto Ley 20/2012, además de haber bajado la asignación del Estado por el “nivel mínimo de protección” (en Andalucía, por ejemplo, ha supuesto una reducción de 21 millones de euros, cf. “SUR”, Málaga, 29.9.2012), han disminuido las cuantías satisfechas para el cuidado en el entorno familiar, y los cuidadores no profesionales en dicho entorno han de satisfacer ya a su propio cargo sus cotizaciones a la seguridad social. Todo ello como consecuencia del adelgazamiento del modelo, especialmente en apartados como la prestación residencial y la ayuda a domicilio, característicos de la atención a la dependencia, y efectuado precisamente cuando la progresiva aplicación de la LD y la extensión y consolidación de sus prestaciones estaba demostrando así su virtualidad social.

<sup>53</sup> Por ejemplo, por la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria o el Consejo General de la Abogacía, que la ha tachado de inconstitucional.

<sup>54</sup> El Consejo Interterritorial de Salud, en su reunión del 20 de diciembre de 2012, acordó como norma general que los pacientes que tengan que desplazarse en ambulancia porque no lo puedan hacer por sus propios medios debido a su enfermedad deberán pagar 5 euros por trayecto y los enfermos crónicos con rentas hasta 100.000 euros, entre 1'6 y 3'3 euros (si bien quedarán exentos los menores, discapacitados y pensionistas con rentas más bajas).



almente efectivos), apartado éste<sup>55</sup> muy discutido por sus lógicas consecuencias: la desatención de un colectivo como ese, de suyo con un alto grado de vulnerabilidad social, y el riesgo de que con ello el mismo pueda contraer enfermedades más graves o contagiarlas (al ser la atención primaria el medio principal para su detección), el deterioro económico-social y humano de esas personas y sus familiares que supone dicha exclusión, y su incidencia en la salud pública<sup>56</sup> y la cohesión social. Todo ello en eventual contradicción con lo establecido por el art. 43 CE sobre el derecho a la protección de la salud y el deber de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública.

## 2. ¿Involución en el modelo de cobertura sanitaria pública?

En todo caso, una cuestión de fondo es si estas reformas suponen, fundamentalmente en cuanto al derecho a las correspondientes prestaciones, una involución en el modelo de asistencia sanitaria pública hasta ahora vigente en nuestro país.

El modelo resultante del Real Decreto-Ley 16/2012 bien podría sintetizarse en este esquema: cobertura, como dato básico, por la Seguridad Social (a título de “asegurado” o “beneficiario” de un asegurado) + asimilación a esta condición de los españoles, los nacionales comunitarios y los extranjeros de terceros países, legalmente residentes en España, a los que, aun no siendo “asegurados”, se les reconoce dicha condición si no tienen ingresos anuales superiores a 100.000 euros + atención extracobertura, mediante pago de la prestación o cuota derivada de un convenio específico con la Seguridad Social, en el caso de cualesquiera otros residentes “no asegurados” + atención excepcional, aun sin ningún título de cobertura, en el caso de determinados riesgos excepcionales, a los extranjeros inmigrantes irregulares.

De esa manera la condición de “asegurado” en la Seguridad Social (o de “beneficiario” de un asegurado) ya hemos dicho es así ahora el eje del sistema, y consecuentemente es la Seguridad Social y el INSS (y no en cuanto tal el SNS, descentralizado por Comunidades Autónomas) la que aparece ahora como el centro

---

<sup>55</sup> Sobre la incidencia del nuevo marco legal en las diversas situaciones de los inmigrantes, vid. J. A. FERNÁNDEZ BERNAT, “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”, Granada, 2012.

<sup>56</sup> Cualquier grupo de población excluido del acceso normalizado a la atención sanitaria supone un riesgo severo para la salud y la vida de dicho grupo así como para toda la población por la posibilidad de contagio, a la vista del auge que pueden adquirir las enfermedades transmisibles, como la tuberculosis o el VIH, o crónicas como la diabetes, la anemia o los trastornos mentales, mucho más frecuentes en los grupos excluidos. Cf. Asociación Salud y Familia, cit., p. 9.

de imputación armonizador y de control de la cobertura de riesgos por la asistencia sanitaria pública (no de su prestación, que seguirá siendo de responsabilidad del SNS y, en el marco de éste, de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas)<sup>57</sup>.

Pues bien, esa conversión del aseguramiento por la Seguridad Social en eje del sistema supone ciertamente una revisión del modelo precedente. En efecto, si bajo la LGS (art. 1º.2), la LCCSNS (art. 2) y la LGSP (disp.ad. 6ª)<sup>58</sup> nuestro sistema de asistencia sanitaria pública se configuró bajo un modelo de cobertura pública imputable al Estado como tal, de provisión universal y financiada con cargo a impuestos (aunque su consolidación efectiva con estos rasgos tuviera lugar progresivamente y no sin dificultades conceptuales), ahora se consagra, de modo efectivo o tendencial, una vuelta al modelo anterior a la LGS (imputación a la Seguridad Social, financiación con cargo a las cotizaciones a ésta, y limitación de la provisión –aun con amplias excepciones– a sólo los “asegurados” en aquélla)<sup>59</sup>.

El propio Real Decreto Ley nos explicita literalmente<sup>60</sup> el trasfondo de la reforma. La Ley 49/ 1998, de Presupuestos del Estado para 1999 (digamos que con ello se hizo efectivo el modelo previsto por la LGS) dispuso (en el capítulo III de su Título I) que sería el Estado, a través de las transferencias presupuestarias a las Comunidades Autónomas, el que asumiría totalmente la financiación pública de la asistencia sanitaria, “desvinculándose con ello la asistencia sanitaria de las aportaciones a la Seguridad Social”. Sin embargo, este hecho no se vio acompañado de la oportuna clarificación en el reconocimiento de los correspondientes derechos, dando lugar a disfunciones y a una expansión excesiva del gasto que incidían en la propia solvencia económica del SNS<sup>61</sup>. Pero lo cierto, más allá de

<sup>57</sup> Ciertamente no es ajeno a esta solución el que la Seguridad Social, a diferencia de la asistencia sanitaria y los servicios de salud, no esté transferida a las Comunidades Autónomas, lo que permite una gestión y control armonizados efectivos a nivel estatal de los usuarios con derecho a la asistencia sanitaria, que es otra de las pretensiones del Real Decreto Ley 16/2012.

<sup>58</sup> Que extendió el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes en territorio nacional a los que el mismo no pudiera serles reconocido en aplicación de otra norma del ordenamiento jurídico.

<sup>59</sup> Con la LGS de 1986 se pasó de un sistema de asistencia sanitaria cubierto por el sistema de la Seguridad Social y articulado bajo las claves de ésta, a un modelo de Sistema Nacional de Salud en el que, junto a las instituciones y servicios de aquélla, se integran el resto de las redes asistenciales públicas existentes. A ello se unió, de otra parte, el reconocimiento por la LGS de un principio de universalidad de la asistencia sanitaria pública, aunque la propia LGS fuera consciente de la implantación necesariamente progresiva de sus previsiones (cf. a este respecto la disp. transitoria 5ª LGS). Vid. E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, 2007, pp. 99–104.

<sup>60</sup> E.M. III del R.D.L. 16/2012.

<sup>61</sup> En este sentido el R.D.L. 16/2102 abunda (en su E.M.) en que “las Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas competencias, han extendido el derecho de cobertura sanitaria de forma muy

este último argumento y de la retórica contradictoria del propio Real Decreto Ley 16/2012<sup>62</sup>, es que con éste (y aunque el legislador quiera argumentar que con ello “se completa” el ordenamiento precedente<sup>63</sup>) hemos vuelto al viejo modelo: la incardinación en la Seguridad Social (el alta en ésta a título de “aseguramiento” como dato básico) y con ello a la relativización de la pretendida universalidad de la asistencia sanitaria.

Consecuentemente las notas características del modelo hasta ahora vigente (universalidad y financiación pública con cargo a impuestos, o sea “gratuidad”) se ven trastocadas. Es más, el giro, más allá de su repercusión inmediata –mitigada con las citadas excepciones–, propicia, desde la conversión de la cobertura por “aseguramiento” en eje del modelo, todo tipo de conjeturas: por ejemplo, una hipotética supresión futura de tales excepciones que eventualmente pudiera en su caso dar paso a una mayor limitación en el acceso a la asistencia sanitaria pública y, bajo el mismo principio de cobertura mediante “aseguramiento”, a su lógica consecuencia alternativa, el recurso al “seguro” privado.

### 3. Algunos problemas jurídicos.

En el plano estrictamente jurídico, son diversos los problemas que la reciente reforma sanitaria plantea y que sin duda el Tribunal Constitucional tendrá ocasión de abordar en las diversas vías por las que los mismos han sido ya sometidos a su consideración (recursos de inconstitucionalidad contra el RDL 16/2012, conflictos de competencia planteados por el Gobierno de la Nación contra las de-

---

diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento, poniendo en riesgo la solvencia del propio SNS”. Subraya al efecto que, dado el sistema anterior de universalidad, y por no haber traspuesto España (en el Real Decreto 240/ 2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estado miembros de la UE) el art. 7 de la Directiva 2004/30/CE (que regula las condiciones para que un ciudadano europeo resida en otro Estado miembro de acogida), por exigencias de la igualdad de trato con los españoles a dispensar a esos ciudadanos comunitarios, se producía un grave perjuicio para España, pues no podrían hacerse efectivos los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de los servicios sanitarios y sociales a los ciudadanos europeos. Por eso el Real Decreto Ley (D.F. 5ª) modifica el art. 7 del dicho Real Decreto 240/ 2007, para transponer el art. 7 de la Directiva.

Recuerda, por otra parte, que “el Tribunal de Cuentas ha puesto de manifiesto que el SNS está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de Seguridad Social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios”.

<sup>62</sup> Porque en su E.M. II dice querer “garantizar el mantenimiento del modelo español del SNS...que garantiza la protección de la salud y su sustento con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios”.

<sup>63</sup> Cf. el preámbulo del R.D. 1192/2012.

cisiones de algunas Comunidades Autónomas que se apartan de lo establecido por la legislación básica que ha materializado dicha reforma). Aunque no podemos profundizar en ellos, vamos, no obstante, a evocar los de mayor alcance.

En primer lugar, la forma de la reforma, es decir, el uso del Decreto ley (el RDL 16/2012) para llevarla a cabo. El preámbulo de éste lo funda en la necesidad de solventar la situación financiera del SNS<sup>64</sup> y la extraordinaria y urgente necesidad de afrontar a tal fin una reforma estructural del SNS mediante Decreto Ley, para lo que entiende le habilita el art. 86 CE. Pero al margen de los límites constitucionales de esta fórmula, resulta problemático que nada menos que el sistema de cobertura del SNS y por ende este mismo sean profundamente reformulados por Decreto Ley y con el argumento coyuntural como es de suyo su situación financiera. Reparemos en este sentido en que la situación financiera del SNS (como causa y argumento expreso en dicho Real Decreto Ley de la urgencia que lo justifica) no es afrontada por éste mediante unas consecuentes medidas económico-financieras concretas y directas, sino que, sobre esa base pero dando un salto, lo que el Real Decreto Ley hace es alterar la clave estructural del SNS y de la cobertura por éste sustituyéndola por otra distinta (la condición de “asegurado” en la Seguridad Social).

De ahí que la cuestión central en este punto sea –desde la perspectiva del control de los presupuestos determinantes del Decreto Ley– la racionalidad y congruencia o no entre la extraordinaria y urgente necesidad detectada y que el propio Real Decreto Ley 16/2012 invoca (la existencia de “algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del SNS”, que el Real Decreto Ley quiere evitar) y el remedio a tal fin, también explícitamente declarado por éste (“regular –con carácter general e innovando así el sentido de la institución del SNS– la condición de asegurado”), así como la conexión y proporción entre esta última determinación respecto de la urgente y extraordinaria necesidad detectada como para que esa nueva regulación resulte, como dice el Real Decreto Ley 16/2012, “imprescindible”, “de la mayor urgencia posible” y “sin demora”<sup>65</sup>.

No menos interés presenta, de fondo y forma (visto que ex art. 86 CE el Decreto Ley no puede afectar a los derechos, deberes y libertades fundamentales de

---

<sup>64</sup> “A la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta imprescindible regular sin más demora la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema nacional de Salud”.

<sup>65</sup> Cf. la E de M. del RDL 16/ 2012, II.

los ciudadanos regulados en el Título I CE, ni al régimen de las Comunidades Autónomas), hasta qué punto las determinaciones del Real Decreto Ley 16/2012 afectan –y respetan–, y en su doble vertiente individual y colectiva, el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y la dignidad de la persona y sus derechos inherentes (art. 10.1 CE), y en este último contexto, los derechos de los extranjeros en España (art. 13 CE), así como (en la medida que el Real Decreto Ley 16/2012 altera desfavorablemente posiciones jurídicas fundamentales previamente consolidadas) el derecho a la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art.9.3 CE). Perspectiva ésta a la que hay que añadir que el derecho a la asistencia sanitaria pública está reconocido con carácter universal en los Estatutos de algunas Comunidades Autónomas (es el caso de Andalucía, Cataluña y Aragón, por ejemplo)<sup>66</sup>.

Este último dato suscita diversos problemas sustantivos y de conexión competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, vista la distribución constitucional de competencias en la materia (normación básica estatal y desarrollo y ejecución autonómicos ex art. 149.1.16 CE <sup>67</sup>), sobre todo una vez que la asistencia sanitaria pública está, ya extinguido el INSALUD, totalmente descentralizada en las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, el alcance de ese derecho estatutariamente proclamado, el cual, aunque no condicionante de lo establecido en la CE (por deber ser interpretado no tanto como un auténtico derecho estatutario sino como un mandato, un principio rector, una directriz de actuación, para los poderes públicos autonómicos y sus propias políticas<sup>68</sup>), sin duda puede plantear problemas operativos para que esas políticas propias puedan anclarse en la normativa estatal básica sobre el derecho a la salud. En segundo lugar, y por ello mismo, el de la eventual contradicción entre la normativa estatal básica (en este caso el Real Decreto Ley 16/2012) y esas previsiones estatutarias, cuestión que, no obstante, en principio cabría resolver con el desplazamiento de estas últimas (y de la normativa autonómica para su desarrollo) por la normativa básica, dado el nivel mediatamente

---

<sup>66</sup> El Estatuto de Andalucía (art. 22) garantiza la universalidad del sistema sanitario público; el de Cataluña (art. 23) la universalidad y gratuidad de los servicios sanitarios de responsabilidad pública; y el de Aragón (art. 14) la igualdad, universalidad y calidad del acceso al servicio público de salud.

<sup>67</sup> El Real Decreto Ley 16/ 2012 invoca como títulos competenciales que lo justifican los del art. 149.1, aps. 2, 16, 17, 18 y 30 CE.

<sup>68</sup> SSTC 247/ 2007, de 12 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio.

Sobre la cuestión, F. LÓPEZ MENUDO, “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, *Derechos sociales* (J.L. LÓPEZ MARTÍNEZ–MUÑIZ, coord.), Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Valladolid, 2009; y J.L. CARRO FERNÁNDEZ–VALMAYOR y L. MÍGUEZ MACHO, “Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado asistencial”, en A. BLASCO ESTEVE, coord., *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, 2011.

constitucional de esta última. Y finalmente, lo que sin duda resulta más relevante dentro de la interconexión competencial, la correlación entre la legislación estatal básica y la normativa autonómica.

Como regla, la competencia de las Comunidades Autónomas de desarrollo y ejecución deben respetar lo establecido por la normativa básica, como también ésta mantenerse dentro de los límites de lo básico, sin constituir una regulación exhaustiva que invalide la posibilidad de su desarrollo por las Comunidades Autónomas y –como ha dicho el Tribunal Constitucional– el que éstas puedan desarrollar políticas propias. Pues bien, yendo al campo que nos ocupa, ¿podrían las Comunidades Autónomas, como desarrollo de lo básico, flexibilizar las restricciones que respecto a la cobertura por la asistencia sanitaria pública y sus prestaciones se derivan del Real Decreto Ley 16/2012? Más específicamente, ¿podrían las Comunidades Autónomas extender el derecho a la asistencia sanitaria pública más allá de los supuestos contemplados por el Real Decreto Ley 16/2012, con medidas adicionales a lo dispuesto por éste en cuanto básico, al estilo de lo previsto por el propio Decreto Ley para las prestaciones de la “cartera suplementaria”? ¿O supondría ello vulnerar la normativa básica, como decisión autonómica contraria a lo que lo básico ha establecido con un carácter no modalizable por ser parte de la definición del propio SNS en el que los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas se integran institucionalmente?

De lo problemático de la cuestión es prueba la reacción de las Comunidades Autónomas ante el Real Decreto Ley 16/2012, a la que ahora vamos a pasar revista. Pero como prueba del voluntarismo con que en este caso se ha producido la normativa básica conviene repararemos ya en un dato de interés que al cabo podría invalidar en la práctica toda hipótesis extensiva por parte de la normativa autonómica del marco de la cobertura sanitaria definido por el Real Decreto Ley 16/2012. En efecto, si hasta la aprobación de éste las Comunidades Autónomas seguían un procedimiento de tramitación y expedición de la tarjeta sanitaria individual gestionado por sus Departamentos o Servicios de Salud y regido por el principio de cobertura universal establecido por la legislación estatal (Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, y Ley 33/ 2011, de 4 de octubre) y la correspondiente autonómica, tras el Real Decreto Ley 16/ 2012 la efectividad de sus nuevas determinaciones sobre el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria por el SNS se asegura mediante el control centralizado estatal a través del INSS del reconocimiento y control de la condición de asegurado y beneficiario y sus variaciones. Un reconocimiento éste que condiciona la expedición de la tarjeta sanitaria por las Comunidades Autónomas y consecuentemente el acceso a la asistencia sanitaria pública (nuevo art. 3 Bis de la LCCSNS). La tarjeta sanitaria y la unificación integrada de su expedición y efectos, publicitada por la reforma como un logro de ésta, nos revela así esta otra cara de su significado.

#### 4. La posición de las Comunidades Autónomas ante la reforma sanitaria y las cuestiones pendientes: el ATC de 13 de diciembre de 2012.

Dado su contenido e implicaciones, no puede extrañarnos que el Real Decreto Ley 16/2012 haya sido recurrido ante el Tribunal Constitucional. En concreto por el Parlamento de Navarra<sup>69</sup>, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía<sup>70</sup>, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias<sup>71</sup>, el Gobierno de Cataluña<sup>72</sup>, el Gobierno vasco<sup>73</sup> y el Gobierno de Canarias<sup>74</sup> en esencia por excluir de la cobertura general del SNS a una serie de colectivos y haber limitado el principio de universalidad con la exigencia de la condición de asegurado. No vamos a abordar aquí la argumentación utilizada por estos recursos. Reseñemos en todo caso que el Tribunal Constitucional los ha admitido a trámite y que en un reciente Auto sobre una cuestión concomitante que ahora consideraremos, ha dejado algún rastro sobre lo que pudiera ser su posición de fondo al respecto. Por su parte, la Defensora del Pueblo, que no ha llegado a interponer dicho recurso, sin embargo, y como dato expresivo de lo que aquí se juega, ha efectuado unas interesantes recomendaciones<sup>75</sup>.

Esas y algunas otras Comunidades Autónomas, por lo demás, no han llegado a aplicar en sus estrictos términos las determinaciones del Real Decreto Ley

<sup>69</sup> Recurso núm. 4123-2012, contra el art. 1.Uno y por conexión, 1.Dos; 2, Tres y Cinco; 4, Doce, Trece y Catorce, y disposiciones adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto Ley (BOE del 24.7.2012).

<sup>70</sup> Recurso núm. 4585-2012, contra los artículos 1, uno y dos; 4, uno y cuatro; y 10, cuatro y cinco del Real Decreto Ley. Admitido a trámite por el TC el 13.9.2012 (BOE del 21.9.2012).

<sup>71</sup> Recurso núm. 4530-2012, contra el artículo 10.4 del Real Decreto Ley (BOE del 21.9.2012).

<sup>72</sup> Recurso núm. 414-203, contra los artículos 1.Uno, Dos y Tres; 4. Uno, Cuatro, y Cinco; 6, apartados 2 y 3; 8. Dos; 10. Cuatro y disposición final sexta del Real Decreto Ley (BOE del 22.2.2013).

<sup>73</sup> Recurso núm. 419-2013, contra los artículos 1. Dos; 2. Tres y Cuatro y 4. Trece del Real Decreto Ley (BOE del 22.2. 2013).

<sup>74</sup> Recurso núm. 433-2013 contra los artículos 1;3; 4.14; 6; 8 apartados 1, 2 y 3; 9; disposición adicional primera y disposición final sexta del Real Decreto Ley (BOE del 22. 2. 2013).

<sup>75</sup> Resolución de la Defensora del Pueblo, de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Esta resolución recuerda, invocando jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), como incluido en los principios rectores de la política social y económica, es un derecho de estricta configuración legal que otorga al legislador libertad para modular la acción protectora del sistema. No obstante, recomienda al Ministerio de Sanidad que se adopten, entre otras, las medidas complementarias para que se produzca el acceso efectivo a la protección de la salud de colectivos en situación vulnerable que han quedado excluidos del concepto de asegurado o beneficiario.

16/2012. En algún caso “de facto”, por la vía de mantener la tarjeta sanitaria o facilitarles una tarjeta de atención a los inmigrantes que acudan al sistema público con el fin de coordinar sus historias clínicas (es el caso de Andalucía, Cataluña y Asturias). Y en otros “de iure” (es decir, conforme a su propia normativa autonómica aprobada al hilo o en respuesta al Real Decreto Ley 16/ 2012), bien para incrementar un tanto más las determinaciones restrictivas de la legislación básica (como el establecimiento por Cataluña y Madrid de la tasa de un euro por receta farmacéutica), o por el contrario, aminorar el contenido gravoso del Real Decreto Ley. Este último es el caso de la Comunidad del País Vasco y su Decreto 114/ 2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>76</sup>, y de la Comunidad Foral de Navarra y su Decreto Foral 117/ 2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/ 1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del llamado régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra<sup>77</sup>.

El Decreto vasco viene a ampliar el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, al permitir a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, así como a todas las personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del SNS por no tener la condición de asegurado ni de beneficiarios del mismo, el acceso gratuito a las prestaciones sanitarias de la cartera de servicios del sistema vasco de salud. Por otra parte, además de ampliar la prestación farmacéutica a todas las personas que tienen reconocida la asistencia sanitaria gratuita, extiende la cobertura financiera de dicha prestación, mejorando el mínimo estatal, para limitar el copago de los usuarios al 40 por 100 del precio de venta al público y eximir del mismo a una serie de colectivos (pensionistas, perceptores de rentas de inserción, parados sin derecho de subsidio, etc.). Todo ello fundado en el derecho a la protección de la salud, la situación precaria de los colectivos afectados, y los riesgos para el resto de la población que se derivarían de la desasistencia de aquellos.

Por su parte el Decreto navarro trata de mantener su llamado régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral, ya anteriormente establecido, cubriendo así a las personas que conforme al Real Decreto Ley 16/2012 quedarían excluidas de dicha asistencia al no tener la condición de asegurado o beneficiario. Todo ello como un régimen especial, de aportación

---

<sup>76</sup> BO del País Vasco núm. 127, de 29 de junio de 2012.

<sup>77</sup> BO de Navarra núm. 220, de 9 de noviembre de 2012.



por los usuarios (divididos en dos grupos: mayores y menores de 65 años) y diferenciado del general propio del SNS, para lo cual especifica que en este régimen especial de universalización se expedirá un documento de identificación y no la tarjeta sanitaria del SNS.

Contra ambas normas autonómicas el Gobierno de la Nación ha planteado ante el Tribunal Constitucional sendos conflictos positivos de competencia, solicitando al amparo del art. 161 CE su suspensión. En el caso del Decreto vasco, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 24 de julio de 2012 el conflicto interpuesto por el Gobierno de la Nación el 20 de julio de 2012, con el consiguiente efecto suspensivo, en el posterior trámite sobre el levantamiento anticipado de la suspensión, por Auto de 13 de diciembre de 2012 el Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión de los preceptos del Decreto relativos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita y, por el contrario, mantener la de los relativos a la prestación farmacéutica (salvo para los beneficiarios del sistema de salud público y gratuito). En cuanto al Decreto navarro el Tribunal acaba asimismo de admitir a trámite el conflicto interpuesto por el Gobierno de la Nación el pasado 29 de enero de 2013, con suspensión de la vigencia y aplicación de aquél<sup>78</sup>.

Conviene analicemos los argumentos utilizados por dicho Auto para levantar la suspensión de las previsiones del Decreto vasco sobre el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública. Porque, al margen de sus efectos sólo cautelares, pudieran darnos un rastro de la eventual posición definitiva del Tribunal respecto de las diversas cuestiones que el Real Decreto Ley 16/2012 hemos visto suscita. Un rastro ciertamente interesante habida cuenta de que las previsiones del Decreto vasco –cuya suspensión, sin embargo, el Tribunal levanta– es claro no se ajustan al Real Decreto Ley.

El Auto nos sintetiza las respectivas posiciones del Gobierno de la Nación y del Gobierno vasco (que al cabo sustentan la posible virtualidad recíproca de la normativa estatal básica y de la autonómica, y con ello de los derechos y competencias afectadas por el Real Decreto Ley 16/2012). El Gobierno de la Nación entiende que el Decreto vasco contradice la legislación básica estatal en materia de sanidad interior ex art. 149.1.16 CE, al introducir diferencias respecto de esa legislación básica en el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, además de en lo referente al copago farmacéutico<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> BOE del 2.2.2013.

<sup>79</sup> Utilizando contra el Decreto los siguientes argumentos: lo establecido por el Decreto vasco vulnera el reparto constitucional de competencias, dando lugar a que la legislación básica quede inconstitucional.

Por su parte el Gobierno vasco (que admite que su Decreto amplía el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública y el de la prestación farmacéutica más allá de lo establecido por el Real Decreto Ley 16/2012) parte de la contraposición existente entre, de un lado, el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro derivado de la redefinición que el Real Decreto Ley 16/2012 efectúa de los beneficiarios del sistema público de salud, y, de otro, el interés público de preservar el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE con el mantenimiento de un derecho universal y gratuito a la asistencia sanitaria, que se ve afectado por las restricciones establecidas por el Real Decreto Ley. Para desde ahí justificar que el Decreto vasco propugna la universalización de la asistencia sanitaria pública como expresión de ese derecho constitucional a la salud, vinculado por lo demás a la dignidad de la persona, porque la protección de la salud es una tarea que un Estado Social de derecho no puede descuidar dada su ligazón con los derechos humanos a la vida y a la integridad física.

Ante ello, en el Auto, el Tribunal Constitucional, que se sitúa dentro de los límites de esta fase cautelar (sobre el levantamiento o no de la suspensión del Decreto vasco) y para realizar la oportuna ponderación al respecto, acota como apartados contrapuestos estas dos referencias (dos referencias que podrían serlo también ciertamente de la sentencia final sobre el conflicto de competencias y afectar así de fondo a la constitucionalidad del Real Decreto Ley 16/2012): de un lado, el beneficio económico derivado del ahorro asociado a la nueva definición por el Real Decreto Ley 16/ 2012 de los beneficiarios de la asistencia sanitaria pública; de otro, el interés general de preservar el derecho a la salud del art. 43 CE (al que reconoce una doble dimensión individual y pública). Sobre esta base, el Auto se pronuncia sobre los dos apartados centrales del Decreto vasco –a los efectos de esta fase cautelar, pero con esa posible incidencia de fondo– en los siguientes términos.

En cuanto al ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública, y negando carácter determinante al beneficio o perjuicio económico derivado del mantenimiento o no de la suspensión del Decreto vasco porque ello no está precisando en la demanda, subraya (interpretando el alcance del derecho a la salud

---

nalmente desplazada en el País Vasco y afectando así a la seguridad jurídica y a la uniformidad en las condiciones de acceso al SNS y, determinando un grave quebranto para la estabilidad financiera del país, contradice la razón sustancial del Real Decreto Ley 16/2012 como legislación básica: la crisis económica y el riesgo de insolvencia del SNS. En suma, el Decreto vasco, al modificar la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria pública con cargo a fondos públicos, así como el porcentaje de aportación de los beneficiarios de la prestación farmacéutica, se opone a lo establecido por la legislación básica e incurre consecuentemente en inconstitucionalidad mediata.

del art. 43 CE en conexión con el art. 15 CE –derecho a la vida y a la integridad física– que “los intereses generales y públicos vinculados a la promoción y garantía de la salud son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales especialmente sensibles” y que si se mantuviera la suspensión del Decreto vasco “se consagraria al tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos que verían notablemente afectada su salud, a lo que habría que añadir el riesgo que por eventuales contagios ello supone para la salud pública”. Todo ello para concluir: “Apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos (del Decreto vasco) referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita”.

Se trata de una conclusión del Tribunal Constitucional relevante, teniendo en cuenta que la ponderación y los argumentos utilizados en este incidente cautelar de la suspensión ciertamente no tendrían por qué ser distintos en un pronunciamiento definitivo del Tribunal sobre el fondo del asunto. Pero, es más, es que junto a esa preferencia aun cautelar que reconoce al derecho a la salud, el Auto del Constitucional se pronuncia también de modo significativo en cuanto al margen de que la normativa autonómica dispone en relación con la legislación básica (y el argumento del Gobierno de la Nación de que el Decreto vasco va contra el reparto constitucional de competencias y que el levantamiento de la suspensión provocaría un bloqueo de la competencia estatal que quedaría así inconstitucionalmente desplazada en el País Vasco): “Sin entrar en el fondo del conflicto planteado por el Gobierno del Estado... pues serán atendidas en la sentencia final de este proceso... sí puede afirmarse en este incidente cautelar que el ejercicio de la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal, que actúa definiendo los titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita y el régimen de la prestación farmacéutica. Esta definición no es desvirtuada por la normativa autonómica, que sencillamente amplía las previsiones básicas estatales, habrá que ver en la solución del conflicto de fondo si de forma respetuosa o no de la legislación básica”.

En suma, el Tribunal Constitucional admite que la normativa autonómica de desarrollo puede ampliar las previsiones de la legislación estatal básica en la definición de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública y el régimen de la prestación farmacéutica. Otra cosa es si el modo en que lo haga es respetuoso o no con el contenido de lo básico, un juicio éste que el Tribunal deja pa-

ra la sentencia sobre el conflicto de competencia. Aunque el rastro dejado por el Tribunal sobre la preferencia del derecho a la salud sobre los criterios puramente económico-financieros puede ser sintomático de su futura decisión de fondo. Sin embargo, respecto al otro punto central del Decreto vasco (la flexibilización de lo establecido en el Real Decreto Ley 16/ 2012 respecto al copago de la prestación farmacéutica ambulatoria) y al objeto de decidir el mantenimiento o no de su suspensión, el Auto, invocando otros anteriores recientes que justifican la necesaria contención del gasto público y que entiende aplicables al caso, resuelve ha de mantenerse la suspensión del Decreto, salvo –y en conexión con los argumentos anteriores sobre el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria– para los beneficiarios del sistema de salud público y gratuito del País Vasco, habida cuenta que la protección del derecho a la salud se articula, entre otros servicios, a través de la prestación farmacéutica.

No cabe, pues, dar por resuelta la cuestión. Ni respecto del conflicto de competencia, ni respecto del fondo del asunto: la constitucionalidad del Real Decreto Ley 16/2012. Primero, porque el ATC funda su decisión de conceder preferencia al derecho a la salud sobre el ahorro económico-financiero en el SNS en la falta de precisión sobre este último extremo en la demanda del Gobierno de la Nación, y este hecho bien podría subsanarse en otro momento y/o procedimiento (por ejemplo, los de los recursos de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 16/ 2012), en su caso con una conjugación al efecto de los dos títulos constitucionales de competencia en que este último se funda (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica –149.1.13 CE– y legislación básica sobre sanidad –149.1.16 CE–, además del principio de estabilidad presupuestaria)<sup>80</sup>. Y probablemente porque de aceptarse un amplio margen de maniobra de las Comunidades Autónomas en la modulación de las previsiones de la normativa básica, la disparidad resultante en el conjunto del SNS podría dar lugar a una falta de armonización de éste ciertamente preocupante. Algo ya puesto de manifiesto con el mismo hecho del levantamiento de la suspensión del Decreto vasco, pues, por ejemplo, la tarjeta sanitaria de que puedan disfrutar en el País Vasco los inmigrantes irregulares ¿tendrá valor para que puedan acceder a la asistencia sanitaria pública en toda España? ¿Sería extrapolable al resto de las Comunidades Autónomas la posición que con su respectiva normati-

---

<sup>80</sup> La ponderación entre los dos bienes jurídicos contrapuestos (la estabilidad presupuestaria y el derecho a la protección de la salud) puede convertirse, tras la reforma sanitaria, en la cuestión central del probable rosario de conflictos que, como consecuencia de las medidas adoptadas por los poderes públicos para conjugarlos, tendrá que dilucidar la jurisdicción a sus distintos niveles. A título de ejemplo, el publicado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2013 que ordena la suspensión de la Orden de la Consejería de Sanidad de dicha Comunidad Autónoma de 20 de noviembre de 2012, sobre atención sanitaria continuada en las zonas básicas de salud, que determina la supresión de determinados Puntos de Atención Continuada de Urgencia.

va autonómica, flexibilizadora de lo establecido en el Real Decreto Ley 16/2012, mantienen el País Vasco y Navarra, precisamente dos Comunidades con un régimen financiero distinto del común de las demás?

#### IV. LA PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA Y SUS FORMAS DE GESTIÓN

##### 1. Las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública y su evolución.

En nuestro actual modelo sanitario, presidido por la LGS y la LCCSNS, y dentro del sistema de salud o sistema sanitario (el conjunto de todas las acciones, públicas o privadas, en el campo de la salud), se incluyen tanto el sistema sanitario público como el sector sanitario privado. El primero, formado por el conjunto de estructuras, servicios y acciones de las Administraciones públicas al servicio de la salud (e integrado por los servicios de salud de la AGE y de las Comunidades Autónomas y los de los Ayuntamientos, Diputaciones y otras Administraciones bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas) constituye el Sistema Nacional de Salud, SNS. El segundo, formado por el conjunto de estructuras y acciones en el campo de la salud llevadas a cabo por el sector privado (arts. 56 y 89 LGS).

Para la asistencia sanitaria pública, la provista por el SNS, nuestro ordenamiento asumió en la LGS de 1986 el modelo de gestión directa, es decir, a través de Hospitales y centros sanitarios públicos (dependientes inicialmente del INSALUD y luego, una vez trasferida la asistencia sanitaria a las Comunidades Autónomas, de los respectivos Servicios de Salud de éstas), configurados inicialmente como instituciones jerarquizadas y sujetas al Derecho público. Por su parte, la asistencia sanitaria privada, afincada en la libertad de empresa, se desarrolla –en su organización, gestión y prestaciones– en el marco del Derecho común o privado, sin perjuicio de quedar sujeta a la reglamentación general de la actividad derivada de la potestad reguladora de la Administración sobre este sector. De esta manera la asistencia sanitaria pública (instituciones, organización, gestión, prestaciones, titulares del derecho a dicha asistencia) en cuanto acción del SNS, y la asistencia sanitaria privada (en análogos apartados) quedan situados en planos distintos y en principio no miscibles. Como lo es el dato fundamental de partida: en el primer caso las prestaciones son debidas por parte de los poderes públicos, y en el segundo no<sup>81</sup>. No obstante, los centros sanitarios privados pueden

---

<sup>81</sup> A. MENÉNDEZ REXACH, “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Rev. Adm. Sanit.*, 2008, 6 (2).

(como fórmula de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública) quedar vinculados al SNS mediante los oportunos “convenios singulares” y “conciertos” con éste (arts. 67 y 90 LGS, respectivamente). Bien entendido que en este caso la prestación sanitaria (aun llevada a cabo por cuenta del SNS) es realizada por el sector sanitario privado como tal, no por una institución sanitaria pública.

Este era el esquema básico de la LGS de 1986. Pero con posterioridad el mismo fue modalizándose tanto en lo que respecta a las variantes de la gestión directa de la asistencia sanitaria pública, como a la ampliación de su gestión indirecta más allá de la sola posibilidad de esos conciertos y convenios, en un intento de aplicar en el ámbito sanitario las diversas variantes de gestión previstas en el ordenamiento administrativo general<sup>82</sup>. Así, ya desde la aprobación de la LGS en 1986 las formas de organización y gestión de la asistencia sanitaria pública fueron objeto de un debate recurrente motivado por dos factores fundamentales: la apelación a los costes comparados entre la sanidad pública y la privada, y el problema de la financiación de la primera. Un problema que agudizado una vez descentralizada la asistencia sanitaria pública en las Comunidades Autónomas e involucrado con el más general de la financiación autonómica, se inscribe hoy en el de la insuficiencia financiera generalizada en todas las Administraciones como consecuencia de la presente crisis económica.

Hitos conocidos de ese debate fueron en su momento, en 1991, el llamado “Informe Abril”, efectuado por una Comisión oficial creada para el Análisis y Evaluación del SNS, y más tarde, en 1997, el de la Subcomisión para la Modernización y Evaluación del SNS. Ambos informes propicios a orientar la organización y gestión de los centros sanitarios públicos hacia un más flexible modelo empresarial a través de las oportunas fórmulas jurídicas (organización y gestión como empresa pública o fundación, con gestión no burocrática, disponibilidad de tesorería propia, control “ex post” a través de auditorías, sujeción del personal al régimen laboral, etc.). Y, en efecto, esa búsqueda de mayor flexibilidad en la gestión de la asistencia sanitaria pública por parte de las instituciones del SNS con el fin de solventar las disfunciones que podían derivarse del modelo burocrático y la centralización de las decisiones, y el consecuente intento de que el principio de eficiencia primara sobre el de legalidad administrativa<sup>83</sup>, subyacen a las reformas legales que entre 1994 y 2000 tuvieron lugar para establecer las llamadas nuevas formas de gestión del SNS.

---

<sup>82</sup> Gestión directa por las propias estructuras de la Administración: órgano indiferenciado, organismo público (organismo autónomo, entidad pública empresarial, agencia), sociedad de capital público en su integridad, fundación. Y gestión indirecta: cesión, gestión interesada, concierto, sociedad de economía mixta (Cf. LOFAGE; LCSP y LBRL).

<sup>83</sup> ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, 2007, p. 111.

La Ley 30/ 1994, de Fundaciones, permitió que las entidades públicas pudieran crear fundaciones (fundaciones privadas pero de iniciativa pública), entre otros ámbitos, en el sanitario. Posteriormente el Real Decreto Ley 10/ 1996, de 17 de junio, de habilitación de nuevas formas de gestión del SNS, modificó la LGS permitiendo que la asistencia sanitaria pública se organizara bajo nuevas fórmulas (consorcios, fundaciones, otros centros con personalidad jurídica, y otras fórmulas de gestión integrada y compartida), además de la posibilidad de los convenios y conciertos con la sanidad privada ya recogida por la LGS. Tramitado luego dicho Real Decreto Ley como Ley 15/ 1997, de 15 de abril, ésta refrendó las anteriores novedades y autorizó para los centros y servicios sanitarios públicos su gestión tanto directa como indirecta, así como la apertura a cualquier forma de organización y gestión admitida en Derecho (art. único.1 de la Ley). Por lo demás, la posterior Ley 50/ 1998, de Medidas (art. 111), propició la creación de las llamadas fundaciones sanitarias<sup>84</sup>.

Concretando las anteriores previsiones legales, el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, estableció (art. 3) que la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios en el ámbito del INSALUD, podría llevarse a cabo a través de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/ 1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público. No obstante, ese mismo art. 3 del Real Decreto precisaba a continuación que “la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios, o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”.

Con ello, de una parte, quedaba claro que la asistencia sanitaria pública –en el ámbito del INSALUD– podría prestarse tanto en gestión directa (a través de las variantes citadas, lo que lógicamente implicaría para algunas de ellas su sujeción al Derecho privado, aun sin perder su carácter de servicio público) como en gestión indirecta en los supuestos previstos por el art.3.2 del Real Decreto 29/

---

<sup>84</sup> La Ley 50/ 1998 conceptuó esta figura de la fundación sanitaria en términos distintos a lo habilitado por la Ley 30/ 1994 y el Real Decreto Ley 10/1996, al configurarlas, no como entidades privadas de iniciativa pública, sino como organizaciones públicas asimiladas a las entidades públicas empresariales (e integradas por ello en el ámbito de la gestión pública directa). Vid. A. MENÉNDEZ, cit., y F. VILLAR ROJAS, “Las fundaciones sanitarias y sociales”, en *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni? Atti del XVIII Congresso dell'Associazione italo-spagnola dei professori di Diritto Amministrativo, Bologna, 27-29 maggio 2010*, Bologna University Press, 2012.

2000. Un precepto éste ambiguo, pues de él no resulta meridiano si tales supuestos quedaban limitados a los expresamente nominados por la LGS –convenios y conciertos– o se extendían a cualesquiera otros de los previstos para la gestión indirecta por el ordenamiento general.

## **2. La actual diversidad de fórmulas de gestión de la asistencia sanitaria pública y la concesión sanitaria.**

A partir de ese marco posibilista, y sobre todo de lo establecido por las Comunidades Autónomas en virtud de su potestad de autoorganización (con la descentralización sanitaria en las Comunidades Autónomas, y extinguido el INSALUD con su reconversión en el INGS, la asistencia sanitaria pública paso a la responsabilidad efectiva de aquellas), las formas de organización y gestión de la asistencia sanitaria pública muestran hoy en nuestro país una realidad ciertamente diversa.

En primer término, y como fórmula predominante, la gestión directa, la realización de la asistencia sanitaria por el propio aparato de las Administraciones (en esencia los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas), bien por sus instituciones sanitarias indiferenciadas, o, más en general, a través de propias entidades instrumentales, y utilizando a tal fin el derecho público o el privado<sup>85</sup>. Pero también la gestión indirecta, en que la Administración encomienda el desarrollo de la asistencia sanitaria pública a una persona o entidad privada, utilizando a tal fin sobre todo la fórmula de los convenios singulares y conciertos previstos en la LGS. En los últimos tiempos se ha puesto, no obstante, en práctica asimismo la fórmula de la concesión, bien de sólo los servicios no sanitarios (mantenimiento, logística, servicios auxiliares, etc. de los hospitales públicos), bien de la gestión sanitaria integral, incluida, pues, también la de los servicios de atención sanitaria. En ambos casos incluyendo o no la concesión la previa construcción del hospital o centro sanitario por el concesionario (bajo la fórmula de financiación privada de éste), con dos hipótesis en cuanto al ámbito de los servicios objeto de la concesión (sólo los del correspondiente hospital público, o los de éste y los cen-

---

<sup>85</sup> Expresiones de esa gestión directa son –o fueron en su momento–, además de la gestión por una organización sin personalidad jurídica, el más generalizado recurso a entes instrumentales de la Administración pública en sus diferentes variantes: organismo autónomo (como el Instituto de Salud Carlos III, o el Centro Nacional de Transplantes y Medicina Regenerativa); entes de Derecho Público sujetos al Derecho privado (como el Hospital Costa del Sol de Marbella, el Hospital de Poniente de Almería, o el Hospital Alto Guadalquivir de Andújar en Jaén, todos ellos de Andalucía; los Hospitales de Pallars y de Mora de Ebre o el Instituto de Oncología, en Cataluña); sociedad mercantil de capital público mayoritario (como Alta Tecnología Sanitaria SA, en el País Vasco; Sistema de Emergencias Médicas SA, en Cataluña; el Instituto Gallego de Medicina Técnica SA, en Galicia, etc.); fundaciones sanitarias o fundaciones privadas creadas por entidad pública (como la Fundación Hospital de Manacor en Mallorca, o la Fundación Hospital de Alcorcón de Madrid), etc.



tros de salud que de él dependan), y abonando por su parte la Administración al concesionario el correspondiente canon anual como contraprestación de la actividad que aquel desarrolla, en general en función del número de habitantes afectados por la actividad objeto de la concesión.

La fórmula de la concesión inicialmente no se utilizó para la provisión del conjunto de los servicios públicos sanitarios. Pero en el contexto del debate sobre las nuevas formas de gestión de la asistencia sanitaria pública la Comunidad Autónoma de Valencia decidió en 1996 que la construcción y explotación como servicio público del Hospital La Ribera de Alzira (Valencia) se hiciera por el sector privado mediante la concesión a éste de su gestión integral por un plazo de diez años prorrogables; una fórmula ésta que, aunque controvertida en su momento incluso en sede judicial<sup>86</sup>, se extendió luego, con diversas variantes, a otros casos, según veremos.

En todo caso y vistas las peculiaridades de la concesión sanitaria así concebida<sup>87</sup> (en especial el que el concesionario puede gestionar, no su propio estableci-

---

<sup>86</sup> La concesión del Hospital de Alzira fue recurrida judicialmente por el sindicato CCOO, en esencia porque entendía que la fórmula no estaba contemplada por la LGS, que se refería sólo a los convenios y conciertos, y sin que las posteriores reformas normativas hubieran invalidado esta determinación. Sin embargo, ni el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana ni luego el Tribunal Supremo aceptaron tal pretensión y argumentos.

El Tribunal Superior de Justicia entendió que la concesión, que la LGS inicialmente no permitía, fue, no obstante, autorizada por el RDL 10/1996 y la Ley 15/ 1997, ya citados, en tanto que “nueva forma de gestión”, con efectos también sobre las Comunidades Autónomas. Resultan, por otra parte de interés, las diferencias que el Tribunal encuentra entre los convenios y conciertos sanitarios y la concesión sanitaria: si en los primeros son los medios y recursos privados los que acceden al sector público, pues en este caso la titularidad de los hospitales y centros vinculados es privada –como también su régimen de organización y funcionamiento– y es la empresa o entidad privada la que efectúa el desembolso para la creación del hospital y proporcionar la asistencia, sin embargo, en la concesión sanitaria la titularidad del centro u hospital es pública y es la Administración concedente la que proporciona los medios y recursos y la fuente de ingresos de la empresa gestora, a la que se los garantiza al estar asegurada la población asistencial por la Seguridad Social (digamos, por nuestra parte, que será así en la concesión sanitaria, no en el instituto concesional como tal, en el que el concesionario se nutre de los ingresos satisfechos por los usuarios del servicio).

Por su parte, el Tribunal Supremo (STS de 20.12.2005) resolvió que, en efecto, que tanto a la vista de la legislación de contratos de las Administraciones públicas como del Decreto Ley 10/ 1996 y la Ley 15/1997, las limitadas formas de gestión indirecta permitidas por la LGS habían sido ampliadas a otras “nuevas formas”, entre ellas la concesión sanitaria. Y sin que, por otra parte, ésta quedara impedida por lo establecido en los arts. 41 y 43 CE, preceptos que, a la vista de la STC 37/1994, no imponen la gestión pública directa del sistema público de salud. El Tribunal Supremo vino así a respaldar la concesión del servicio público como una forma de gestión de la asistencia sanitaria pública. Cf. A. MENÉNDEZ RE-XACH, “La gestión indirecta..”, *cit.*, pp. 286–291.

<sup>87</sup> Vid. F. VILLAR ROJAS, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP* núm. 172, 2007.

miento o centro sanitario, sino un hospital o centro sanitario de titularidad pública) debemos hacer algunas puntualizaciones. En primer término, en la clásica concesión de un servicio público éste es desarrollado por el concesionario, en los términos y condiciones fijados por la concesión, pero con sus propios medios materiales y personales, no con los de la Administración. En otro caso ello implicaría el en principio contrasentido de que la Administración recurra al sector privado para que éste, no ya preste una actividad al público que la Administración no puede o no quiere realizar con sus propios medios, sino para que gestione los propios medios de la Administración (centros, establecimientos, personal), en una especie de renuncia de ésta a gestionar lo que de suyo le corresponde administrar<sup>88</sup>, a modo de una especie de concierto “inverso” en el que es la Administración la que pondría a disposición del sector privado sus propios establecimientos para ser explotados por el concesionario. Sin embargo, precisamente esto es lo que en la práctica sucede en el ámbito sanitario con la llamada externalización de la actividad de los centros sanitarios públicos, y consiguiente concesión, sea de toda ella (incluida, pues, la actividad sanitaria), sea de sólo algunos de sus servicios instrumentales (servicios de limpieza, mantenimiento de equipos e instalaciones, etc.).

En segundo lugar, en la convencional concesión de servicio público la Administración no efectúa desembolso alguno para cubrir los costes de éste (salvo una eventual subvención), sino que los mismos y el beneficio empresaria del concesionario se sufragan con las tarifas y precios satisfechos por los usuarios, mientras que en la concesión sanitaria es la Administración concedente la que remunera íntegramente al concesionario con un canon o cantidad fija regular preestablecida en función de distintos factores, entre ellos, el número de potenciales usuarios del servicio concedido. Un dato éste que nos revela el núcleo de la cuestión.

En la concesión administrativa la asunción por la Administración –como presupuesto de la gestión indirecta concesional y a título de actividad propia en tanto que servicio público– de la actividad que luego concede, muestra su designio de fondo. En el caso de los llamados servicios públicos económicos, controlar –con fines de ordenación y dirección– una actividad que de suyo y al ser de naturaleza económica no tendría por qué haber sido asumida por la Administración para luego ser “devuelta”, concedida a privados, sino simplemente ser desarrollada por éstos con carácter originario en virtud de su libre iniciativa y en libre competencia. Sin embargo, en el caso de los llamados servicios públicos sociales o asistenciales (como es la asistencia sanitaria pública) su configuración co-

---

<sup>88</sup> Cf. ANGEL MENÉNDEZ REXACH, “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el Derecho Administrativo”, *IV Congreso de Derecho Sanitario*, 1997.

mo tales no se produce con ese objetivo de control sobre la actividad por parte de la Administración, sino en esencia como expresión de una garantía pública directa de la prestación colectiva de que se trate, por lo que supera así el mero plano de la libre competencia y el de una relación prestador–usuarios articulada bajo el criterio “comercial” con que de suyo y materialmente podrían regularse las actividades objeto de los servicios públicos económicos. Por eso la asistencia sanitaria pública perdería su actual significado institucional si, difuminado ese carácter garantista directo por parte de la Administración, conllevara el pago en todo caso por los usuarios de las concretas prestaciones recibidas; y por ello mismo en la llamada concesión sanitaria –al menos hoy por hoy– los usuarios no pagan al concesionario gestor del servicio las prestaciones recibidas (sin perjuicio de que al cabo contribuyan a la financiación global del servicio –a la del canon o remuneración a satisfacer en este caso por la Administración al concesionario– vía impuestos o cuotas obligatorias de la seguridad social, pero que en todo caso no tienen relación con el coste de las concretas prestaciones recibidas). Todo ello porque “la esencia de la prestación sanitaria no está en su contenido económico sino en la realización efectiva del derecho a la protección de la salud”<sup>89</sup>.

Ahora bien, otra cosa es –como cuestión de fondo– que los anteriores distinguos pudieran seguir realizándose a la vista de los cambios de orden ideológico y económico a que estamos asistiendo, de los actuales problemas de financiación del sector público, y de una concomitante apreciación como valor entendido de la mayor eficiencia del sector privado sobre el público, como resultado de todo lo cual pudiera estar en revisión o querer revisarse el paradigma del carácter no económico de la asistencia sanitaria pública, generalizarse la concesión sanitaria como forma de gestión de ésta, e incluso articularse dicha gestión bajo las claves de las actividades de mercado o cercanas a ellas. Todo ello –sigamos con la conjetura–, en un primer momento con la asunción por la Administración del coste del servicio concedido (y que la misma satisfaría al concesionario); en un no descartable momento ulterior, y como en la concesión de los servicios públicos económicos, con el pago directo de los usuarios al concesionario en función de la concreta prestación recibida (de ser así, supondría primar en la organización de la asistencia sanitaria pública el propósito ordenador del sector en desmedro del de la garantía efectiva y directa por parte de la Administración de las correspondientes prestaciones colectivas); e incluso finalmente la configuración de la asis-

---

<sup>89</sup> Cf. ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ cit., p. 158, y A. MENÉNDEZ REXACH, cit., p. 295, quien expresivamente añade: “El empresario privado no puede actual con los esquemas habituales dirigidos a la obtención de un beneficio, sino que se verá abocado inevitablemente a una difícil encrucijada: o desempeña correctamente su función, aunque sufra pérdidas (lo que es insostenible a medio y largo plazo) o prima la obtención del beneficio, con el consiguiente deterioro de la calidad de la asistencia prestada”.

tencia sanitaria y su cobertura, hoy en mano pública (y de gestión directa y eventualmente indirecta), como una actividad comercial privada meramente “regulada”, explotada en virtud de la libre iniciativa y en libre competencia y con tan sólo un núcleo de dicha actividad de carácter jurídico-público (en su caso financiado no comercialmente sino por los poderes públicos), el constituido por determinadas prestaciones sanitarias básicas legalmente definidas como universales, núcleo a que en tal caso quedaría reconducido el servicio público. Si fuera así, se confirmaría que la generalización de la gestión indirecta puede ser el paso intermedio en el camino hacia la privatización real de la asistencia sanitaria pública (su atribución al sector privado) sin perjuicio de que el Estado siga regulando y controlando –que no prestando– la actividad<sup>90</sup>.

### **3. ¿Expansión de la gestión concesional?: el Plan para la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid.**

Precisamente la voluntad de que la gestión de algunos hospitales y centros de salud de la red pública sea encomendada al sector privado mediante concesión subyace en el conflicto y las huelgas del personal sanitario que desde el mes de noviembre de 2012 se generalizaron en la Comunidad de Madrid tras el anuncio por su Consejería de Sanidad del ya citado “Plan de medidas de garantía de sostenibilidad del sistema sanitario público” en dicha Comunidad Autónoma. Un Plan que con los objetivos del ahorro, mantener la actividad asistencial, mejorar la eficiencia y diseñar estratégicamente los recursos humanos como “reformas estructurales de la gestión sanitaria”, establece la llamada externalización de “la actividad sanitaria”, utilizando el modelo de concesión, de seis hospitales madrileños; la concesión de la prestación de la asistencia sanitaria de Atención Primaria de un 10 por 100 de los centros de salud (unos 27 centros de salud), en su caso mediante su encomienda a cooperativas de facultativos, consorcios y fundaciones (el Plan subraya que tanto los citados hospitales como estos centros de salud seguirán siendo públicos, bajo financiación pública y garantía pública), así como la externalización de los servicios no sanitarios de toda la red asistencial pública de la Comunidad<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> Cf. A. MENÉNDEZ REXACH, por cita de SCHMIDT-ASSMANN, cit. p. 272.

<sup>91</sup> A estas “reformas estructurales” el Plan añade, de otra parte, como medida “de aprovechamiento de los recursos para mejorar la atención de la población mayor”, la transformación del Hospital de la Princesa en un hospital de alta especialización para la patología de las personas mayores y la del Hospital Carlos III en un hospital de estancia media. Como medida “para la mejora de la eficiencia, utilización racional de los recursos y ahorro”, la reducción del gasto medio por receta farmacéutica, la implantación de la tasa de un euro por receta (con exenciones para los parados, pensionistas no contributivos, perceptores de rentas de integración social, discapacitados, etc.), así como con un límite de 72 euros año para no perjudi-

Centrándonos en la “externalización” sanitaria, el Plan viene a insistir en la línea ya puesta en práctica con anterioridad por la Comunidad de Madrid, en la que ya existían tres hospitales de su red (los de Valdemoro, Torrejón y Móstoles) y uno en proyecto (el de Collado Villalba) cuya gestión estaba totalmente privatizada, así como otros siete en los que, aunque externalizada la gestión de los servicios no sanitarios, la gestión de la actividad sanitaria permanecía bajo la responsabilidad directa del sector público madrileño. Pues bien, el Plan contempla que la gestión (literalmente en el texto del Plan, “la actividad sanitaria”) de seis de estos últimos hospitales<sup>92</sup>, será externalizada, entregada, ahora en su totalidad (es decir, tanto la de los servicios sanitarios como la de los no sanitarios), al sector privado mediante concesión. Se trataría así de una aplicación expansiva del llamado “modelo Valdemoro” (el del Hospital de esta localidad) que a su vez copió el modelo inaugurado por la Comunidad Valenciana con su Hospital La Ribera de Alzira.

No hay duda de que las dificultades de la Comunidad Autónoma para sostener la financiación de sus servicios de salud, derivadas de las medidas generales para la reducción del déficit público y el logro de la estabilidad presupuestaria de las Comunidades Autónomas están en el origen del Plan madrileño<sup>93</sup>; en suma, la necesidad, a juicio de sus autores, de una mayor eficiencia y ahorro de costes en la asistencia sanitaria pública que se pretendería solventar con las citadas me-

---

car a las personas polimedicadas) y el incremento de las actividades de central de compras (además del retraso de la apertura del nuevo Hospital de Collado Villalba hasta fines de 2013). Y como “medidas de reordenación de equipos profesionales”, la reordenación de la actividad de los profesionales en los hospitales (desaparición de la actividad hospitalaria de tarde como jornada extraordinaria, para su consideración como parte de una jornada laboral normal, y consecuente contratación de profesionales cuya jornada laboral sea de tarde), la jubilación de los profesionales mayores de 65 años (la prolongación del servicio activo a partir de los 65 años se limitará a un tercio de los profesionales y su otorgamiento tendrá lugar en función de criterios de desempeño y de oportuna ordenación de los recursos humanos), la concentración de los laboratorios para aprovechar economías de escala, y la concentración en diferentes hospitales de los procesos de alta complejidad (que hoy se llevan a cabo en muchos hospitales, algunos de ellos con un volumen anual de casos muy bajo).

<sup>92</sup> Los recientes Hospitales “Infanta Leonor” (Vallecas); “Infanta Sofía” (San Sebastián de los Reyes); “Infanta Cristina” (Parla); Hospital del Henares; Hospital del Sureste; y Hospital del Tajo.

<sup>93</sup> El Plan declara sin ambages: “No tenemos ingresos suficientes para que todo siga funcionando exactamente igual”, y argumenta: “El ajuste fiscal que se pide a las Comunidades Autónomas se ha incrementado para 2013. Rebajar nuestro déficit al 1’5 por 100 ha sido el objetivo fijado para 2012. Pero para el año 2013 debemos reducir nuestro déficit en hasta el 0’7 por 100. Ello supone un ajuste de 1.700 millones de euros” (y en efecto, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, recuerda los objetivos fijados por el Consejo de Ministros de 20 de julio de 2012 y ratificados el 24 y 26 del mismo mes por el Pleno del Congreso y el Senado, respectivamente, para el período 2013–2015: 4’5 por 100 del PIB para el conjunto de las Administraciones, desglosado en el 3’8 para el Estado, 0’7 para las Comunidades Autónomas, y 0 a fin de 2013 para las Corporaciones locales y la Seguridad Social). Pero a ello se añade la reducción de ingresos de la Comunidad Autónoma de Madrid como consecuencia del nuevo sistema de financiación autonómica. De manera que –concluye el Plan– “el ajust-

didadas, entre ellas el recurso a la concesión sanitaria en los términos expuestos. Ante ello el personal sanitario en huelga y la oposición parlamentaria han subrayado la ausencia de estudios e informes previos justificativos de la decisión y de un debate riguroso sobre la cuestión<sup>94</sup>; la predecible pérdida de calidad en la atención clínica (dadas las restricciones que sobre su óptima práctica se derivarán del objetivo de rentabilidad económica que inspirará la gestión del concesionario); su convicción de que la asistencia sanitaria pública ha de ser autosostenible y no una actividad económica generadora de beneficios; el no probado ahorro financiero que se presume tendrá lugar con la gestión concesional; la discutible bondad del sistema de concesión sanitaria que, puesto en práctica en el Reino Unido por M. Thatcher, se ha demostrado que con él ha empeorado la calidad del servicio, por lo que ahora se plantea allí la vuelta al modelo anterior; y sobre todo la sospecha de que el Plan pudiera ser la punta de lanza –impulsado como está por un Gobierno autonómico del mismo partido político que el de la Nación– de un auténtico cambio de modelo presidido por la privatización y aplicable a la asistencia sanitaria pública en toda España.

Por su parte, las autoridades de la Comunidad de Madrid han insistido, además de en la necesidad de adaptarse a la obligada austeridad en el gasto público, en que el Plan se limita a la externalización de determinados servicios de la sanidad madrileña, sin que ello cuestione el carácter de servicio público de la asistencia sanitaria de la Comunidad Autónoma; que, todo lo contrario, el Plan precisamente tiene como fin “mantener los servicios públicos extraordinarios que se han construido en la Comunidad de Madrid en los años de bonanza”, y que “nadie está privatizando ni va a privatizar” el sistema sanitario, el cual va a mantener su “carácter universal, gratuito y de la máxima calidad”<sup>95</sup>. A tal fin han invocado la experiencia satis-

---

te presupuestario al que se verá sometida la Comunidad de Madrid para el año 2013 será de 2.700 millones de euros, y como consecuencia de ello se verá afectado el gasto sanitario con un 7 por 100 de gasto menos que en 2012.

<sup>94</sup> Al parecer el Plan fue anunciado de repente, sin que los propios gerentes de los hospitales afectados tuvieran noticia alguna al respecto. Lo cierto en todo caso es que la argumentación del Plan para optar por el modelo de concesión para los citados seis hospitales es muy lacónica: “Se ha comprobado que el modelo de concesión es el más eficiente, da buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los pacientes. De media el coste total de la asistencia especializada de gestión mixta es de unos 600 euros por habitante, mientras que en los hospitales con modelo capitativo más recientes este coste medio anual es de 441 euros” (este último dato ha sido muy controvertido).

<sup>95</sup> En este sentido el Plan, al menos en lo programático, es rotundo: “La insuficiencia de recursos económicos nos enfrenta al desafío de mantener nuestro sistema sanitario bajando sustancialmente sus costes. Esto nos pone ante una encrucijada: recortar sin más en todo lo que se pueda para bajar el gasto en la medida que bajen los ingresos o diseñar un plan de medidas efectivas que logren reducir el coste pero si n alterar los principios que sostienen el sistema, Nos inclinamos claramente por la segunda opción. Los principios sobre los que se asienta el sistema sanitario no cambian ni un ápice: universalidad, gratuidad, equidad, calidad y respeto hacia el trabajo de los profesionales sanitarios”.

factoria de los Hospitales de Valdemoro, Móstoles y Torrejón, como modelo de lo que el Plan pretende, e incluso el ejemplo de otras Comunidades Autónomas como la de Andalucía (digamos que con el equívoco de que tales experiencias de los hospitales andaluces pueden no seguir estrictamente el modelo concesional sino otras fórmulas como los convenios y consorcios).

En cualquier caso el Plan se ha materializado en lo más enjundioso de sus determinaciones mediante la Ley madrileña 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas<sup>96</sup>. Su art. 62 (bajo el rótulo “Reordenación de la asistencia sanitaria”), entre otras previsiones y al amparo expreso de la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del SNS, hace efectiva la futura gestión indirecta (del servicio público de “asistencia sanitaria”) de los ya citados 6 hospitales públicos de Madrid<sup>97</sup>. Por otra parte, de acuerdo con su art. 63<sup>98</sup>, el Ejecutivo madrileño dispondrá de amplia discrecionalidad para configurar los centros que integran el Servicio Madrileño de Salud como instituciones propias sin personalidad jurídica o como entidades sanitarias con propia personalidad y de titularidad pública dependientes de aquél, las cuales podrán adoptar cualquier figura organizativa prevista en el ordenamiento jurídico, así como para definir el régimen de autonomía económica, financiera y de gestión de los centros dependientes de dicho Servicio Madrileño. Contempla, en fin, en abstracto (no para unos centros expresos) la posibilidad de que los Centros de Atención Primaria sean objeto de gestión indirecta en cualquiera de las formas previstas por la LCSP<sup>99</sup>, lo que, invocada ésta como marco de referencia, nada excluiría —aunque no se especifique en el texto legal— que la gestión indirecta pudiera ser utilizada, además de para los Centros de Atención Primaria, también

<sup>96</sup> BOCM de 29.12.2012.

<sup>97</sup> Dice dicho art. 62.1 de la Ley madrileña: “Se habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, que garantizarán los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios” (repárese en que el precepto habla de contratos y no específicamente de concesiones).

<sup>98</sup> Da nueva redacción al art. 88 de la Ley 12/ 2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid.

<sup>99</sup> Con la especificación de que “cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño. Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas”.

para los Hospitales, es decir, otros Hospitales distintos de los expresamente mencionados en el art. 62 de la Ley madrileña.

A estas determinaciones añade la Ley madrileña otras de no menos interés para la puesta en práctica de lo previsto en el Plan en materia de recursos humanos. El Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid se configura organizativamente como una única Área de Salud a efectos de los arts. 87 de la LGS y 36 de la Ley 55/ 2003, del Estatuto Marco del Personal Sanitario; se establece la jubilación forzosa del personal estatutario del Servicio Madrileño de Salud a los 65 años, con posibilidad de prórroga a otorgar –en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos de dicho Servicio madrileño y sólo al 30 por 100 de los que cumplan esa edad de jubilación en el año correspondiente– mediante resolución expresa y por un año prorrogable por períodos de igual duración; y en fin, se recoge la posibilidad del nombramiento de personal estatutario temporal de dedicación parcial con ciertos límites de jornada<sup>100</sup>.

Llegados aquí, digamos que la invocación como justificación del Plan madrileño de la actual insuficiencia financiera de la Comunidad Autónoma derivada de la crisis económica no resistiría la pregunta con que dicho argumento ha sido contradicho: cuando la actual crisis económica, antes o después, se supere ¿se volverá al modelo de gestión pública directa? Por ello la cuestión se sitúa en el plano de fondo de la forma de provisión y gestión, pública o privada, de los servicios colectivos y aun el de los intereses contrapuestos que pueden verse afectados por esta última opción. Para empezar, los del personal sanitario de la red pública cuyo estatuto sin duda podría verse condicionado por las determinaciones del Plan<sup>101</sup>, pero también los del sector privado dispuesto a introducirse o aumentar su presencia en el ámbito de la asistencia/ cobertura sanitaria<sup>102</sup> ahora que con la crisis económica y de las finanzas públicas –y la externalización o privatización de los servicios públicos argumentadas sobre esa base– se abre para él una lógica oportunidad de negocio.

En todo caso es claro hay en el Plan y en las determinaciones de la Ley madrileña que lo ha concretado una conjunción de medidas para la reorganización de la asistencia sanitaria pública de la Comunidad de Madrid que, ciertamente

---

<sup>100</sup> Arts. 47.49 de la Ley madrileña.

<sup>101</sup> Nada ayuda ciertamente a la clarificación del tema –más bien todo lo contrario– el que los responsables técnicos del Plan madrileño se hayan despachado con afirmaciones cuestionables (“No podemos seguir con médicos ni empleados sanitarios funcionarios”; “los hospitales no pueden seguir siendo del Estado”). Vid. *El Plural. com*, 27.11.2012.

<sup>102</sup> Vid. *El País*, 1.6. 2012.



pero no únicamente con el objetivo del ahorro financiero, incluye junto a la reordenación de sus recursos humanos, una profunda revisión de la forma de gestión de dicho servicio público, en unos términos que, por lo demás, podrían ser interpretados como concomitantes. La conjetura podría no ser gratuita si reparamos en que la habilitada gestión indirecta de los hospitales y centros de atención primaria y la posibilidad de reconfigurar las instituciones y entidades sanitarias dependientes del Servicio Madrileño de Salud en cualquier forma permitida en Derecho (por tanto también bajo régimen jurídico-privado), se acompaña del amplio margen para la gestión (¿reducción?) del personal sanitario que cabría inferir de ese triple horizonte dibujado para él por la Ley madrileña 8/ 2012, de Medidas: jubilaciones del personal estatutario, nombramiento, sin embargo, de personal estatutario temporal y parcial, e incentivos para que los profesionales del Servicio Madrileño de Salud constituyan empresas concesionarias de este mismo Servicio (j).

Pero, volviendo al tema central, es lo cierto que la gestión de la asistencia sanitaria pública bajo fórmulas de privatización formal, incluida la concesión sanitaria, parece haber iniciado una línea expansiva en las Comunidades Autónomas<sup>103</sup>. Aún así, resulta contradictorio que esa apuesta de las Comunidades Autónomas, sobre todo la opción por la concesión sanitaria integral, como en el caso de la de Madrid, tenga lugar cuando precisamente la Comunidad Valenciana (pionera de esa fórmula con su Hospital de Alzira) parece estar de vuelta sobre la bondad de dicho modelo, ni siquiera como instrumento para superar las actuales dificultades financieras de la Administración (ni siquiera, pues, para ultimar la puesta en marcha de dos hospitales –los de LLiria y Gandía– ya construidos pero que no pueden ser equipados por falta de fondos y que quedarán paralizados hasta que se disponga de financiación). En efecto, las autoridades valencianas,

---

<sup>103</sup> La Comunidad Valenciana fue pionera con la fórmula del Hospital de Alzira en la puesta en práctica de la privatización de la gestión de la asistencia sanitaria pública (primero la del Hospital, y luego la de la asistencia primaria dependiente de éste como fórmula para una mayor eficiencia, pues es en este primer nivel desde donde se puede controlar el envío o no de los pacientes al Hospital), la aplicó luego a los Hospitales de Torrevecija, Denia, Elche y Manises. Pero la fórmula parece querer extenderse a otras Comunidades Autónomas. Castilla-La Mancha se propone poner en práctica el modelo de Alzira licitando la gestión integral (de los servicios sanitarios y no sanitarios) de los Hospitales públicos de Almansa, Villarrobledo, Tomelloso, Manzanares, y eventualmente el de Toledo, aún en construcción, así como de los centros de salud dependientes de dichos Hospitales. La Rioja ha sacado a concurso la gerencia –sólo la gerencia– de la Fundación Hospital de Calahorra. Extremadura al parecer utilizará la fórmula de concesión administrativa para dos hospitales, aunque, a diferencia de Castilla-La Mancha, sólo se encomendará al sector privado el área no asistencial (servicios auxiliares de mantenimiento, limpieza, catering, etc.), no la asistencial (la actividad y el personal sanitarios). En Galicia parece será la fórmula a utilizar para la construcción y gestión del macrohospital de Vigo, aunque limitada la gestión privada al ámbito del mantenimiento y equipamiento de las instalaciones. Y ejemplos similares podemos encontrar en Baleares (así el Hospital Son Espases en Palma de Mallorca) o Castilla y León (Hospital de Burgos). Vid. *El País*, 3.11.2012.

confesando que “ya no tiene sentido extender la fórmula de Alzira a otras zonas de salud”, parecen haber optado por otro modelo, el llamado de gestión compartida, o sea, la agrupación de todos los servicios no sanitarios de los 18 Departamentos de Salud en que se divide la Comunidad Autónoma en tres grandes grupos: servicios generales (limpieza, lavandería, restauración, mantenimiento), servicios concertados (oxigenoterapia, hemodiálisis) y logística (compras, almacenes, distribución), para, potenciando las economías de escala y reduciendo costes, concentrar en pocas manos, privadas, su gestión externalizada mediante la convocatoria de concursos para los correspondientes lotes. Pero todo ello sin afectar a la gestión sanitaria asistencial que (aunque también inicialmente se pensó concederla al sector privado) quedará en manos de la Generalidad como objeto de su directa responsabilidad y atención<sup>104</sup>.

Este último dato (revelador de la inexistencia de un único e indiscutible modelo de gestión sanitaria) nos avisa sobre el riesgo de optar de modo voluntarista por la gestión privada de la asistencia sanitaria pública, en especial de los servicios propiamente sanitarios. Pues son diversos los problemas que aquí se suscitan. Por ejemplo, ¿el logro de la eficiencia pasa ineludiblemente por la gestión privada sin que la misma sea posible con una gestión pública oportunamente racionalizada? ¿Son susceptibles de gestión privada, bajo la lógica directriz economicista del concesionario, la asistencia sanitaria pública –si ésta ha de mantener su perfil y notas objetivas propias de la misma como servicio público– y el ámbito de la organización y gestión clínicas, determinadas como están las mismas por actuaciones profesionales que han de estar presididas por la autonomía de los correspondientes saberes y su práctica? ¿Se adecúa a la deseable eficiencia la tan variada diversidad de formas de gestión directa e indirecta de la asistencia sanitaria pública existente entre Comunidades Autónomas y aun dentro de una misma Comunidad Autónoma?

## V. EL MARCO EUROPEO DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA ASISTENCIA SANITARIA

En nuestro país la asistencia sanitaria pública, dada su atribución al sector público (al SNS y en concreto a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas) y su caracterización (hasta hace poco como estrictamente universal y sin contraprestación por las concretas prestaciones) constituye hoy por hoy un servicio público. Entendido este concepto en su sentido amplio de actividad de la Administración, con independencia de que ésta la asuma en exclusiva, en monopolio (caso de los servicios públicos “reservados”), por tanto sin perjuicio de una paralela y

---

<sup>104</sup> *Ibid.*

libre prestación privada del mismo tipo de actividad (es el caso de nuestra asistencia sanitaria, donde la libertad de empresa permite la libre iniciativa en este campo, o sea, la llamada sanidad privada), y al margen también de que dicha actividad prestacional de titularidad administrativa se gestione directamente por el propio sector público o en gestión indirecta por empresas o personas privadas.

Pero en los últimos tiempos la noción de servicio público se ha ampliado aún más al cobijar no sólo el citado supuesto (en que el carácter público del servicio derivaba de suyo del carácter público de su titular), sino otros en los que lo determinante al respecto no es ya esa titularidad administrativa del servicio sino las notas objetivas de su prestación: al público y en condiciones de igualdad, continuidad, regularidad, asequibilidad y un régimen de excepción –plasmado, entre otros apartados, en el de la financiación del servicio– respecto del de las reglas de la competencia aplicable a los servicios prestados en régimen comercial. De ahí que hoy se reconduzcan a la noción de servicio público actividades –o algún segmento de éstas– prestadas en virtud de la libre iniciativa y responsabilidad del sector privado si concurren las citadas notas, como sucede con los denominados “servicios de interés general” y las actividades que conllevan “obligaciones de servicio público” (entre ellas el llamado “servicio universal”).

Esta expansión de la noción de servicio público, que ha dado mayor cabida en la prestación de actividades así calificadas al sector privado, se ha visto influida si no predeterminada por el Derecho comunitario europeo. Así ha sucedido en algunos sectores económicos (telecomunicaciones, energía, transporte, etc.) una vez decidida su liberalización (es decir, el cambio desde el anterior monopolio público sobre la actividad, a un régimen de libre iniciativa económica). Pues bien, la cuestión es si esa apuesta de la Unión Europea –ligada a la construcción de un efectivo mercado interior– por la liberalización y la competencia como principios del desarrollo de los servicios o, es más, las propias determinaciones del Derecho comunitario primario sobre éstos podrían afectar, en la misma línea, además de a los servicios económicos como los citados, a otros esencialmente no económicos, condicionando así su configuración. Una cuestión ésta sin duda de interés para el tema que nos ocupa.

## 1. Los servicios de interés económico general.

La noción que en el Derecho de la Unión sustancia en primer término la convencional de servicio público es la de “servicios de interés económico general” (SIEG)<sup>105</sup>. El art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

---

<sup>105</sup> El TFUE utiliza también el término servicio público, pero sólo en el ámbito del transporte (art. 93) o fuera de este campo de modo muy ambiguo e impreciso.

(TFUE) (antiguo art. 86 TCE) establece: "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada". La noción de SIEG recoge así los dos elementos objetivos característicos de la tradicional noción de servicio público: su finalidad (una misión de interés general) y su régimen (exorbitante y al margen del estricto mercado y las normas de la competencia). Esta última es la fundamental determinación del art.106.2 TFUE: que las empresas encargadas de la gestión de un SIEG sólo quedarán sujetas al cumplimiento de las normas de la competencia (y las relativas a las ayudas de Estado –art. 107 y ss. TFUE– en tanto que normas sobre competencia) en la medida que ello no impida el cumplimiento de la misión específica de interés general a ellas confiada; y todo ello al margen del carácter público o privado del organismo o empresa gestora de los SIEG o de la existencia o no de derechos exclusivos para el desarrollo del servicio de que se trate.

Los SIEG se perfilan así en el Derecho comunitario primario como solución de equilibrio entre el mercado y las reglas de la competencia, de una parte, y la eventual exclusión de estas reglas (incluidas las relativas a las ayudas de Estado) por razón del interés general de la misión específica de dichos servicios, de otra. Por ello el alcance efectivo del art. 106.2 TFUE sobre los SIEG encontró su piedra de toque en el momento en que a partir de 1990 y por imperativo del Derecho derivado, los servicios de algunos sectores económicos hasta entonces prestados con derechos exclusivos (en monopolio) por el sector público o por encomienda de éste fueron liberalizados para ser desarrollados en régimen comercial y en competencia por empresas privadas. Porque ¿cómo podría avenirse dicha liberalización con la exclusión de la libre competencia? Y sobre todo ¿era congruente la dinámica liberalizadora con la eventual exclusión de las reglas de la competencia y posible otorgamiento de ayudas públicas? El Derecho derivado encontró la salida a través de las llamadas "obligaciones de servicio público" a que, como expresión de la "misión específica de interés general" a cumplir en el sector de que se trate, quedaría sujeto el organismo o empresa gestora del servicio en virtud de las correspondientes Directivas sectoriales y, de modo más general, de la sucesión de instrumentos normativos<sup>106</sup> que han tratado de perfilar el régimen de los SIEG.

---

<sup>106</sup> Un análisis de esos instrumentos y su secuencia en J. PORRAS BELARRA, "El nuevo paquete modernizador del artículo 106 TFUE. Evolución y consolidación normativa en materia de SIEG", *Congreso sobre regulación y competencia en servicios de interés general*, Málaga, 23-24 de noviembre de 2012.

Como hitos más destacados en ese progresivo acotamiento del régimen de los SIEG cabe destacar, en una primera fase, anterior al Tratado de Lisboa de 2007, la Comunicación de la Comisión de 25 de septiembre de 1996 sobre los servicios de interés general en Europa, la actualización de esta Comunicación por la del mismo nombre de 2001<sup>107</sup>, o el llamado “paquete modernizador” o “paquete Monti-Kroes” de 2005<sup>108</sup>, además de diversas sentencias del Tribunal de Justicia, en especial la de 24 de julio de 2003 (sentencia *Altmark*<sup>109</sup>). Todos ellos confirmando la discrecionalidad de los Estados miembros para determinar qué servicios pueden considerarse SIEG, así como la inaplicación, bajo ciertas condiciones, del régimen de las ayudas de Estado a la compensación pública por las obligaciones de servicio público anejas a dichos servicios.

## **2. Las novedades del Tratado de Lisboa: servicios de interés general económicos y no económicos.**

Pero distando todavía el Derecho comunitario de establecer un concepto definido y positivo de los SIEG (y no sólo –desde el respeto a las definición que pudieran hacer los Estados miembros– meramente instrumental respecto de la aplicación de las normas de la competencia y las ayudas de Estado) tras el Tratado de Lisboa y sus novedades normativas se abrió una nueva fase al respecto. Así, el actual artículo 14 del TFUE (anterior art. 16 TCE) reconoce que los SIEG se encuentran entre los valores comunes de la Unión y su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, estableciendo que “la Unión y los Estados miembros con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido” y que “el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos... sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios”.

---

<sup>107</sup> DO C 281 de 26.9.1996 y DO C 17 de 19.1. 2001, respectivamente.

<sup>108</sup> Directiva 2005/81/ CE, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia entre determinadas empresas; Decisión de la Comisión 2005/ 842/ CE, relativa a la aplicación del artículo 86, apartado 2, del tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general; y las Directrices (el llamado “marco comunitario”) sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público publicadas en el DO L 312 de 29.11. 2005.

<sup>109</sup> Esta sentencia estableció ciertos criterios que perfilaban el concepto de SIEG y bajo los cuales la compensación por la prestación de los SIEG no equivalía a ayuda de Estado.

Este artículo 14 TFUE se desarrolla por el Protocolo núm. 26 del propio TFUE, el cual especifica (art. 1º) que dentro de los valores comunes de la Unión respecto a los SIEG se incluyen el papel esencial y la amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los SIEG lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios, la diversidad de los SIEG y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las distintas situaciones geográficas, sociales y culturales, así como un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal<sup>110</sup> y de los derechos de los usuarios<sup>111</sup>. De esa manera, aunque el TFUE no incluya una expresa definición de los SIEG, sin embargo, a través del Protocolo núm. 26 viene a recoger tales notas definidoras de los mismos, las cuales, junto con las ya consolidadas del art. 106.2 TFUE (inaplicación de la normas de la competencia, entre ellas las relativas a las ayudas de Estado), primero, dan a los SIEG el mismo perfil objetivo que el de nuestra convencional noción de servicio público y, segundo, acotan así el marco comunitario de los SIEG, en el que, en cuanto a esos efectos del art. 106.2 TFUE, habrá de moverse la libertad de los Estados miembros para prestar, encargar, organizar y financiar los SIEG<sup>112</sup>.

Hay que tener en cuenta, no obstante, por otra parte, que el Protocolo núm. 26 sobre el artículo 14 del TFUE establece en su art. 2 esta otra importante precisión: “Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico”. Así pues, a diferencia de los servicios de interés general de carácter económico (en los que el art. 14 TFUE

---

<sup>110</sup> Determinación esta acorde con el reconocimiento por el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (aprobada en Niza en el año 2000, y ya con el mismo valor jurídico de los Tratados a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa): “La Unión reconoce y respeta el acceso a los SIEG, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la CE, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”.

<sup>111</sup> Al respecto, LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ, “Derecho Administrativo europeo derivado del Tratado de Lisboa: un nuevo fundamento jurídico en materia de servicios de interés económico general”, en A. BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, 2011.

<sup>112</sup> En este sentido y subrayando el perfil de los SIEG derivado del Derecho primario (del art. 106.2 TFUE), la Directiva 2006/ 123, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, de libre prestación de servicios en el mercado interior (la “Directiva de servicios”), tras señalar en relación con el art. 14 TFUE una serie de excepciones, añade (en su punto expositivo 70): “A los efectos de la presente Directiva, y sin perjuicio del art. 16 del Tratado (actual 14), los servicios sólo pueden considerarse servicios de interés general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial”.

somete la libertad de los Estados miembros para prestar, encargar y financiar esos servicios a los principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que establezcan el Parlamento y el Consejo), en los servicios de interés general de carácter no económico los Estados tienen un mayor –casi exclusivo– margen de discrecionalidad, pues las disposiciones del Tratado no condicionarán en modo alguno su competencia para prestarlos, encargarlos y organizarlos.

De esta manera el Derecho primario viene a configurar una noción genérica de “servicios de interés general”, a su vez comprensiva tanto de los SIEG como de los “servicios de interés general de carácter no económico”. Claro está que, siendo así, la cuestión central estriba en discernir cuando determinados servicios se consideran SIEG y cuando servicios de interés general de carácter no económico (SIGNE), algo que ha sido precisado por el Derecho derivado según vamos a ver.

### 3. El Derecho derivado y el “nuevo paquete armonizador”.

Tras el Tratado de Lisboa, en particular a partir de 2009, la Unión Europea, reconociendo el papel fundamental de los servicios de interés general, tanto económicos como no económicos, quiso reunir en un único marco el conjunto de medidas aplicables a los mismos con el fin de que “el marco reglamentario a escala de la Unión Europea siga consolidando la dimensión social del mercado único para tener mejor en cuenta la naturaleza específica de estos servicios y hacer frente al reto de prestarlos de tal manera que incorporen los valores de calidad, seguridad y asequibilidad, igualdad de trato, acceso universal y derechos de los usuarios”. Así se manifestaba la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa”*, Bruselas 20.12.2011, COM (2011) 900 final, cuyas líneas de actuación<sup>113</sup> en lo que respecta a la revisión de las normas sobre ayudas estatales y compensación por prestación de los SIEG fueron puestas en práctica a través del llamado “nuevo paquete armonizador”.

---

<sup>113</sup> Aumentar la claridad y la seguridad jurídica con la revisión de las normas sobre ayudas estatales a los SIEG; reformar las normas sobre contratación pública y concesiones; garantizar el acceso a determinados servicios esenciales (servicios postales, bancarios básicos, transporte, energía, y comunicaciones electrónicas); y fomentar la calidad en el ámbito de los servicios sociales.

En este último ámbito la Comunicación se limita a dar cuenta de los informes bienales de la Comisión sobre lo que llama “servicios sociales de interés general” (SSIG) publicadas en 2008 y 2010; la organización de foros al efecto; del propósito de elaborar antes de la conclusión de 2013 un informe sobre la aplicación de las normas de la unión a este tipo de servicios; así como del fomento de la calidad de los mismos a través de la financiación de determinados programas, entre otras acciones.

La Comunicación incluye, no obstante, unas ilustrativas precisiones conceptuales. Reconociendo la falta de claridad terminológica existente en relación con los servicios de interés general, y manifestando es-

Para ello y desde la voluntad de la UE de apoyar servicios públicos de calidad, pero también de que las empresas a las que se les encomienden no obtengan compensaciones excesivas al efecto, reitera la discrecionalidad de los Estados miembros para definir, prestar, organizar y financiar los SIEG, pero también que la Comisión debe velar por que la financiación pública otorgada para su prestación no falsee la competencia en el mercado interior. En ese contexto —y esto es lo más relevante a nuestros efectos— clarifica los conceptos que permiten la aplicación del Derecho comunitario en este ámbito, precisa el régimen de los SIEG y especifica algunos servicios de interés general que por no tener carácter económico quedan excluidos del régimen de los SIEG, como también algunos servicios sociales que, aun caracterizados como SIEG, sin embargo, quedan exentos de la obligación de notificación previa a la Comisión de las compensaciones públicas otorgadas a su gestores por el cumplimiento de su específica misión.

El “nuevo paquete armonizador” lo integran cuatro instrumentos: la *Comunicación 2012/ C 8/02, de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las normas de la Unión en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (DO C8 de 11.1.2012)* (en adelante, la *Comunicación*)<sup>114</sup>; la *Decisión 2012/ 21/ UE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106.2 del TFUE, a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO L7 de 11.1.2012)* (en

---

tar vinculada al respecto por lo establecido por el Derecho primario y su interpretación jurisprudencial, acota los siguientes conceptos básicos: *Servicios de interés general (SIG)*: Aquellos que las autoridades públicas de los Estados miembros califican como de interés general y por tanto están sujetos a obligaciones específicas de servicio público (OSP). El término engloba tanto las actividades económicas (SIEG) como los servicios no económicos. Respecto de estos últimos señala: no están sujetos a una legislación específica de la UE y no están cubiertos por el mercado interior ni por las normas de la competencia del Tratado, aunque algunos aspectos de la forma en que estos servicios están organizados, como el principio de no discriminación, pueden estar cubiertos por otras normas del Tratado. *Servicios de interés económico general (SIEG)*: Actividades económicas que producen resultados en áreas del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad y asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública. Implican la encomienda de una misión de servicio público con OSP mediante su atribución sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permitan desempeñar tal misión. *Servicios sociales*: Incluyen una serie de servicios esenciales prestados directamente a las personas (por ejemplo, los regímenes de seguridad social) con un contenido preventivo y de cohesión e inclusión social. Conforme a la jurisprudencia, algunos servicios sociales no son actividades económicas (por ejemplo, esos regímenes de seguridad social), pero el carácter social de un servicio no es suficiente para clasificarlo como “no económico”. Pueden por tanto haber servicios sociales de interés general económico y no económico.

<sup>114</sup> Aclara determinados conceptos básicos sobre los SIEG y las ayudas estatales a los mismos, recogiendo los oportunos criterios de la jurisprudencia en los términos que veremos.



adelante, la Decisión)<sup>115</sup>; la *Comunicación de la Comisión por la que se establece el Marco de la UE sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público* (DO C8 de 11.1.2012)<sup>116</sup>; y el *Reglamento UE 360/2012, de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 TFUE a las ayudas de minimis concedidas a empresas que presten SIEG* (DO L 114, de 26.4.2012)<sup>117</sup>.

De estos cuatro instrumentos nos interesa en particular lo establecido en la Comunicación y en la Decisión.

1. La Comunicación tiene por objeto aclarar los conceptos clave subyacentes a la aplicación de las normas sobre compensaciones por servicio público y por ende establecer los requisitos de las ayudas estatales para dichas compensaciones. Esa aclaración de conceptos resulta fundamental por lo que ahora nos interesa: la diferenciación entre los SIEG y los SIGNE.

a) La Comunicación explicita que los SIEG se enraízan en los valores compartidos de la Unión, que pueden ser prestados por empresas públicas o privadas, bien sin aportación financiera pública o con esa aportación financiera al prestador, y que los Estados miembros son en principio libres para determinar cómo deben organizarse y financiarse sus SIEG. Pero sobre esta base (y a partir de la jurisprudencia comunitaria) nos precisa –en esencia a efectos del régimen de las ayudas de Estado– cuando nos encontramos ante un SIEG y su marco comunitario.

Un SIEG debe ser prestado por una empresa. Entendiendo por ésta “una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación”, y por actividad económica “cualquier actividad consistente en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado”. Todo ello teniendo en cuenta que la existencia de un mercado para determinados servicios depende de cómo se organicen dichos servicios en el Estado miembro.

---

<sup>115</sup> Especifica las condiciones en las cuales las compensaciones por servicio público son compatibles con el TFUE y quedan eximidas de su previa notificación a la Comisión; amplía el alcance de la exención para algunos servicios sociales; reduce el umbral económico para otras medidas que no tendrán que ser comunicadas a la Comisión; y establece mayores exigencias de transparencia en la atribución de la misión de servicio público de los SIEG y de las compensaciones.

<sup>116</sup> Es el llamado “Marco revisado”. Establece las condiciones en las que las ayudas estatales a los SIEG no cubiertas por la decisión, pueden ser declaradas compatibles; introduce el requisito de consulta previa –para conocer los intereses de los usuarios– antes de atribuir a un operador la misión de servicio público, así como una nueva metodología para calcular el monto (coste neto más un beneficio razonable) de la compensación.

<sup>117</sup> Exime de la notificación previa a la Comisión ciertas ayudas y subvenciones de menor cuantía.

bro en cuestión (de modo que la naturaleza económica o no de un servicio puede variar de un Estado miembro a otro)<sup>118</sup>.

b) Al depender la distinción entre servicios económicos y no económicos de las peculiaridades de cada Estado miembro, no es posible establecer a priori una lista de actividades no económicas, pero sí aclararla respecto de algunos ámbitos importantes. La Comunicación precisa así, partiendo de la jurisprudencia, que no constituyen actividad económica (consecuentemente no serán SIEG a los efectos de la aplicación de las normas de la competencia, y ex art. 2 del Protocolo 26 del art. 14 TFUE quedarán ajenos a la aplicación de las reglas de los Tratados) las actividades de *ejercicio de autoridad pública*<sup>119</sup>; la *educación*<sup>120</sup>; la *seguridad social*<sup>121</sup>; y la *asistencia sanitaria*<sup>122</sup>.

En relación con esta última, la Comunicación recoge unas consideraciones de interés. En la Unión los sistemas de asistencia sanitaria varían de un Estado miembro a otro y el grado en que los distintos prestadores de asistencia sanitaria compiten entre sí en un entorno de mercado depende de las particularidades nacionales.

En efecto, “en algunos Estados miembros los hospitales públicos son parte integrante de un servicio nacional de salud y están basados casi en su totalidad en el principio de solidaridad (la Comunicación expresamente se refiere a que el ejemplo más destacado es el SNS español). Estos hospitales se financian directamente con las cotizaciones a la seguridad social y otros recursos del Estado y prestan sus servicios gratuitamente a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General han confirmado que cuando existe una estructura de este tipo, las entidades en cuestión no actúan como empresas” (en este caso, en función de las características del sistema, el cobro sólo de una pequeña parte del verdadero coste del servicio puede no afectar a su clasificación como no económico). Por lo demás, “cuando exista la citada estructu-

---

<sup>118</sup> Núms. 1, 2, 8 y 12 de la Comunicación.

<sup>119</sup> Ejército, policía, seguridad y control de la navegación aérea y marítima, vigilancia contra la contaminación y ejecución de penas en prisión. Núm. 16 de la Comunicación.

<sup>120</sup> Núms. 26–30 de la Comunicación.

<sup>121</sup> La Comunicación, con la jurisprudencia, distingue en la seguridad social entre los regímenes de solidaridad y regímenes económicos. Los primeros, tales por ser de afiliación obligatoria, tener un fin exclusivamente social, no tener ánimo de lucro, ser sus prestaciones independientes de la cuantía de las cotizaciones, estar sometido el régimen a control del Estado. Se consideran, por su parte, regímenes económicos los caracterizados por la afiliación facultativa, el principio de capitalización (el derecho a prestaciones depende de las cotizaciones), su carácter lucrativo y la existencia de prestaciones complementarias de un régimen básico. Núms. 17–19 de la Comunicación.

<sup>122</sup> Núms. 22–25 de la Comunicación.

ra, incluso actividades que en sí mismas podrían ser de naturaleza económica, pero se ejercen meramente con fines de prestar otro servicio no económico, no son de naturaleza económica. Una entidad que compra un producto, incluso en grandes cantidades, con la finalidad de ofrecer un servicio no económico no actúa como empresa por el simple hecho de que se comporte como un comprador en el mercado”.

En resumen, en este caso, al no haber actividad económica, el servicio es de carácter no económico, quedando por ello (ex art. 2 del protocolo 26), para su organización, prestación y financiación, excluido de las disposiciones del Tratado y por tanto de las previsiones sobre la competencia, las ayudas de Estado, etc.

Por el contrario, “en muchos otros Estados miembros, los hospitales y prestadores de asistencia sanitaria ofrecen sus servicios a cambio de una remuneración, ya sea directamente de los pacientes o de su seguro. En estos sistemas existe cierto grado de competencia entre hospitales en lo referente a la prestación de los servicios de asistencia sanitaria. Cuando es ese el caso, el hecho de que un servicio sanitario sea prestado por un hospital público no es suficiente para que la actividad no se considere económica”. Podemos decir, pues, por nuestra parte, que en este caso habrá actividad económica, por lo que los servicios de asistencia sanitaria (si tienen confiada por la autoridad pública una misión de servicio público) no quedarán excluidos de su consideración como SIEG, sino sujeto a sus reglas (excepción de las normas de la competencia en cuanto a dicha misión y posibilidad de compensación por el servicio público en los términos previstos para los SIEG). Lógicamente, si la empresa prestadora no tuviera esa encomienda de servicio público quedaría estrictamente sujeta a las normas de la competencia y de las ayudas de Estado, al igual que los “servicios de asistencia sanitaria prestados por médicos independientes y otros profesionales privados a cambio de una remuneración asumiendo su propio riesgo” (que) “deben considerarse una actividad económica”.

c) Hechos los anteriores distingos entre servicios económicos (si son de interés general, SIEG) y servicios no económicos (excluidos éstos de las reglas del Tratado), la Comunicación precisa el régimen de los primeros y cuando las ayudas de Estado a éstos en forma de compensación por servicio público tienen el carácter de compatibles con dichas reglas. En síntesis, los SIEG son servicios de naturaleza económica pero con un régimen especial derivado del art. 106.2 TFUE (aplicación a los mismos de las normas de la competencia y las ayudas de Estado sólo en cuanto ello no impida el cumplimiento de la misión específica de servicio público que tengan atribuida): los Estados miembros tienen amplia competencia para definir un servicio como SIEG y otorgar la correspondiente compensación financiera a su proveedor, y la Comisión, por su parte, la tiene para, a efectos del

régimen de las ayudas de Estado, comprobar esa definición y la evaluación de la compensación<sup>123</sup>.

Todo ello teniendo como referencia lo establecido al respecto por el Derecho comunitario y en concreto los requisitos que, establecidos por la sentencia *Altmark* (para entender que la compensación por servicio público no constituía en sí misma una ayuda de Estado al no suponer una ventaja competitiva y consecuentemente no estar sujeta al art. 107.1 TFUE), la Comunicación concreta sistemáticamente (sustanciando así las características de los SIEG)<sup>124</sup>: existencia de una “misión de SIEG” (la “misión específica de servicio público” a que se refiere el art. 106.2 TFUE)<sup>125</sup> atribuida a las empresas encargadas de su gestión (los Estados miembros pueden vincular obligaciones específicas a dichos servicios); los servicios que se clasifiquen como SIEG deben estar destinados a los ciudadanos o ser de interés para la sociedad en su conjunto; debe haber un acto de atribución de esa misión de servicio público por parte del Estado miembro a las empresas en cuestión (dicha atribución se realizará mediante acto legislativo o regulador o un contrato –incluyendo las especificaciones correspondientes– que defina las obligaciones de la empresa y de la autoridad); los parámetros para el cálculo de la compensación deben haberse establecido previamente de forma objetiva y transparente con el fin de garantizar que no confieren una ventaja económica respecto a las empresas competidoras; y el proveedor del SIEG debe seleccionarse mediante un procedimiento de contratación pública o de una evaluación comparativa con una empresa media bien gestionada y equipada. Si estos requisitos no se cumplen, las compensaciones constituirían ayudas de Estado y estaría sujetas a los arts. 93, 106, 107 y 108 TFUE.

2. Por su parte, la Decisión establece –desde la voluntad de flexibilizar, para su impulso, el régimen de los SIEG– las condiciones en que las ayudas estatales consistentes en la compensación a un SIEG no están sujetas a la obligación de notificación previa a la Comisión establecida en el art. 108.3 TFUE, por consi-

---

<sup>123</sup> “Al no existir unas normas de la Unión que definan el alcance de la existencia de un SIEG, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir un determinado servicio como SIEG y de conceder una compensación al proveedor del servicio. Por su parte las competencias de la Comisión al respecto se limitan a comprobar si el estado miembro ha incurrido en error manifiesto al definir el servicio como SIEG y al evaluar la ayuda estatal contenida en la compensación. Cuando existan normas específicas de la Unión, el margen de apreciación de los Estados está aun más vinculado a esas normas, sin perjuicio del deber de la Comisión de realizar una evaluación sobre si el SIEG ha sido definido correctamente a efectos del control de las ayudas estatales”. Núm. 46 de la Comunicación.

<sup>124</sup> Núms. 45 a 77 de la Comunicación.

<sup>125</sup> “El encargo de una misión específica de servicio público implica la prestación de servicios que una empresa, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones”. Núm. 47 de la Comunicación.

derarse compatibles con el mercado interior y el art. 106.2 TFUE. Exime así de dicha exigencia determinados supuestos: con carácter general, las ayudas estatales en forma de compensaciones para la prestación de SIEG que no superen un importe anual de 15 millones de euros en ámbitos que no sean los transportes y las infraestructuras de transporte; y con carácter sectorial, además de las compensaciones por prestación a SIEG en lo relativo a determinadas conexiones aéreas o marítimas con islas y a los puertos y aeropuertos, la compensación por la prestación de SIEG por los hospitales que presten atención médica y, cuando proceda, servicios de urgencia (el desempeño de actividades accesorias directamente relacionadas con las actividades principales, especialmente en el campo de la investigación, no impedirá, no obstante, la aplicación de esta determinación), así como por la prestación de SIEG que atiendan necesidades sociales en lo relativo a la asistencia sanitaria, asistencia de larga duración, asistencia infantil, acceso a la reintegración en el mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de los grupos vulnerables (art. 2º, b y c de la Decisión).

#### **4. El régimen comunitario de los servicios y la asistencia sanitaria.**

Llegados aquí y sobre la base de lo expuesto, podemos resumir cómo se sitúa la asistencia sanitaria dentro de las previsiones del Derecho comunitario sobre los servicios.

Los hospitales públicos —y entiendo que las demás instituciones, entidades y centros de asistencia sanitaria— que sean parte integrante de un “servicio nacional de salud”, en tanto que sistema basado en el principio de solidaridad (caracterizado por su financiación directa con cotizaciones a la seguridad social y otros recursos del Estado, la gratuidad de las prestaciones y la cobertura universal, entre otros datos que ya hemos visto), al no actuar como empresas, quedan excluidos de la noción de actividad económica (exclusión que alcanza también a las actividades económicas instrumentales para su finalidad de prestar asistencia sanitaria). Por ello no se les aplican las normas del Tratado relativas a la competencia y las ayudas de Estado (por ello ni siquiera las previsiones que modulan la aplicación de dichas normas a los SIEG). Ello no prejuzga que dicha asistencia sanitaria, aun excluida en este caso de la consideración de actividad económica y con las citadas consecuencias, no deba cumplir otras disposiciones del Derecho de la Unión, en concreto una eventual regulación sectorial específica y las disposiciones sobre la contratación pública (si estas últimas les resultaran inaplicables —es el caso, por ejemplo, de las concesiones de servicios y contratos de servicios del Anexo II B de la Directiva 2004/ 18/ CE—, la adjudicación deberá, no obstante, respetar los principios de igualdad, transparencia y proporcionalidad)<sup>126</sup>.

<sup>126</sup> Núm. 5 de la Comunicación 2012/ C 8/02, de la Comisión, relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones por la prestación de SIEG.

Por el contrario, si se trata de hospitales y prestadores de asistencia sanitaria que ofrecen sus servicios a cambio de remuneración, ya sea directamente de sus pacientes o de su seguro, con un grado de competencia entre hospitales en las prestaciones de los servicios de asistencia sanitaria, la actividad se considera económica (en un sistema tal, a ello no obsta que un servicio sanitario sea ofrecido por un hospital público) y consecuentemente se les aplicarán las normas sobre competencia y ayudas de Estado. Lógicamente, salvo que constituyan un SIEG, es decir, que la actividad se preste en virtud de la atribución por la autoridad pública de una misión de servicio público, supuesto éste en que, aunque el Estado miembro tiene discrecionalidad para organizar y financiar dicho SIEG, tales servicios quedan sujetos a la supervisión de la Comisión en cuanto al cumplimiento de los requisitos que los excepcionan del estricto cumplimiento de las normas de la competencia y las ayudas de Estado en lo que respecta a las compensaciones financieras públicas para el cumplimiento de dicha misión. Una supervisión que, excluida la obligada comunicación previa a la Comisión de dichas compensaciones, se articulará “ex post”<sup>127</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Siguiendo el mismo criterio expositivo con que justificábamos este trabajo (reforma de la asistencia sanitaria, formas para su gestión, marco europeo de referencia, y su mutua imbricación), vamos a acabar con unas conclusiones al respecto.

1. La reforma sanitaria efectuada por el Real Decreto Ley 16/ 2012, con su nueva definición del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria y de las prestaciones, y la introducción del copago en algunas de ellas, se aparta del modelo hasta ahora vigente basado en el principio de solidaridad (y caracterizado por la universalidad, gratuidad y financiación con cargo a impuestos).

El eje para la cobertura de la asistencia sanitaria por el SNS es ahora en esencia el de “aseguramiento” por alta en la Seguridad Social y en otro caso el correspondiente convenio, oneroso para el interesado, con la Tesorería General de ésta, aunque ciertamente se prevea la cobertura “ex lege” para una serie de supuestos de no aseguramiento (menores, urgencias, etc.). Prueba de ello es el control estatal que se instaura, a través del INSS, para el reconocimiento de la con-

---

<sup>127</sup> Por previsión de la Decisión 2012/ 21/ UE, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106.2 TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas de gestión de SIEG, a cuyas previsiones a tales efectos deberán, no obstante y por ello mismo, sujetarse.

dición de “asegurado” y sus variaciones, y del que depende la expedición de la tarjeta sanitaria del SNS por las Comunidades Autónomas. Por otra parte, y dentro de la cobertura así definida, el Real Decreto Ley distingue entre prestaciones gratuitas (las de la cartera común del SNS “básica”) y las que precisan de aportación del interesado (las de las carteras de “servicios complementarios” –prestación farmacéutica, ortoprotésica, transporte sanitario no urgente, etc.– y “servicios accesorios” –las de apoyo a los enfermos crónicos, por ejemplo–), cierto que en este caso también con las oportunas mitigaciones y exenciones.

Esa ruptura con las notas de universalidad y gratuidad es lo que subyace a la reacción contraria por parte de algunas Comunidades Autónomas que han recurrido el Real Decreto Ley ante el Tribunal Constitucional o, como la vasca y la navarra, han mantenido –para su ámbito territorial– esa universalidad con diversas soluciones, a su vez recurridas por el Gobierno de la Nación<sup>128</sup>. Sin duda esta cuestión, y otras con las que está imbricada (¿es ello respetuoso con el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE? ¿hasta donde alcanza éste? ¿está sujeta su configuración legal en todo caso y como principio prevalente al de estabilidad presupuestaria?) podrán ser clarificadas por el Tribunal Constitucional. Aun así, es claro que, fundado en argumentos de carácter presupuestario–financiero, el Real Decreto Ley 16/2012 ha llevado a cabo una reforma estructural del SNS con la que éste adquiere un perfil distinto del que hasta ahora presidía la cobertura sanitaria pública en nuestro país.

2. No todas las Comunidades Autónomas se han distanciado de las estrictas previsiones del Real Decreto Ley 16/2012 por ese motivo. Otras lo han hecho con una aplicación expansiva del mismo, por ejemplo, incrementando la exigencia del copago para algunas prestaciones, en concreto la farmacéutica ambulatoria en la forma de una tasa por receta. En ambos casos como consecuencia de la peculiaridad de nuestro SNS y su asentamiento en las competencias en materia de sanidad descentralizadas por Comunidades Autónomas. Este hecho, unido a su potestad de autoorganización, había dado lugar ya antes de esta reforma sanitaria a un abanico muy diversificado de formas de gestión de la asistencia sanitaria pública en una u otra Comunidad Autónoma (gestión directa indiferenciada o mediante entidades públicas instrumentales con régimen de Derecho público o privado e indirecta por el sector privado mediante convenios y concier-

---

<sup>128</sup> El recurso del Gobierno es bien expresivo de su voluntarismo y convicción sobre el fondo de la reforma sanitaria si tenemos en cuenta, al margen de que lógicamente el mismo pretenda que la normativa estatal básica se cumpla en sus términos, que la fórmula para mantener esa universalización utilizada, por ejemplo, por Navarra (la aplicación de un régimen de aportación a los colectivos excluidos de la cobertura por “aseguramiento” establecida por el Real Decreto Ley 16/2012) tiene analogías con el convenio específico con la Tesorería General de la Seguridad Social que dicho Real Decreto Ley contempla.

tos), pero coincidiendo con la reforma se ha enfatizado por algunas de ellas la de la llamada concesión sanitaria (gestión por el sector privado, pero de hospitales y centros sanitarios públicos). Lo que abre la hipótesis de una futura expansión de esta forma de gestión para la asistencia sanitaria pública.

Es claro que ésta, para seguir siendo tal, deberá garantizar el mantenimiento de las notas objetivas de todo servicio público, pero no es menos cierto que la expansión de esa fórmula alteraría, también desde esta perspectiva de las formas de gestión, el perfil del modelo sanitario público hasta ahora vigente, lo que, unido a otras circunstancias concomitantes (bien expresas por ejemplo en la reciente reforma del sistema sanitario de la Comunidad Autónoma de Madrid: jubilación de personal estatutario, y sin embargo nombramiento de este personal con carácter temporal y parcial, e incentivación de que los propios profesionales del Servicio Madrileño de Salud se hagan cargo de la gestión sanitaria pública a través de sociedades privadas) parece encaminar nuestro modelo de SNS –aunque sea de modo territorial y organizativamente asistemático– hacia otro modelo diferente y con un peso ponderado creciente de lo privado.

Si fuera así y esa línea expansiva de la llamada externalización de la gestión sanitaria pública llegara a cuajar de modo significativo en el conjunto del SNS, no podríamos desconocer el resultado final a que nos habría conducido la peripécia de nuestra asistencia pública en los últimos años: la misma habría pasado, primero y en su momento, con su descentralización, del INSALUD a las Comunidades Autónomas (a sus respectivos Servicios de Salud), y ahora, desde éstos y mediante la peculiar concesión sanitaria, a su gestión por el sector privado. De ser así el papel de la Administración en dicha asistencia podría quedar en esencia reconducido al de la pura gestión financiera global, al modo de un banco, que a nivel central, el estatal, recauda los ingresos fundamentalmente por la vía de las cuotas de la seguridad social y efectúa las correspondientes transferencias a las Comunidades Autónomas, para que éstas a su vez satisfagan a los gestores privados el oportuno canon previsto en las concesiones sanitarias (y ello si es que, hipotéticamente y en un paso más de esa secuencia progresiva, el horizonte final no nos acabara deparando el pago directo del servicio por el paciente usuario o su seguro al concesionario en cuanto gestor éste del servicio público o, llegado el caso, como proveedor directo de unas prestaciones que eventualmente pudieran dejar de tener ese carácter).

3. Ante el distanciamiento de nuestro modelo de asistencia sanitaria pública del hasta ahora vigente y no menos estas últimas conjeturas ¿supone el Derecho de la Unión Europea un impedimento al efecto o más bien un factor que las favorezca?



El Derecho comunitario es respecto de esa cuestión absolutamente posibilista, al admitir para la asistencia sanitaria –como en principio para cualquier servicio– uno u otro tipo de modelo. Ahora bien, con implicaciones distintas según uno u otro supuesto, atendiendo al dato que puede justificar su primacía en el ámbito de la prestación de servicios (la aplicación de las normas de la competencia y las ayudas de Estado). Si el modelo del Estado miembro responde a un modelo de solidaridad (de un “sistema nacional de salud”) caracterizado por las notas a que hemos pasado revista, el mismo, por no ser considerada su actividad como económica, queda exonerado sin más de tales normas, siendo las decisiones del Estado miembro en cuanto a la organización, prestación y financiación del sistema absolutamente libres respecto del Derecho comunitario. Por su parte, si el modelo de asistencia sanitaria no responde a esas notas, caracterizándose aquella consecuentemente como una actividad económica, aun así podría ser calificado como un servicio de interés económico general, SIEG, si el organismo o empresa responsable tiene encomendada por la autoridad pública la asistencia sanitaria que gestiona o presta, o diversos segmentos de ésta, como un servicio público, en cuyo caso podría recibir las correspondientes compensaciones financieras públicas por la prestación del mismo, incluso sin necesidad de comunicar a la Comisión europea con carácter previo dicha compensación; pero, eso sí, sujetándose a los requisitos establecidos a tal fin por el Derecho comunitario derivado (necesaria atribución por la Administración de esa misión, sujeción de la compensación al coste del servicio más un beneficio razonable, y control ex post de la Comisión).

Nuestro SNS antes del Real Decreto Ley 16/ 2012 se ajustaba con claridad al primer modelo (al punto de ser citado expresamente por el propio Derecho derivado como prototipo del mismo). Tras el Real Decreto Ley, sin embargo (por la pérdida de su universalidad subjetiva estricta y la diferenciación entre prestaciones básicas y las suplementarias y accesorias, sujetas las últimas a copago o pago, entre otros datos), el sistema se acerca si es que no se identifica con el segundo modelo. Aun así, y no obstante el anterior distingo, dada la discrecionalidad que el Derecho comunitario otorga a los Estados miembros para la configuración de los SIEG, nada impide que el ordenamiento español opte por uno u otro modelo para regular la asistencia sanitaria, y configurar la asistencia sanitaria pública como de gestión pública directa o indirecta, y en este caso concesional o bajo otras formas (y hasta su despublicación para su desarrollo conforme a la libre iniciativa privada con en su caso “obligaciones de servicio público” objeto de compensación financiera).

Conviene en todo caso –como dato sobre los principios que inspiran el devenir del Derecho comunitario en materia de servicios de interés general– reparar en el criterio sobre los servicios de este carácter pero de naturaleza económica

(donde, como hemos visto, quedaría incluida la asistencia sanitaria en el segundo modelo comentado) y sus implicaciones de que parte el Derecho comunitario: “Dado que muchos de estos servicios son de naturaleza económica, se les aplican las normas sobre mercado interior y competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no se opone a la ejecución, de hecho o de derecho, de las tareas concretas que tiene atribuidas”(…) “Si bien algunos interesados están preocupados por el impacto de estas normas en los servicios, en particular en los servicios sociales, la Comisión está convencida de que pueden aplicarse de tal modo que tengan en cuenta las necesidades específicas y mejoren la prestación de los servicios”<sup>129</sup>. Como también, y ante la conjetura de una expansión de la prestación o gestión privadas de la asistencia sanitaria, en esta otra determinación que acota la discrecionalidad de los Estados miembros para la configuración de los servicios como SIEG: “La Comisión considera que no sería adecuado vincular obligaciones específicas de servicio público a una actividad que ya efectúan, o pueden efectuar satisfactoriamente y en condiciones, tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado”<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa. Bruselas, 20.12.2011 COM (2011) 900 final, 3.

<sup>130</sup> Comunicación 2012/ C 8/02, de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (DO C 8/4, del 11.1.2012., núm. 48).

# La subsanación en la acreditación de méritos en procesos selectivos del personal al servicio de las administraciones públicas<sup>1</sup>

*Federico A. Castillo Blanco*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada.

## I. INTRODUCCIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El presente trabajo aborda el tema de la posibilidad o no de subsanación de documentos aportados como méritos por los participantes en procesos selectivos. Documentos aportados que, sin embargo, no reúnen todos los requisitos requeridos por las Bases de la Convocatoria. Ese es, en principio, el objeto del mismo, pero lo cierto es que más allá de ello y si horadamos hasta el fondo del asunto veremos que nos encontramos en un nuevo supuesto en que principios constitucionales como el de justicia material y eficacia en el actuar administrativo vuelven a ser enfrentados en un supuesto concreto de aplicación del ordenamiento jurídico.<sup>2</sup>

Pero también podremos observar cómo la casuística en que se desenvuelve la doctrina jurisprudencial emitida por nuestros tribunales, prácticamente en todos los niveles jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, se hace acreedora en ocasiones del calificativo de contradictoria y, desde luego, pone de relieve, en ausencia de soluciones de lege ferenda y a pesar de la doctrina fi-

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es una versión modificada a estos efectos del publicado, en su momento, en el Libro Homenaje al Profesor Tomás Ramón Fernández.

<sup>2</sup> Expresiva de esta tensión entre distintos principios es la STS de 4 de mayo de 2009 (rec. núm. 5279/2005) que expone que “*En relación con lo que antecede, conviene subrayar que ciertamente los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa* (artículo 103 CE).

*Pero debe destacarse también que esos criterios de racionalidad y proporcionalidad, que antes se han apuntado, no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance. Cuando esto último suceda lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber ocurrido.”*

jada en interés de ley de la que seguidamente daremos cuenta, la carencia de suficientes criterios para resolver con una cierta coherencia los distintos supuestos que surgen a propósito del tema planteado.

En efecto. la jurisprudencia del Tribunal Supremo - véanse las SSTS de Sentencias de 28 de septiembre de 2010 y 11 de octubre de 2010- se ha venido pronunciando, en principio de forma favorable, sobre la aplicabilidad a los procesos selectivos del artículo 71 de la LPA siguiendo la doctrina en interés de Ley fijada por la Sentencia de 4 de febrero de 2003. La misma, por cierto, se ha reiterado en distintos pronunciamientos posteriores a ésta. Así, la STS de 25 de Octubre de 2012 (rec. 1417/2011), se pronunció en este sentido favorable a la concesión de plazo de subsanación para la mayor efectividad del derecho al acceso al empleo público; y en la misma línea, bien que un poco anterior, la STS de 4 de Mayo de 2009 (rec.5279/2005) avaló el criterio de la Sala de instancia favorable a que la Administración brindase plazo subsanatorio, pese a la cumplimentación errada de la casilla de solicitud en proceso selectivo, ya que la interpretación sistemática y lógica de las bases provocaba una situación de incertidumbre u oscuridad.

Pero como hemos apuntado la cuestión no acaba ahí. Y es que, a pesar de esa doctrina fijada, hay otros pronunciamientos jurisprudenciales que, si bien no hacen estrictamente caso omiso de la misma, realizan lo que bien pudiera llamarse una interpretación restrictiva del alcance del artículo 71 de la LPA en los procesos selectivos. Un ejemplo reciente lo tenemos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2011 (recurso número 617/2009)<sup>3</sup> y puede verse también, a título de ejemplo, la STSJ de Ma-

---

<sup>3</sup> La sentencia aborda el supuesto de un proceso selectivo, mediante el sistema de concurso-oposición, para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de Celadores del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid. La recurrente participó en la convocatoria, y tras superar la fase de oposición, conforme a las Bases debía aportar en el plazo de quince días naturales la documentación acreditativa de los méritos que deseaba le fueran valorados en la fase de concurso.

A estos efectos, el apartado I.4 del Anexo II de dichas Bases establecía que sería objeto de valoración como experiencia profesional los servicios prestados en puestos, plazas ó empleos en centros públicos dependientes de las Administraciones Públicas no incluidos en otros apartados, siempre y cuando para su acceso se hubiese requerido una titulación académica igual ó equivalente a la exigida en la presente convocatoria. La demandante, dentro del plazo concedido al efecto, solicitó que le fuera tenido en cuenta como mérito un certificado de servicios de la Real Casa de la Moneda, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre en que constaba que había prestado servicios en distintos periodos desde el año 2001 al año 2003.

La Administración, haciendo caso omiso de tal certificado, no valoró tal mérito en la valoración provisional primeramente efectuada, por lo que la recurrente reclamó en el plazo concedido al efecto aportando un certificado de la Real Casa de la Moneda, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre en que constaban, además de los periodos en que había prestado servicios, la categoría con la que los había prestado

drid de 14 de junio de 2010 (rec. núm. 278/2010) que resuelve las cuestiones que allí se plantean con similares criterios negando, en suma, la posibilidad de subsanación<sup>4</sup>.

---

en los diferentes periodos y la titulación requerida sin que la Administración atendiese dicha reclamación considerando que no se había presentado en plazo la misma con los requisitos establecidos en las Bases.

El Tribunal afirma en su sentencia que, en base a lo establecido en las bases, quien pretendiera la valoración del mérito debía de acreditar que se habían prestado servicios en puestos, plazas ó empleos en centros públicos dependientes de las Administraciones Públicas y que la titulación académica exigida para su acceso había sido igual ó equivalente a la exigida en la convocatoria, y concluye que ello no ocurrió en el caso que nos ocupa ya que únicamente constaba que había prestado servicios en distintos periodos pero sin constar el requisito de que la titulación académica exigida para ello había sido igual ó equivalente a la exigida en la convocatoria.

Argumenta, asimismo la sentencia referida, que el certificado originario presentado ni siquiera expresaba cuales habían sido los puestos de trabajo desempeñados, ni cual era su categoría, ni cual había sido la titulación académica que se le había exigido para acceder a ellos, por lo que la recurrente no acreditó en plazo que fuera un mérito valorable, haciéndolo tan solo con posterioridad, y fuera de plazo, al reclamar contra la falta de valoración del mérito que es cuando aportó un certificado de la Real Casa de la Moneda, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre en que constaban, además de los periodos en que había prestado servicios, la categoría con la que los había prestado en los diferentes periodos y la titulación requerida, por lo que estima dicho tribunal que la resolución administrativa impugnada era conforme a derecho.

Y concluye, negando la aplicabilidad de cualquier procedimiento de subsanación, argumentando *“que esta ausencia de presentación de la documentación en el plazo concreto establecido, y que no se olvide se fijó con claridad en la resolución por la que se hacía pública la convocatoria que nos ocupa, afectaba a aspectos materiales o de fondo resultando de imposible admisión trasladar un error propio a una Institución que ajustó su proceder, en todo momento, a la normativa vigente, máxime cuando se pretende obtener un trato privilegiado que tiene incidencia respecto a otros concursantes en el propio proceso selectivo y que podrían ver cómo, quien no ejerció sus facultades de modo idóneo, podría, ahora, resultar adjudicatario de una plaza a la que ellos fueron acreedores al ajustar su proceder al mecanismo hecho público, con vulneración del derecho fundamental de igualdad en el acceso a la función pública, consagrado en los artículos 14 y 23.2 de la CE”*.

<sup>4</sup> Que indica que “No estamos ante la carencia de requisitos en la solicitud de iniciación o falta de aportación de documentos preceptivos, sino de la aportación de méritos de forma voluntaria por cada uno de los solicitantes para ser valorados por la Comisión de Selección, de tal forma que no es posible conceder plazo de subsanación en supuestos como el presente, donde los méritos son presentados de forma voluntaria por los aspirantes y si son aportados tienen que documentarse en la forma prevista en las bases de la convocatoria, forma que vincula a todos los aspirantes en cuanto a las condiciones y plazo, no pudiendo, en contra del resto de solicitantes, conceder un plazo a la parte actora para que fuera del acto de presentación prevista pueda aportar la documentación que no aportó en su momento.

No se trata de que la solicitud no reúna los requisitos exigidos por la normativa aplicable y proceda su subsanación en el plazo de diez días. Se trata de un supuesto específico de obligación de aportar la documentación en que la parte basa sus méritos, es decir, no se trata de un documento imprescindible para la presentación al concurso, sin el cual no se admite al actor en el proceso selectivo, sino que estamos analizando la obligación de justificar documentalmente los méritos que los aspirantes alegan, méritos que no forman parte del contenido mínimo obligatorio de toda instancia, donde podría admitirse la subsanación prevista en el artículo 71, sino de alegaciones voluntarias que corresponden a cada interesado y que está obligado a justificar documentalmente dentro del plazo de presentación de instancias...”.

## II. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 71 DE LA LPA Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS SELECTIVOS

Como es suficientemente conocido el artículo 71 de la LPA, en su redacción actual, y tras la modificación operada en el mismo por la Ley 4/1999, establece en su apartado primero que si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo que lo precede en dicha Ley y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42 de la citada norma.

Añade, además, en su apartado segundo que siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales. Y sigue diciendo en el apartado tercero que, en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento.

El artículo, que recordemos responde a un principio antiformalista en la tramitación de los distintos procedimientos<sup>5</sup>, tiene como objetivo principal, y

---

<sup>5</sup> Así resulta, por ejemplo, de los argumentos utilizados en la STS de 12 de abril de 1989 que expone, a estos efectos, que “El artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo obliga a la Administración a requerir al firmante de un escrito administrativo para que subsane la omisión de cualquiera de los requisitos del artículo 69, entre ellos el del inciso último del apartado a), esto es la acreditación de la representación. Y si se permite incluso la subsanación de la omisión de la firma, que es el requisito que expresa la asunción del contenido del escrito, y si, en efecto y por más sorprendente que parezca, es frecuente que, por ejemplo en las listas de admitidos y excluidos a la práctica de pruebas selectiva aparezcan los excluidos por falta de firma dándoles plazo para subsanar la omisión, no cabe imaginar que la falta de representación no pueda ser subsanada. Esta tesis de la Administración carece de fundamento alguno, contradice el citado artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y es contraria, además, al principio de tutela judicial efectiva de los derechos, el cual reduce al máximo las responsabilidades de cierre o preclusión de esa vía judicial por meros defectos formales. Es importante subrayar esto, a fin de dejar claro que la idea directriz que debe inspirar la interpretación de las normas procesales es la de que la actividad administrativa está sujeta al control de los jueces y que el acceso a ese control ha de ser facilitado y no entorpecido. Y esa idea directriz o matriz disciplinar es, a su vez, emanación de otra superior cual es la idea de la justicia, valor constitucional que en nuestro ordenamiento se resume en el derecho del particular a una justicia plenaria, la cual no puede verse ni retrasada -como aquí lo ha sido por culpa de una opo-

ese es el espíritu que lo informa, favorecer la tramitación de las solicitudes y peticiones presentadas por los interesados a fin de evitar su archivo sin más trámite. Resultado, preciso es resaltarlo, que se anudaba a dicha situación en la legislación procedimental de 1958, o como resulta de la legislación actual la declaración del desistimiento del interesado que se ha de realizar por la correspondiente resolución administrativa.

Es de hacer notar que el artículo tiene como presupuesto para su aplicación que el escrito presentado por los interesados no reúna los requisitos establecidos en el artículo 70 de la Ley pero añade también, lo que es sumamente relevante respecto del caso objeto de estudio, que ha de reunir asimismo los que resulten de la legislación específica aplicable al caso concreto que es objeto de tramitación.

Pues bien, dichas previsiones han sido en principio, de forma reiterada, consideradas con carácter general aplicables a los procedimientos selectivos considerándose<sup>6</sup>, no sólo una obligación de la Administración, sino también, y de forma expresa se ha señalado por la jurisprudencia, como un derecho inderogable de los interesados<sup>7</sup>.

---

sición administrativa carente de fundamento- ni mucho menos excluida por una arbitraria exacerbación de preocupaciones formalistas que lejos de servir al derecho lo anulan y destruyen”.

<sup>6</sup> La STSJ de Canarias de 23 de julio de 2004 así lo afirma razonando que “...En consecuencia, resulta aplicable en la cuestión examinada el artículo 71 de la Ley 30/1992, como antes exigía el antiguo artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone en ambos preceptos el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los requisitos que exige el ordenamiento en vigor y como señala en este punto el Ministerio Fiscal, la redacción del apartado segundo del artículo 71 excluye los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva para la ampliación prudencial hasta cinco días del plazo cuando la aportación presente dificultades especiales, luego si se prohíbe dicha ampliación, es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado”.

<sup>7</sup> Así lo argumenta la STS de 21 de octubre de 2004 que indica que “Del análisis del precepto, tras su modificación por la LMLRJPA puede deducirse que son dos los supuestos que habilitan y obligan a la Administración actuante para articular el requerimiento de subsanación en dicho precepto contemplado:

1º Cuando la solicitud de iniciación “no reúne los requisitos” que se señalan en el artículo 70 LRJPA, anterior, de forma pormenorizada.

2º Cuando con la solicitud de iniciación no se acompañan “los documentos preceptivos”.

Esto es, la concurrencia de alguno de los dos supuestos es los que, como hemos expresado, habilita y obliga a la Administración actuante para, imperativamente, facilitar al administrado el trámite de subsanación, el cual, en consecuencia, se configura como:

a) Un derecho inderogable de todo particular en relación a cualquier procedimiento administrativo; y, consecuentemente,

b) Una obligación de la Administración.

Lo cierto, sin embargo, a pesar de lo expuesto y como más atrás hemos puesto de relieve, es que si bien no se niega en forma expresa la posibilidad de subsanación en estos procedimientos, y más específicamente respecto de los requisitos para tomar parte en el proceso selectivo<sup>8</sup>, no se encuentra idéntica unanimidad jurisprudencial cuando se trata de delimitar el alcance de la subsanación en relación a los méritos alegados en un procedimiento selectivo cuando el sistema utilizado es el concurso o el concurso oposición. En estos supuestos, es posible encontrar resoluciones jurisdiccionales que transitan en distintas direcciones. La discusión se va a centrar en si alcanza o no a los méritos alegados defectuosamente pero, en el fondo del asunto, el debate que se plantea lo es respecto de en qué medida el principio de igualdad queda afectado como consecuencia de la realización de tal trámite subsanatorio y si esos intereses encontrados han de solucionarse a favor de la prevalencia de los principios de eficacia y seguridad jurídica o, por el contrario, debe de pre-

---

Por otra parte el contenido y mandato del presente se nos presenta plenamente conforme y coordinado con el reconocimiento que de los denominados Derechos del ciudadano, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, se efectúa en el artículo 35 de la citada LRJPA.”

<sup>8</sup> Muestra de ello es la STSJ de Extremadura de 25 de octubre de 2005 que razona que “Frente a ello, no es posible subsanar la omisión de falta de documentos esenciales para resolver el procedimiento selectivo, puesto que toda la documentación acreditativa de los méritos tenía que adjuntarse junto con la instancia en el plazo de veinte días naturales, siendo únicamente valorables los méritos que acrediten los interesados. En lo que se refiere a la posibilidad de haber concedido por parte de la Administración el plazo de subsanación previsto en el artículo 71.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre -no el del artículo 80 que se refiere a la apertura de un proceso probatorio y que no es aplicable en un proceso selectivo que no exige dicho trámite de prueba-, es necesario señalar que no se trata de una carencia de requisitos en la solicitud de iniciación o falta de aportación de documentos preceptivos, sino de la aportación de méritos de forma voluntaria por cada uno de los solicitantes para ser valorados por la Comisión de Selección, de tal forma, que no es posible conceder plazo de subsanación en supuestos como el presente, donde los méritos son alegados de manera voluntaria por los aspirantes y si son alegados, tienen que documentarse en la forma prevista en las bases de la convocatoria y referirse a los servicios de fontanero que eran los únicos objeto de valoración en atención a la plaza convocada, forma que vincula a todos los aspirantes en cuanto a las condiciones y plazo, no pudiendo, en contra del resto de solicitantes, conceder un plazo al actor para que fuera del plazo de presentación de instancias, plazo máximo para aportación de méritos, pueda aportar la documentación que no presentó en su momento. Debemos insistir en que a diferencia de lo expuesto por la parte demandante no estamos aquí ante un supuesto donde la solicitud no reúne los requisitos exigidos por la normativa aplicable y procede su subsanación en el plazo de diez días, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, sino ante un supuesto específico de obligación de aportar la documentación en que la parte basa sus méritos, es decir, no se trata de un documento imprescindible para la presentación al concurso, sin el cual no se admite al actor en el proceso selectivo, sino que estamos analizando la obligación de justificar documentalmente todos los méritos que los aspirantes mencionan en sus instancias, méritos que no forman parte del contenido mínimo obligatorio de toda instancia, donde podría admitirse la subsanación prevista en el artículo 71, sino de alegaciones voluntarias que corresponden a cada interesado y que está obligado a justificar documentalmente dentro del plazo de presentación de instancias.”



valecer el principio de justicia material. Este, en realidad, es el tema objeto de discusión<sup>9</sup>.

No se trata, ha de aclararse e insistir en ello para delimitar el verdadero alcance del tema que nos ocupa, de méritos presentados fuera del plazo establecido en las bases de la convocatoria lo que no parece suscitar la menor duda ya que difícilmente puede subsanarse lo no presentado en el tiempo establecido, y toda vez que en este supuesto si que el principio de igualdad, que ha de seguirse en la instrucción de cualquier procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.3 LPA, vedaría dicha posibilidad y no parece que a ello alcance la doctrina legal establecida en la STS de 4 de febrero de 2003 a la que más adelante nos referiremos<sup>10</sup>. Ni siquiera, nótese, a la presentación de nue-

---

<sup>9</sup> Éste es el principal argumento manejado por la STSJ de Andalucía de 15 de junio de 2009 (Sala de Granada, rec. núm. 1948/03) que expone que “La subsanación no puede extenderse a la documentación cuya presentación viene exigida de modo inexcusable para acreditar el mérito cuya valoración se pretende en la autobaremación, tal y como se expresa la base 3.3 y que fue omitida.

La aportación de los documentos omitidos junto a la solicitud es una carga que pesa sobre el que quiere participar quien con su petición se acoge a la convocatoria de tal manera que su falta da lugar a que si el mérito no ha sido alegado, acreditado documentalente y autobaremación por el aspirante, no tendrá lugar su valoración, pues no podrá tenerse en cuenta los obtenidos o alegados o no autobaremación (como es el caso de uno de los notables obtenidos por la actora) con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de solicitudes pues en este tipo de procedimientos que son de concurrencia competitiva es de especial importancia garantizar el principio de igualdad entre todos y cada uno de los participantes, que no sería respetado si a quien no acredita un mérito le dan la posibilidad de hacerlo después del plazo de presentación de instancias, ya que va a ser objeto de un trato de favor frente a los demás que han cumplido las bases de la convocatoria”.

Frente a dicha posición la STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de enero de 2009, recurso 158/2005 que si bien argumenta que, en la relación bilateral entre la Administración y un particular, en ocasiones resulta posible flexibilizar las exigencias formales y atender a la materialidad de las cosas, en procesos competitivos, el cumplimiento estricto de los deberes procedimentales por parte de los aspirantes es clave en la viabilidad del sistema, y existe el derecho de quien los ha cumplido de exigir que no se tolere su incumplimiento por parte de terceros, admite la subsanación oportuna del mérito alegado en tiempo ya dicho supuesto no afecta al principio de igualdad pues el mismo es claramente diferente de aquel en que un aspirante pretende que se le valore un mérito que alega y justifica fuera del plazo establecido en las bases de la convocatoria, supuesto que sí resulta contradictorio al principio de igualdad.

<sup>10</sup> Así lo subraya la STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2005 que dice: “...De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, queda desplazada por las bases del concurso como razón la juzgadora de instancia a la hora de rechazar la apelación que las actoras hacen en la instancia a la posibilidad que ofrece el artículo 71 del Texto Legal citado relativa a la Subsanción y mejora de la solicitud, pues las prerrogativa que otorga tiene por finalidad la enmienda de defectos, omisión de datos y errores por el interesado y la obligación de la Administración de ponerlo en su conocimiento, señalando aquellos y concediendo plazo de diez días a los efectos indicados, con la advertencia de que de no proceder en este sentido, se le tendrá por desistido de su petición. El propio Tribunal Supremo se encarga de hacer notar que este precepto y lo que permite, no es aplicable para suplir la falta de presentación de la documentación exigida en el plazo establecido para ello pues se estarían inobservando las bases y propiciando la desigualdad entre los participantes en un proceso selectivo...”.

vos documentos para ser objeto de valoración en el plazo de subsanación establecido tras la aprobación provisional de admitidos a un Concurso-Oposición en concepto de subsanación y mejora de la solicitud<sup>11</sup>.

El debate y la controversia que será objeto de comentario, subrayémoslo, se centra en la posibilidad de subsanar que eventualmente habría de concederse, por expresa disposición del artículo 71 de la LPA, cuando presentados los documentos, acreditativos de méritos valorables en la fase de concurso de un proceso selectivo, éstos no reúnen todos los requisitos establecidos en las Bases, si bien es cierto que de los mismos si resulta, y aquí está una de las claves del problema planteado, la eventual existencia del mérito alegado.

### III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA SUBSANACIÓN DE DEFECTOS Y REQUISITOS EN LOS PROCESOS SELECTIVOS

Antes de referirnos a la doctrina recaída en interés de ley sobre el aspecto concreto de la cuestión objeto de análisis, realizaremos, a grosso modo y sin la intención de ser exhaustivos, un rápido acercamiento sobre los parámetros frecuentemente utilizados por nuestra jurisprudencia a la hora de abordar las distintas cuestiones que se plantean en torno al desenvolvimiento y desarrollo de los procesos selectivos y que, además, tienen una especial incidencia en el caso planteado.

#### 1. Breve síntesis de la doctrina jurisdiccional y constitucional sobre los procesos selectivos.

En primer lugar, cabe citar en cuanto al contenido constitucional previsto en el artículo 23.2 de la CE, que el tribunal constitucional ha dejado claramente establecido que nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas con los requisitos que señalen las Leyes (por todas en las SSTC 73/1998, de 31 de marzo y 138/2000, de 29 de mayo), pues la Constitución reserva a la Ley, y, en todo caso, al principio de legalidad, la regulación de las condiciones del ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los principios constitu-

---

<sup>11</sup> Puede verse, a este respecto, la STSJ de Madrid de 29 de julio de 2010 (rec. núm. 339/2009).

cionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador.

El ulterior control jurisdiccional contrasta, por tanto, si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas, pues «la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo» ( STC 48/1998, de 2 de marzo, F. 7 .b)<sup>12</sup>.

Inicial consideración que ha sido completada por la también conocidísima doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el artículo 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública ningún requisito o condición que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad. Con la precisión, parece relevante hacerlo notar, de que la conexión existente entre el acceso en condiciones de igualdad y el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad aconseja controlar, para evitar una diferencia irracional o arbitraria entre los concursantes, la valoración que haya sido dada a algún mérito en concreto. Esta doctrina se completa con la declaración de que los méritos que sean tomados en consideración no pueden tener una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable (SSTC 129/07 de 4 de junio y 118/08 de 31 de octubre y STS de 22 de julio de 2009, 4726/04).

Una segunda línea jurisprudencial a la que habremos de referirnos, y cuya cita es relevante para los argumentos utilizados frecuentemente por la jurisprudencia en la resolución de los casos que se plantean en torno al tema objeto de comentario, resulta ser aquella doctrina fijada de forma reiterada por nuestros tribunales que establece que las bases de la convocatoria de un concurso o pruebas selectivas constituyen la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y resolución de los mismos. Consecuencia de la cual, aún cuando en ciertos supuestos la misma ha sido matizada<sup>13</sup>, una vez firmes y consentidas,

---

<sup>12</sup> STC 30/2008 de 25 de febrero.

<sup>13</sup> En efecto, la STS de 14 de Septiembre de 2006 con remisión a otras, estima que sin que esta regla pueda entenderse como de carácter absoluto, puesto que tanto si a dichas bases se las califica de acto administrativo como de disposición general lo inevitable es que tengan que supeditarse al principio de jerarquía normativa, derivado del principio de legalidad, razón por la cual la Jurisprudencia ha señalado que la Administración ha de atenerse, primordialmente, al fijar las mismas a las reglas jurídicas vigentes a la sazón por lo que no puede olvidar el acatamiento de las normas legales de carácter superior. Admitiendo, consecuentemente en algunos casos excepcionales, especialmente en supuestos de violación de derechos fundamentales o de nulidad de pleno derecho, la impugnación de las bases con motivo de la de los actos que ponen termino al proceso selectivo.

vinculan por igual a los participantes y a la Administración, así como a los Tribunales y Comisiones encargados de la valoración de los méritos, no pudiéndose modificar sino de acuerdo con las previsiones establecidas en nuestra legislación procedimental en los distintos supuestos<sup>14</sup>.

Segunda línea jurisprudencial de la que se extraen, asimismo, dos importantes conclusiones: la primera, que la observancia del principio de igualdad que, también por imperativo constitucional (artículos 14 y 23 CE), es obligada en todo proceso de acceso a la función pública, lleva inherente la exigencia de que las dudas que se susciten sobre el alcance que haya de darse a las bases o normas de la convocatoria deberán ser interpretadas en un sentido equilibrado que favorezca por igual a todos los aspirantes; y una segunda, consistente en que las normas reguladoras del proceso selectivo han de asegurar a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio (por todas, pueden verse las SSTC 193/1987, de 9 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, o 353/1993, de 29 de noviembre).

Por último cabe aludir, y no es menos relevante a tenor de los razonamientos que se utilizan de forma frecuente en el supuesto objeto de debate respecto de la posibilidad de que los tribunales puedan o no obligar a la aplicación del artículo 71 de la LPA, a la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica que disfrutaban los órganos calificadores y, consiguientemente y con carácter general, la exención de control jurisdiccional sobre la actuación de éstos. Y fruto de la misma, la aceptación, en su actuación evaluadora, de un amplio margen de apreciación que sólo, de forma limitada, puede ser objeto de control y que básicamente se reduce a dos grandes aspectos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando estos existan- y el del error ostensible o manifiesto<sup>15</sup>;

<sup>14</sup> Véase, por todas, la STS de 13 mayo 2010 (rec. núm. 368/2007).

<sup>15</sup> Las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 2.000 y 27 de Julio de 2.002 establecieron, a estos efectos, unos criterios para hacer posible el control jurisdiccional que pueden resumirse en los siguientes principios: a) la regla general es respetar el cometido de valoración que, en virtud de esa discrecionalidad técnica que es inherente a ellos, corresponde a los órganos calificadores de oposiciones y concursos; b) la revisión jurisdiccional de tal valoración sólo es procedente en supuestos excepcionales, como son los de dolo, coacción o infracción, y ésta última bien sea de las normas reglamentarias que regulan la actuación de tales órganos calificadores, bien de las bases de la convocatoria, c) debe asimismo diferenciarse entre el núcleo material de la decisión técnica, que corresponde en exclusiva a esos órganos técnicos de calificación, y sus aledaños, estando constituidos éstos por la verificación de que se hayan respetado la igualdad de condiciones de los candidatos y los principios de mérito y capacidad de los mismos, lo cual viene a traducirse en la afirmación de que la no ratificación de la propuesta de provisión será también procedente cuando resulte manifiesta la arbitrariedad y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad; d) un indicio de la posible existencia de arbitrariedad

y, consiguientemente, se excluye de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador y no estén sustentadas en un posible error manifiesto<sup>16</sup>.

Vemos, pues, que esa discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control de dicha actividad evaluadora, pero desde luego no la excluye y es que, en efecto, la denominada discrecionalidad técnica que corresponde a los órganos calificadores tiene, como uno de sus límites, la observancia del mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), cuyo reverso positivo es ajustar la actuación administrativa a pautas de racionalidad que sean claramente visibles sin necesidad de los saberes especializados que acotan esa discrecionalidad técnica<sup>17</sup>.

---

lo constituirá el dato de que, junto a la carencia de cualquier referente objetivo de la valoración que haya sido efectuada de los méritos, concurren elementos que puedan revelar una actuación no suficiente equilibrada del órgano de calificación.

<sup>16</sup> Respecto del “núcleo material de la discrecionalidad técnica” cabe decir, (en este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional en Sentencias, entre otras, de 18 de Abril de 1.989 y 14 de Noviembre de 1.991, y el Tribunal Supremo en Sentencias de 28 de Enero y 21 de Febrero de 1.992), que no corresponde al Órgano Jurisdiccional interferirse en el margen de apreciación otorgado al Órgano de Calificación, ni examinar la medida legal o administrativa para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino comprobar si no se ha sobrepasado el margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los evaluados, y ello porque las valoraciones efectuadas por los Tribunales Calificadores, en este concreto ámbito, no son susceptibles de control jurídico como no sean los supuestos, extremos, de desviación de poder o notoria arbitrariedad y entonces sólo para anular las mismas, nunca para sustituirlas por otras.

<sup>17</sup> La STS de 20 de Julio de 2.007 analiza los principios generales sobre la discrecionalidad técnica de que gozan las comisiones calificadoras de oposiciones y concursos, y la inatacabilidad de las bases de dichos procesos selectivos con ocasión de la resolución de los mismos siempre y cuando no hubieran sido recurridas en tiempo oportuno. Con relación al primero de los principios generales el problema que se plantea, no exento de dificultad, es tratar de delimitar con cierta precisión lo que propiamente constituye el núcleo central de la discrecionalidad técnica, pues si bien es verdad que las potestades discrecionales no permiten que, en su ejercicio correcto, se sustituya la valoración del órgano que la tiene atribuida por ninguna otra, no es menos cierto que las exigencias a las que en un Estado de Derecho debe responder la actuación de dichas potestades no las excluye, en su totalidad, del control jurisdiccional sino, únicamente, en dicho núcleo central. En este sentido resulta ilustrativa la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1.991, que resume la doctrina existente al respecto del control jurisdiccional de la actuación administrativa, consagrado en el artículo 106.1 de la Constitución, control que se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, y que viene siendo aplicada por los Tribunales, a través de varias pautas que, como expresa la Sentencia citada, son: 1) El control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad; 2) La contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los Principios Generales del Derecho, que informan todo el Ordenamiento Jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde se deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos; y 3) El principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, que as-

Pues bien, vistas estas pautas emitidas por nuestros tribunales y que, como hemos puesto de manifiesto, tendrán especial incidencia en los argumentos que se manejan para la resolución de los distintos supuestos planteados, hora es ya de que demos cuenta de la específica doctrina en interés de ley recaída en estos casos y de la divergencia que respecto de su alcance realizan distintos pronunciamientos jurisprudenciales.

## 2. La doctrina en interés de Ley recaída sobre el supuesto que nos ocupa: la STS de 4 de febrero de 2003<sup>18</sup>.

La parte recurrente en casación en interés de ley solicitaba de la Sala que se fijase la siguiente doctrina legal: *“El trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es plenamente aplicable a los procedimientos selectivos de Profesor Asociado de las Universidades españolas.”*

El Tribunal Supremo -fundamento de derecho segundo-, y frente a la cuestión suscitada, hacía el siguiente planteamiento del objeto de debate: *“En la cuestión examinada, la sentencia impugnada, frente al criterio que mantiene la sentencia de instancia sostiene que el artículo 71 de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99, no es aplicable a los procedimientos selectivos, pues éstos no se inician a instancia del interesado, rigiéndose por las bases de la convocatoria y si en las mismas se establece un plazo para presentar la documentación que acredite los méritos de los concursantes, no puede permitirse que con posterioridad a la expiración de dicho plazo se aporten nuevos documentos ni podrá el Tribunal dar un plazo de subsanación al efecto, por lo tanto, el Tribunal al dar un nuevo plazo de subsanación en relación con los méritos alegados, infringió lo dispuesto en las bases”.*

El Tribunal Supremo declarará, a la vista de ese argumento<sup>19</sup>, que desde el

---

pira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución). Dicho de otro modo, como señala el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de Diciembre de 1.988, “las limitaciones a la discrecionalidad administrativa en la materia (a salvo la desviación de poder) se refieren al procedimiento por el que se llega a la resolución del concurso y a la apreciación de las condiciones legales de los aspirantes, pero no se extiende a los juicios técnicos de los tribunales calificadoros; la valoración de los méritos de los concursantes no tiene otros límites legales que los que, en su caso, se establezcan en las bases de la convocatoria”. En definitiva, si bien el Tribunal Calificador goza de amplia discrecionalidad técnica, no cabe duda, de acuerdo con lo expuesto, que la misma debe descansar en el respeto a lo dispuesto en las bases del proceso selectivo.

<sup>18</sup> En análogo sentido se expresará, con posterioridad, la sentencia de 26 de noviembre de 2004 (rec. núm. 161/2004). Asimismo, puede también citarse la sentencia del propio Tribunal de 14 de septiembre de 2.004 (rec. núm. 2.400/99).

<sup>19</sup> La sentencia, con cita de anterior jurisprudencia, argumenta que la tesis de la plena subsanabilidad de los defectos en una oposición o concurso había sido reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo

punto de vista de la doctrina procesal era preciso señalar el carácter gravemente dañoso y erróneo de la sentencia impugnada que vendría determinado por la consideración de sostener la inaplicabilidad a la cuestión debatida del artículo 71.2 de la Ley 30/92, modificada por la Ley 4/99. Frente al criterio de mantener su inaplicabilidad entenderá que debía regir en toda su extensión el principio de subsanación consagrado en el artículo 71 de la Ley, debiendo requerirse al interesado para que pueda subsanar los posibles defectos que pueda contener su solicitud fijando la doctrina legal solicitada<sup>20</sup>.

Sin embargo, es necesario precisar que la doctrina fijada en dicha sentencia, al sentir de un importante sector jurisprudencial al enfrentarse al trámite de subsanación de defectos, era referida tan sólo a la documentación acreditativa de los requisitos exigidos para la participación en un procedimiento selectivo, pero no contenía, con la claridad necesaria, su aplicabilidad a la documentación acreditativa de los méritos que se aleguen. Ese matiz ha llevado a entender, según decimos a una importante línea jurisprudencial asentada en nuestros tribunales, la conclusión de que la mencionada sentencia se refiere tan sólo solo a los supuestos de subsanación de documentos presentados en plazo y que son exigidos como requisito para participar en el proceso selectivo pero no es extensible a los supuestos de subsanación de méritos que abordamos en el presente trabajo<sup>21</sup>.

---

de 6 de noviembre de 1990 con cita de los derogados artículos 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al considerar que era subsanable la omisión, lo que no comporta la infracción de la doctrina jurisprudencial en orden al carácter vinculante de las bases del concurso a las que también se refiere la sentencia impugnada y añade que la subsanación del defecto relativo a la no presentación de documento acreditativo se admite sin problemas en las sentencias de 18 de octubre de 1976 , 13 de julio de 1987, 8 de noviembre de 1988, 12 de abril de 1989 y 26 de mayo de 1989 , siendo destacable la sentencia de 16 de mayo de 1983 que hace plena aplicación del artículo 71, en la redacción de 17 de julio de 1958, admitiendo la posibilidad de que la Administración requiera a los firmantes para que en plazo de diez días subsanen la falta que ha sido observada e igual sucede en la posterior sentencia de 28 de junio de 1985, al considerar que es acertada la decisión de la sentencia apelada cuando declara que no se puede atender a un criterio riguroso formalista que es contrario a la voluntad real perseguida por el legislador.

<sup>20</sup> Dirá, de forma expresa, dicha Sentencia que “*frente a dicho criterio entendemos que debe regir en toda su extensión el principio de subsanación consagrado en el artículo 71 de la Ley, debiendo requerirse al interesado para que pueda subsanar los posibles defectos que pueda contener su solicitud*”

<sup>21</sup> Baste por todas referimos a la STSJ de Madrid de 29 de julio de 2010 (339/2009) y otras muchas que, respecto del alcance de dicha sentencia, argumentan que Como puede apreciarse sin dificultad, la Sala 3ª del Tribunal Supremo admite la subsanación de defectos en la justificación de la experiencia docente porque en el caso que enjuicia, concurren una serie de circunstancias especiales a saber, que la convocatoria sólo exigía, para justificar la experiencia docente previa, una hoja de servicios certificada por el Jefe de personal de la Delegación Territorial de Educación, pero no indicaba el contenido de esa hoja de servicios, ni si en concreto en dicho certificado debía reseñarse el período en el que el aspirante impartió efectivamente docencia, lo que dio lugar a una duda razonable de la interesada sobre el contenido del do-

¿Es correcta dicha interpretación sobre el alcance de la doctrina fijada? ¿Cabe mantener otra posición alternativa? ¿Deberíamos establecer algún criterio que ayudase a que la casuística que se produce encontrase una solución más allá de dejar su resolución al criterio de cada tribunal?<sup>22</sup>. Lo analizaremos en los siguientes apartados.

#### IV. LOS DISTINTOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA VERDAR O LIMITAR SUSTANCIALMENTE LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 71 LPA

Efectivamente, y cómo concluíamos al final del anterior epígrafe, matizando esa inicial posición sobre la aplicabilidad del precepto a los procedimientos selectivos, que como hemos dado cuenta fue ratificada con la STS de 4 de febrero de 2003 que fijó doctrina legal sobre la materia, no se puede ocultar la

---

cumento que acreditaba su experiencia docente, al subsiguiente error y por tanto a la posibilidad de subsanarlo en aplicación de criterios de racionalidad y proporcionalidad, o dicho de otro modo, que la posibilidad de subsanación de la documentación que acredita la experiencia docente de los aspirantes a plazas de profesor, es una excepción, y que la regla es la imposibilidad de subsanar si las bases de la convocatoria no ofrecen dudas sobre su significado y alcance.

<sup>22</sup> Desde luego la opinión del Tribunal Supremo sigue insistiendo en la procedencia de la subsanación. Así la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 2012 (rec. 1417/2011) establece que:

«Constituye doctrina reiterada de esta Sala y Sección, recogida por todas en nuestra reciente sentencia de 17 de junio de 2011 (casación 2724/2009 , F.D. 5<sup>o</sup>), así como en las de 20 y 27 de mayo de 2011 (casación 712/2009, F.D. 3<sup>o</sup> y 1719/2007 respectivamente ) y las que en ella se citan; 10 de junio de 2009 ( cas. 3244/2006 ) y 18 de febrero de 2009 ( cas. 8926/2004) la relativa a que, sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 71 de la Ley 30/1992 , este Tribunal mantiene una interpretación amplia del sentido y alcance del precepto en la reciente Sentencia de fecha 20 de mayo de 2011, dictada en el Recurso de Casación 3481/2009 , en la que se planteaba un supuesto similar al de autos (la aspirante habían acreditado determinados méritos, pero no constaba la homologación de los cursos como exigían las Bases de la Convocatoria, homologación que fue acreditada por la aspirante sin necesidad de que la Administración requiriera su subsanación), ha dicho que: «Así la Sentencia de fecha 4 de febrero de 2.003 , dictada en un Recurso de Casación en Interés de Ley, admite expresamente que el trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone en ambos preceptos el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los requisitos que exige el ordenamiento en vigor y como señala en este punto el Ministerio Fiscal, la redacción del apartado segundo del artículo 71 excluye los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva para la ampliación prudencial hasta cinco días del plazo cuando la aportación presente dificultades especiales, luego si se prohíbe dicha ampliación , es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como es el caso planteado».



existencia de una posición jurisprudencial mucho más restrictiva que con gran cautela, a mi juicio excesiva, reduce la aplicación de dicho artículo utilizando los más diversos argumentos que, en última instancia, pueden reconducirse en el fondo de la argumentación que la sustenta a la prevalente aplicación de los principios de eficacia y seguridad jurídica. Eso sí sin frontalmente declararlo así y reinterpretando, como hemos dado cuenta, el sentido y alcance de la doctrina establecida en la más arriba citada sentencia de nuestro más alto tribunal.

Los argumentos que se vierten para ello son diversos y, desde mi punto de vista, no siempre correctamente utilizados. Analicemos los de mayor calado utilizados para ello.

Hay resoluciones jurisdiccionales que ponen en cuestión la aplicabilidad de dicho artículo por no tratarse de un procedimiento iniciado a instancia de parte<sup>23</sup>. Argumento cuando menos discutible ya que de la dicción del artículo 71 no se deduce, en ningún caso, que éste sea un presupuesto de hecho para su aplicabilidad. Pero es que, por otro lado, es asimismo controvertido mantener que respecto a cada candidato el proceso selectivo sea un proceso iniciado de oficio. Como ya citábamos en una anterior sentencia implícitamente, según lo establecido en el párrafo 2º, el precepto admite su aplicación a los procesos selectivos y es el párrafo 3º, ahora sí, el que se refiere en exclusiva a los procedimientos iniciados a solicitud de interesado.

Otras resoluciones, por su parte, basan su argumentación en la eventual infracción del principio de igualdad<sup>24</sup>. Ciertamente, y no creo que esto admita

---

<sup>23</sup> Puede verse, a estos efectos, la STS de 11 de mayo de 2009, recurso 613/2005, donde se establece que el tribunal de selección no está obligado a conceder un plazo para subsanar la documentación acreditativa de los méritos, porque “no nos encontramos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte, regido por el art. 70 y 71 de dicha Ley, sino ante un procedimiento iniciado de oficio, y además, ante un procedimiento en concurrencia, en este caso selectivo de funcionarios, donde los interesados tienen que acreditar sus méritos dentro de un plazo determinado, por lo que se evidente que, sin necesidad de negar tajantemente la posibilidad de aplicación de dicho precepto en alguna circunstancia, no sea de aplicación en el presente caso (...)”.

<sup>24</sup> Puede verse, a este respecto y de acuerdo con la posición que se mantiene, la STSJ del País Vasco de 5 de mayo de 2010 (rec. núm. 656/07) que razona, a mi juicio con acierto, que “Lo que hace la sentencia recurrida es interpretar aquel requisito con un criterio de racionalidad (deducible de lo que dispone el artículo 9.3 de la Constitución) y ponderar las singulares circunstancias del caso enjuiciado, para, en función de todo ello, permitir que el recurso administrativo sea una posibilidad de completar lo exigido en la convocatoria por apreciar razones que así lo aconsejaban.

Por otra parte, la decisión que adopta, como expresamente señala, es coincidente con el criterio sentado por esta Sala en la sentencia de 11 de octubre de 1991 y representado por la conveniencia de evitar, en los procesos selectivos, exclusiones que puedan resultar desproporcionadas.

discusión alguna, este principio ha de inspirar inexcusablemente un proceso selectivo. Pero tampoco parece que pueda verse afectado por un trámite de subsanación en que no se alteran las condiciones de participación de los aspirantes dado que el mismo sólo permite atender a lo ya alegado en el tiempo procedimental previamente establecido.

También suelen encontrarse otras que apelan a la discrecionalidad técnica del Tribunal<sup>25</sup>. Y de nuevo aquí nos encontramos con un argumento que pu-

---

En relación con lo que antecede, conviene subrayar que ciertamente los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa ( artículo 103 CE ).

Pero debe destacarse también que esos criterios de racionalidad y proporcionalidad, que antes se han apuntado, no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance. Cuando esto último suceda lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber ocurrido.

La existencia de esa duda razonable es de apreciar en el caso enjuiciado y hace que deba considerarse acertada la subsanación que en la vía administrativa permite la Sala de Bilbao.”.

La conclusión a que conduce la doctrina expuesta, a juicio de la Sala, no puede ser distinta de la alcanzada en la instancia: en atención al propio tenor literal de las Bases 6ª y 9ª era razonable para la aspirante dudar sobre el momento para la aportación de la documentación acreditativa de los méritos en la fase de concurso, por lo que en consecuencia lo procedente era permitir subsanar el error inicial en el que pudo haber incurrido la parte ahora apelada, como entendió el Tribunal calificador en su acuerdo inicial, posteriormente objeto de revisión.

De igual modo que en el caso anterior, lo accesorio es que en el asunto enjuiciado por el Alto Tribunal la posibilidad de subsanación se concediera en atención a la forma de acreditación del mérito alegado, en tanto que en el presente caso la controversia versa sobre el tiempo idóneo para la acreditación, pues en ambos casos lo fundamental es la concesión del trámite de subsanación con fundamento en la redacción ambigua, imprecisa o contradictoria de las Bases, razonablemente generadora de dudas en los destinatarios en cuanto a su significación y alcance.

No se estima infringido, por ello, el principio de seguridad jurídica, ni tampoco el de igualdad, como entiende D.ª Delia , al provocar que los aspirantes que limitaron sus alegaciones de méritos a aquellos que podrían acreditar dentro del plazo señalado para la presentación de instancias estén en inferioridad de condiciones respecto de los aspirantes que alegaron todos los que consideraron de su interés.

El término de comparación válido, en el caso analizado, no puede situarse en los aspirantes que, junto a la ahora apelada, participaron en el procedimiento de provisión instrumentado para la cobertura de la plaza convocada. Por el contrario, a juicio de la Sala, debe situarse en todos aquéllos aspirantes a quienes la redacción de las Bases les condujo a una duda razonable sobre el momento establecido en aquéllas para la acreditación de los méritos. Y únicamente éstos, en el supuesto de haber recibido un trato dispar al otorgado a la parte apelada, podrían considerar infringido el derecho a la igualdad que invocan los apelantes.

<sup>25</sup> Puede verse, respecto de esta y su aplicación, en este caso correcta de dicha doctrina, en relación con la temática que nos ocupa la STSJ de Madrid de 26 de marzo de 2009 (rec. núm. 1490/2007) que indica que “SEXTO.- Procede analizar a continuación la pretensión de la actora respecto al error del Tribunal Calificador en cuanto al cómputo en dicha fase de concurso de sus méritos como registradora en la

diera resultar paradójico. Y es que no se está abordando con la subsanación de los méritos alegados la valoración del mérito con relación a lo establecido en la bases, sino la actividad procedimental dirigida a que los documentos ya aportados por los participantes en un proceso selectivo en tiempo y forma tengan la fiabilidad y los datos suficientes para ser tenidos o no en cuenta como méritos valorables (actividad esta última que sí sería la que constituiría la denominada actividad discrecional del Tribunal).

---

elaboración de una encuesta sobre salud bucodental en la Provincia de Ciudad Real, el resultado del período probatorio no puede arrojar más que la desestimación de aquella, por cuanto, examinadas de nuevo las Bases, Anexo IIA, en cuanto describe las funciones y tareas principales de los puestos ofertados, “toma y verificación de datos”, resulta en el caso de la recurrente, que era la función del odontólogo, precisamente la de trasladar los datos de la salud oral ( tras examinar al escolar en cuestión), al registrador/a, siendo la función de éste/a, la de cumplimentar los datos de la ficha-encuesta, clasificarlos, codificarlos y remitirlos al equipo coordinador para su informatización y explotación de resultados, tareas, que no son precisamente las de toma y verificación de datos ni su posterior preparación y depuración, dado que la misma se limitaba a cumplimentar la ficha-encuesta tras los datos observados y obtenidos por el odontólogo y los remitía al equipo coordinador para su correspondiente informatización.

Por ello y finalmente, no procedía requerimiento alguno de la Administración a través del Tribunal Calificador, pues no puede valorarse como duda de dicho Tribunal la puntuación otorgada por el mismo a los méritos acreditados, ni tiene cabida en el seno de la discrecionalidad de sus funciones un eventual procedimiento de subsanación de errores, cuando la propia convocatoria delimita cuales son los perfiles del puesto ofertado y la documentación que libremente cada aspirante pueda aportar en su favor. Y aún es así, que hemos de admitir, ciertamente, que no siempre es fácil determinar los límites de la inconcusa doctrina sobre la llamada discrecionalidad técnica de la que gozan los Tribunales de oposiciones o de valoración de conocimientos o méritos concretos. Pero pese a ello hemos de significar la no discutida realidad de dicha doctrina e, incluso, el hecho de que la misma afecta a la propia potestad jurisdiccional que se actúa en un proceso como el que nos ocupa, (control de legalidad conforme a la exigencia Constitucional del artículo 106 de la “Lex Prima”), al comportar o reconocer “de facto” una parcela en cierta medida, nada desdeñable por cierto, inmune a dicho control lo que, se podría aducir, podría suscitar recelos desde la óptica de la contrariedad al derecho a la tutela judicial que ha de ser efectiva. Sobre esta cuestión resulta particularmente esclarecedora la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de Febrero de 1.992 y en la que razona: “Siendo el instrumento de conocimiento que utilizan los Órganos Jurisdiccionales la técnica jurídica, su facultad de intervenir en las decisiones de las Comisiones o Tribunales calificadores es plena cuando han infringido o inaplicado normas en las que todos los elementos son reglados, como pueden ser las de procedimiento o las que regulan determinadas titulaciones, de modo que valoradas éstas expresamente en el Baremo, sólo quien las ostente conforme a su régimen específico puede recibir la puntuación correspondiente a las mismas. Pero caso bien distinto es el de aquellas partes del Baremo en las que los méritos no tienen una referencia normativa estricta, sino que su grado de valoración se encomienda al Órgano calificador, dentro de unos límites prefijados.

Es aquí donde la discrecionalidad técnica despliega toda su eficacia, en el sentido de que la Jurisdicción no puede sustituir el criterio de la Administración por el simple hecho de que considere que hubo una defectuosa evaluación del mérito de que se trate, puesto que si así fuere tendríamos que llegar a la conclusión de que su capacidad para enjuiciar lo sometido a la discrecionalidad técnica sería igual a la del Órgano especialmente encargado de apreciarla. Se necesita algo más que una simple divergencia de criterio con el sostenido por el Órgano calificador y este elemento complementario viene expresado por la quiebra del principio de igualdad en el trato o atribución de puntuaciones arbitrarias o desproporcionadas.

Pero inclusive se utilizan otros adicionales a los ya comentados. A saber: que el alcance del precepto se circunscribe a los requisitos para participar, pero no a los méritos alegados por los participantes<sup>26</sup>, que sólo cabe subsanar los de-

---

Recientemente, en Sentencia de 28 de Enero de 1.992, nos referimos a la tentativa del Tribunal Constitucional para marcar el límite entre las facultades de un Órgano calificador, con la capacidad técnica para valorar unas pruebas, y la posibilidad de controlar jurídicamente lo resuelto por el mismo en función del principio constitucional de igualdad. Señalábamos, en efecto, cómo la Sentencia 215/1.991, de 14 de Noviembre, se hace un encomiable intento para distinguir entre el núcleo material de la decisión técnica, reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien, a la postre este esfuerzo dialéctico concluye en la jurídicamente más asequible afirmación de que la disconformidad con el criterio de aquéllas sólo puede producirse cuando resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento del principio de igualdad de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas consagradas en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución”.

<sup>26</sup> Puede leerse dicha consideración en la STSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 29 de septiembre de 2008 (rec. núm. 3106/2003) o en la STSJ de Madrid de 29 de julio de 2010 (rec. núm. 339/2009) o en la STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2010 (rec. núm. 333/09). Lo que tampoco parece pueda ser la interpretación correcta sobre el alcance de la aplicación del artículo 71 de la LPA a los procesos selectivos ya que, respecto de la subsanación de los requisitos para participar, ya existe un trámite específico como son las listas provisionales de admitidos y excluidos (artículo 20 del RD 364/1995, de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional). Más adecuada a la debida interpretación, siempre según nuestro punto de vista, resulta ser la STSJ de Andalucía (Sede Granada) de 25 de octubre de 2010 que argumenta que “En este sentido debemos considerar que la solución adoptada por el tribunal resulta contraria a derecho y errónea en cuanto que ante la falta de valoración del curso en su totalidad por las razones expuestas el Tribunal pudo y debió hacer uso de la facultad de subsanación del art. 71 de la ley 30/92. Esto resulta en cuanto que aún cuando resulta claro a tenor de la convocatoria que el aspirante tiene la carga de alegar los méritos que le asistan en el presente proceso selectivo en el momento de presentación de la solicitud, el cual se alza como el término preclusivo en el cual deberá proceder al ejercicio de su derecho en el supuesto de autos resulta de aplicación el indicado artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en cuanto que en este caso no se trata de que el recurrente trate de hacer valer un mérito nuevo no acreditado con anterioridad de tal forma que se pretenda la valoración ex novo de un mérito en su momento no alegado en el momento oportuno.

Debe distinguirse en este punto el momento de ejercicio del derecho, de la posible corrección que pudiera hacer el interesado del derecho que se hizo valer en el momento de presentación de la solicitud. De acuerdo con las bases existe un único momento oportuno para hacer valer los méritos por parte de los aspirantes: el de presentación de las solicitudes. La ley 30/92 reconoce la posibilidad de subsanar deficiencias que pudieran afectar a la solicitud cursada y los méritos alegados. Resulta en todo caso inviable la posibilidad de alegar y acreditar nuevos méritos con ocasión de una pretendida mejora de la solicitud o subsanación de defectos pues debe claramente distinguirse la alegación de un mérito ex novo, de la corrección de deficiencias que pudieran existir en la acreditación de méritos oportunamente alegados.

En el presente supuesto la documentación inicial y oportunamente aportada por la recurrente acreditaba la realización del curso de que se trata de tal forma que si el Tribunal consideraba que no todos los módulos de los cursos resultaban valorables por no estar relacionados con el temario al no especificarse el número de horas correspondientes a módulos que si resultaban valorables conforme señala el propio Tri-

fectos de carácter formal pero no aquellos que tengan carácter sustantivo<sup>27</sup>, la superior validez de las bases de la convocatoria que han sido aceptadas por los participantes<sup>28</sup>, o, por hacer una última alusión a un argumento también utilizado, la de que no pueden imputarse a la Administración los errores propios cometidos por los participantes<sup>29</sup>.

---

bunal, debió requerir de subsanación al interesado pues la susceptibilidad de valoración de los cursos resultaba de la documentación oportunamente alegada por el Tribunal de tal forma que no se trataba de valorar ex novo un mérito que no hubiese sido oportunamente alegado, sino de precisar o matizar un mérito que el recurrente había alegado y acreditado en tiempo y forma si bien al juicio del tribunal de forma insuficiente al no desglosar las horas correspondientes a cada uno de los módulos. Por tanto en el supuesto de autos no se trata de que se acrediten unos méritos cualitativamente diversos de los inicialmente probados sino de matizar los ya acreditados por el recurrente y cuya necesidad de matización resulta de la decisión del mismo Tribunal de no valorar el curso en su totalidad, decisión y consecuente necesidad que escapaba a las previsiones del recurrente al presentar su solicitud en el proceso selectivo. Así pues debe anularse la resolución impugnada a fin y retrotraer el procedimiento a fin de que por el tribunal de valoración se someta a su criterio técnico la valoración de los módulos de que se trata conforme a la documentación acompañada por el recurrente en la fase de alegaciones, valoración que resulta vedada a esta Sala de conformidad con el art 71.2 de la LJCA ante la imposibilidad de suplantar la discrecionalidad del Tribunal de valoración por no ni contarse con elementos de juicio suficientes para el ni existir una solución inequívoca a tal valoración”.

<sup>27</sup> Argumento utilizado por la sentencia objeto de comentario que, por otro lado, no aclara cuáles han de ser considerados con una u otra naturaleza lo que nos sumerge de nuevo en un campo abonado a la especulación

<sup>28</sup> Argumentación que estimo, de nuevo, que no es de aplicación. Las bases de la convocatoria efectivamente son la “ley del concurso”, pero no alcanzo a ver porqué no se puede aplicar un trámite procedimental como la subsanación ni tampoco, como hacen algunas Administraciones, excluir expresamente en las mismas la subsanación en contra de lo establecido en el artículo 71 de la LPA. Las bases también están sujetas al principio de jerarquía normativa. La STS de 31 de mayo de 2011 (rec. núm 3892/2009), a propósito de esta cuestión, argumenta que “La tesis de la Administración – que mantenía la que las bases de la convocatoria son la ley del concurso y no recurridas por la participante obligaban a presentar los documentos traducidos- responde a una lectura de las Bases de la Convocatoria y de los artículos 70 y 71 de la Ley 30/1992 en exceso literalista, que no se adecua a la interpretación del mismo en el sentido más espiritualista reflejado en nuestra Jurisprudencia”.

<sup>29</sup> Razonamiento, el de la propia torpeza, que aunque ingenioso (y que inclusive ha sido utilizado en sentido contrario por alguna jurisprudencia) no es a mi juicio de aplicación si lo ponemos en relación con la finalidad que apunta el precepto objeto de estudio y la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo. Y es que si, ciertamente, es una carga que pesa sobre el participante en el proceso selectivo (así lo indica la STSJ de Andalucía, Sala de Granada, de 15 de junio de 2009, rec. núm. 1948/03), y de ahí que los no alegados en tiempo y forma no pueda ser valorados, no creo que tal consideración pueda extenderse a que cumplida esa carga los defectos u omisiones no puedan ser subsanados lo que claramente pugnaría con el principio de justicia material. Distinto es el caso, y aquí sí se puede alegar el error propio, que se plantea cuando el participante en el proceso selectivo adjunta un certificado de otro organismo público, erróneamente emitido, en que consta un período trabajado inferior y que es valorado correctamente según lo que refleja ya que la diligencia que cabe exigir al aspirante impide valorar un mérito no alegado aún cuando sea cierto (STSJ de Castilla-León de 11 de marzo de 2005, rec. núm. 375/2003).

Estos son, en suma, los argumentos mas frecuentemente utilizados que, como se ha intentado poner de manifiesto en los comentarios y notas a pié de página que nos preceden, parecen admitir cuando menos una réplica. Por ello que la cuestión sea otra ¿Existen argumentos a favor de la aplicabilidad del precepto? Me temo que sí y, en mi opinión, de mayor enjundia y peso específico que los anteriormente analizados. Veámoslos, pues, seguidamente para tratar de alcanzar alguna conclusión válida a la cuestión planteada en este trabajo.

## V. UNA LECTURA ALTERNATIVA DEL PRECEPTO EN SU APLICACIÓN A LOS PROCESOS SELECTIVOS

Como creo que ha quedado suficientemente nítido de la exposición realizada hasta el momento, no se trata aquí de la subsanación, en cualquier caso, de méritos no aportados en tiempo según las bases de la convocatoria o que pudieron haber sido subsanados debidamente porque existía un plazo para ello<sup>30</sup>. Ciertamente no me cabe duda de que han de concurrir dudas razonables y circunstancias ciertamente singulares como indica alguna jurisprudencia para proceder a la subsanación<sup>31</sup>, pero también creo que hay suficientes razones para corregir, vía artículo 71 LPA, posibles deficiencias en los documentos aportados, errores materiales<sup>32</sup>, ausencia de compulsas en documentos aportados<sup>33</sup>,

<sup>30</sup> Como sucede, inclusive, no ya con los méritos sino también con los requisitos para la participación en el proceso selectivo. Véase la STSJ de Granada de 1 de julio de 2009 (rec. núm. 2088/03).

<sup>31</sup> Así lo subraya la STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2010 (rec. núm. 3743/08), si bien no parece que el criterio de circunstancias excepcionales o dudas razonables pueda ser el acogido por la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2010 (Nº 443/08) que hace prácticamente evanescente, con esa argumentación, la subsanación prevista en el artículo 71 LPA al considerar que, respecto de un certificado presentado, pero en el que no constaban las fechas de toma de posesión y cese, procedía la no valoración del mérito aportado. Si esto es así ¿qué grado de aplicabilidad tiene el artículo 71 LPA? ¿En qué pugnaba la igualdad de los participantes en el proceso selectivo con haber valorado, tras su subsanación por el Tribunal, el mérito alegado en el momento procedimental oportuno? ¿Quién es el causante de la duda o el error?. Sin embargo, y en un caso prácticamente idéntico (tampoco constaban la fecha de toma de posesión y de cese), la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 2009 (rec. núm. 839/2005) accede a dicha subsanación.

<sup>32</sup> Como acontece en la STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2011 (rec. núm. 884/09) en que el encabzamiento de un certificado aparecía la propia aspirante, pero el mismo estaba debidamente firmado por el responsable de la unidad competente para certificar.

<sup>33</sup> De sumo interés es, a este respecto, la STS de 5 de marzo de 2007 (rec. núm. 214/2002) que expone que: “SEXTO.- Sobre las cuestiones suscitadas por los demás motivos hemos de decir que la Sala de La Coruña no ha infringido las bases de la convocatoria. Al contrario, ha hecho valer la interpretación procedente de las mismas sin que en esa tarea haya llegado a sustituir a la Administración en el ejercicio de facultades discrecionales, como lo demuestra que le haya devuelto las actuaciones para que resuelva ella misma el concurso-oposición valorando los méritos del Sr. Juan Ramón .

Al proceder de esa manera, no ha vulnerado el artículo 46 , ni ninguno de los otros preceptos mencionados por el Sr. Luis Angel y el Ayuntamiento de Vigo.

o cualesquiera otras circunstancias<sup>34</sup>, que tratándose de vicios formales –que no de fondo o sustanciales como confunde alguna jurisprudencia citada en la

El primero no ha sido infringido porque, en realidad, no se ha llegado a discutir sobre la autenticidad de los méritos del Sr. Juan Ramón avalados por fotocopias sin compulsar. Ese extremo no ha estado en cuestión. De lo que se ha debatido es de si procedía o no aceptarlas como documentación acreditativa que, como sabemos, es lo que exigían las bases para avalar esos méritos. El Tribunal Calificador, sencillamente, prescindió de las fotocopias presentadas por el Sr. Juan Ramón sólo porque no estaban compulsadas sin hacer ninguna otra objeción a las mismas. Sin embargo, tal carencia, en el contexto del concurso-oposición que nos ocupa no tenía por qué comportar por sí sola la ineficacia de ese medio de prueba. De ahí que la Sentencia recurrida considerase riguroso en exceso tal criterio, pues entendió que, si no las consideraba suficientes, debió hacer uso de sus facultades de comprobación, precisamente, en atención a lo dispuesto, además de por la Base IX, por el artículo 46.2 y 3 de la Ley 30/1992 .

Por eso, la Sala de La Coruña subraya las condiciones en las que la Sentencia de este Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1994 (apelación 8078/1992 ), alegada en la contestación a la demanda, consideró ajustado a Derecho el rechazo de unas fotocopias sin compulsar: se trataba de un proceso selectivo en el que no fueron aceptadas después de que el interesado tuviera la oportunidad de corregir el defecto y no la aprovechara. A lo que cabe añadir que la Sentencia de 28 de noviembre de 1998 (casación 3545/1994 ) aceptó como prueba una fotocopia no compulsada cuya autenticidad no fue impugnada por el Abogado del Estado. Y que, más recientemente, la Sentencia de 30 de noviembre de 2006 (casación 4980/2003 ) ha considerado contrario a Derecho el proceder de la Administración consistente en rechazar una fotocopia no compulsada sin requerir al interesado su subsanación si es que no la tenía por válida. Pronunciamientos todos ellos que confirman la corrección de la solución seguida por la Sala de instancia.

Los restantes preceptos mencionados, los artículos 2 y 4 c) del Real Decreto 896/1991 ; 15, 16 y 44.5 del Real Decreto 364/1995, 19.1 de la Ley 30/1984 y 91.2 de la Ley 7/1985 , tampoco han sido vulnerados porque, tiene razón el Sr. Juan Ramón , coinciden en someter los procesos de selección del personal para las Administraciones Públicas a los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a las bases establecidas al efecto y nada en la Sentencia impugnada los pone en cuestión. Mejor dicho, en tanto restablece la interpretación de estas últimas que deriva de sus previsiones y se ajusta al artículo 46 de la Ley 30/1992 , asegura que, efectivamente, sean la ley del concurso-oposición. Es decir, hace que el convocado por el Ayuntamiento de Vigo se desarrolle con arreglo a lo que señalan para que, así, el Tribunal Calificador determine cuál de los candidatos es el acreedor a la plaza objeto del mismo por mérito y capacidad. Por lo demás, está claro que la Sentencia de La Coruña no abre una nueva fase de presentación de documentos, ya que se limita a recordar el cauce que el Tribunal Calificador tiene para hacer las comprobaciones que considerase necesarias, cosa bien distinta.

En cuanto a la Sentencia nº 481/1998 , debemos comenzar señalando que ella misma precisa cuál es el objeto del enjuiciamiento que lleva a cabo en términos positivos y negativos. Positivamente, dice que el proceso al que puso fin tenía como objeto determinar si se había infringido el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 , lo que suponía comprobar si a alguno de los demás participantes en la convocatoria se le aceptaron fotocopias sin compulsar mientras se le rechazaban al Sr. Juan Ramón . Así, lo que decía esa Sentencia es que tal extremo no se había probado y, por eso, desestimó el recurso. Negativamente, porque advertía que no correspondía examinar en aquella ocasión las infracciones a la legalidad ordinaria y, en particular, a lo previsto en las bases, que pudieran haberse producido.

En consecuencia, ambas Sentencias de la Sección Primera de la Sala de La Coruña, aunque se ocupan del mismo acto administrativo a instancias del mismo recurrente, lo hacen desde perspectivas diferentes y, por eso, no entran en contradicción ya que no la hay entre afirmar que no se ha demostrado la infracción del derecho fundamental a acceder a la función pública en condiciones de igualdad conforme a las leyes porque no consta una desigualdad en el trato dado a los participantes y mantener, al mismo tiempo, que no se respetaron las bases del concurso en lo relativo a qué debe entenderse por documentación acreditativa de

calificación de los mismos- su no subsanación pugnaría con el principio de justicia material y con una correcta interpretación del alcance del principio de igualdad y del contenido del artículo 23 de la CE. En definitiva, creo que es razonable y preciso distinguir entre alegación del mérito y acreditación del mismo y es, en este último aspecto, donde ha de determinarse el alcance de la aplicación del artículo 71 de la LPA<sup>35</sup>.

Razones creo que hay suficientemente para ello. Demos cuenta de ellas.

- A) Principio de inderogabilidad singular: los artículos 51 y 52 LPA y la aplicabilidad del artículo 71 LPA en sentido amplio al supuesto que nos ocupa.

Como hemos tenido ocasión de comentar uno de los argumentos de los que se parte, a fin de no admitir la subsanación que se solicita, parte de la superior autoridad de las bases de la convocatoria y su respeto por todos los intervinientes en el proceso selectivo. Creo que nada hay que oponer respecto de la vigencia y la utilidad de este clásico paradigma en los procesos selectivos. Otra cosa es que el mismo tenga un alcance absoluto y, por ello, no es menos cierto que, como con ocasión de otros supuestos ha sucedido, el mismo también puede y debe ser matizado en este punto. El contenido del artículo 71 de la LPA no puede ser dejado sin efecto por una norma de rango reglamentario o cualquier otra disposición administrativa<sup>36</sup>. No cabe, por decirlo de una vez, hacer

---

los méritos alegados. Esa diferente aproximación excluye, por tanto, que se haya producido una desigualdad en la aplicación de la Ley”.

<sup>34</sup> A título de ejemplo, y de la un tanto errática doctrina jurisprudencial que comentamos, la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de septiembre de 2007 (rec. núm. 191/2006), sin embargo, admite no ya la subsanación de algún error en el documento aportado, sino inclusive el derecho de subsanación cuando lo que se acompaña es la solicitud de dicho mérito a otro organismo.

<sup>35</sup> Así lo realiza con acierto, desde mi punto de vista, la STS de 28 de abril de 2006 que, tras distinguir entre acreditación de requisitos preceptivos de participación y de méritos valorables, argumenta que la clave está en la alegación y acreditación, aún defectuosa, del mérito de cuya valoración se trate que, en este caso, siendo evidente para el tribunal su defectuosa acreditación por razón de la lengua en que fue expedida la correspondiente certificación sin que, pese a ello y a las reclamaciones de la recurrente, ni siquiera resueltas, se le concediera plazo para la correspondiente subsanación, la mera interpretación literal de la nota tercera del Anexo I de las bases de la convocatoria, en que se funda la Administración, es desproporcionada a la finalidad de la propia convocatoria y al sentido del art. 36 de la Ley 30/92.

<sup>36</sup> Así lo establece expresamente la STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2005 que indica “Y por ello la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo anula la norma reglamentaria por cuanto se está limitando los derechos o situaciones jurídicas favorables al administrado establecidos por una Ley -en este caso, la posibilidad procedimental de subsanar la no aportación inicial de un documento preceptivo para evitar una declaración de inadmisión-, y porque, también está rompiendo la coherencia interna del orde-



depender la aplicabilidad o no del artículo 71 de lo que las Bases tengan a bien disponer<sup>37</sup>. Tampoco cabe, a mi juicio, que su alcance puede ser interpretado en forma restrictiva ya que, precisamente, el espíritu de éste es justamente lo que impide<sup>38</sup>.

Razonamiento que se mantiene y que tiene como inmediata consecuencia que deba ser excluida, o al menos no tenida en cuenta, cualquier disposición de las bases de la convocatoria que anulen un derecho consagrado por el ordenamiento jurídico pues las bases de la convocatoria, ya se consideren disposición administrativa o acto administrativo, no reúnen rango jerárquico suficiente para hacer inaplicable el mismo<sup>39</sup>.

---

namiento que, cual directriz interna, viene predeterminada por la anterior norma con rango de Ley, pues ambas normas -ley y reglamento- constituyen dos instrumentos normativos pero que se integran en único cuerpo dotado de unidad interna; esto es, no solo por su subordinación de rango, sino por su necesaria coherencia con el sistema establecidos en la norma legal...”

<sup>37</sup> Como erróneamente, desde mi punto de vista, establece la STSJ de Cantabria de 14 de octubre de 2008 (rec. núm. 600/2007).

<sup>38</sup> La STS de 20 de mayo de 2011 (rec. núm. 3.481/2.009) califica de “literalista” una interpretación restrictiva que no se corresponde con el espíritu del precepto. Esa visión amplia se consolida desde la STS de fecha 14 de septiembre de 2004 (rec. núm. 2400/1999 y se ratificó en SSTS de fecha 4 de mayo de 2009 (rec. núm. 5279/2005), 31 de diciembre de 2009 (rec. núm. 1842/2007) y 28 de septiembre de 2010 (rec. núm. 1756/2007).

<sup>39</sup> Así lo estima, con coherencia difícil de rebatir, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de febrero de 2013 (rec. 5/2013) que explica en su Fundamento Quinto .- En este punto, hemos de precisar que la Sentencia apelada y la Administración se aferran a la Base Decimoquinta de la convocatoria que dispone al ocuparse de las Normas sobre cumplimentación de instancias: “Al consignar las peticiones, cualquier dato omitido o consignado erróneamente por la persona interesada no será susceptible de subsanación y no podrá ser invocado por ésta a efectos de futuras reclamaciones, ni considerar por tal motivo lesionados sus intereses y derechos. Finalizado el plazo de solicitudes por ningún concepto se alterará su petición, ni aún cuando se trate del orden de prelación de las plazas solicitadas. Cuando los códigos resulten ilegibles, estén incompletos o no se coloquen los datos en la casilla correspondiente se considerarán no incluidos en la petición y no serán subsanables, perdiendo todo derecho a ellos los concursantes”.

Estamos ante una cláusula de estilo en las convocatorias de esta naturaleza, que por su carácter de concurrencia masiva, unido al tratamiento informático, y para evitar rectificaciones caprichosas o extemporáneas, declara la insubsanabilidad absoluta de las instancias.

Pues bien, señalaremos que una convocatoria, en cuanto acto administrativo general es inidónea para excluir de plano la posibilidad de subsanación de las solicitudes por contravenir los términos e interpretación del art. 71 de la Ley 30/1992 . Las cláusulas universales de exoneración de responsabilidad no solo no tienen cabida en el ámbito de los consumidores sino que no son admisibles en relación a los usuarios de servicios públicos o administrados puesto que la negación automática y de plano de toda posibilidad de subsanación afecta directamente al derecho a una resolución motivada y con ello, indirectamente se lesionaría al derecho a la tutela judicial efectiva del art.24 de la Constitución , ya que malamente podrá controlarse si la decisión final de la Administración es motivada y congruente si se negó la posibilidad de alegar y probar en vía administrativa lo que realmente se pedía.

- B) Principio de proporcionalidad y racionalidad de la actuación administrativa en la apreciación del mérito y la capacidad de los participantes<sup>40</sup>.

No parece que pueda haber duda de que la exclusión de la subsanación, en todo caso y sin matices, parecería contrario a la necesaria proporcionalidad en la actuación administrativa y la racionalidad que debe imperar en la aplicación de requisitos formales, sobre todo cuando, como en el caso acontece, se dificulta con dicha opción la apreciación del mérito y la capacidad de los participantes.

De esta forma, no parece que haya que poner en cuestión que los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria, y que además recae sobre ellos la carga de aportar la documenta-

---

Una cosa es que los datos consignados sean vinculantes para los solicitantes y que no admitan rectificación por razones de oportunidad o por error interpretativo exclusivo del participante ( supuestos en que la Administración y la Sala admite la válida aplicación de tal estipulación Decimoquinta), y otra muy distinta cerrar el paso a la posibilidad de rectificación o subsanación cuando la propia Administración ha contribuido a forjar el error por unas bases ambiguas o ha provocado con sus propios actos la confianza legítima en la aspirante para después defraudarla ( supuestos en que no puede oponerse la citada estipulación Decimoquinta). De los términos de las bases y la solicitud, no tenemos duda de la buena fe y lectura de las bases por parte de la recurrente en el sentido de que consignando la casilla como "Itinerante" no estaba renunciando a otros destinos distintos en Galicia sino al contrario, extendiendo su solicitud a la eventualidad de que tales plazas fueren calificadas como "itinerantes". Y como tal buena fe fue propiciada por la propia actuación de la Administración ( eludiendo la predeterminación de las plazas con tal carácter) y por las propias bases (ningún inciso expresamente avala la interpretación de exclusividad por el solo hecho de rellenar tal casilla), hemos de estar a los esenciales principios pro actione y pro cives en la vertiente de interpretación mas favorable para la efectividad del derecho al acceso a cargos y empleos públicos del art.23.2 CE que se proyecta también en promoción y concursos de movilidad. Y en consecuencia, se imponía facilitar la subsanación o rectificación, sin limitarse la Administración a escudarse en una aplicación leonina de las Bases o en la fría tecnología informática que si no es supervisada bajo pautas de sensibilidad puede conducir a injusticias clamorosas.

<sup>40</sup> Principios plenamente aplicables a estos supuestos. Y así lo hace el Tribunal Supremo que en Sentencia de fecha 4 de mayo de 2009 (Recurso de Casación 5279/2005 ), desestimó un recurso de casación contra una Sentencia que aplicó el art. 71 Ley 30/1992 en un recurso administrativo y sostiene (Fundamento de Derecho Tercero) que: «La infracción denunciada no puede ser compartida, ya que el razonamiento que la Sala de instancia ha seguido no significa ignorar o desatender el carácter vinculante de las bases de la convocatoria.

Lo que hace la sentencia recurrida es interpretar aquel requisito con un criterio de racionalidad (deducible de lo que dispone el artículo 103 CE).

Pero debe destacarse también que esos criterios de racionalidad y proporcionalidad, que antes se han apuntado, no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance. Cuando esto último suceda lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber ocurrido.»

ción en los términos que establezcan dichas bases. Y es que, sin duda, si así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa, distinto parece ignorar de forma absoluta los criterios de racionalidad y proporcionalidad que han de regir la actividad administrativa<sup>41</sup>. Criterios de actuación que, como antes se ha apuntado, no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance y, cómo concluye alguna jurisprudencia, cuando esto último suceda lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber incurrido<sup>42</sup>.

En definitiva, cuando es manifiesta la desproporción entre el defecto advertido, ya se trate de la ausencia de algún dato o de alguna verificación exigida a los documentos que se aportan, y la consecuencia que se produce —no va-

---

<sup>41</sup> Así lo hace la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de febrero de 2013 (rec. 5/2013) que argumenta en relación a dichos extremos que:

Pues bien consideramos que la Administración ha actuado con rigidez y rigor desproporcionado en las concretas circunstancias del caso.

A) La voluntad material de la recurrente de obtener destino en Galicia, desde su actual destino en Toledo, es incontrovertida y se deriva del hecho concluyente de solicitar nada menos que 190 plazas en la Comunidad gallega. Igualmente, es patente que el carácter de “itinerancia” no lo alzaba la recurrente como condición necesaria, lo que se deriva de un dato cuantitativo y cualitativo. El dato cuantitativo de que resultaría prácticamente imposible que las 190 plazas fueren itinerantes dado el carácter especial y casi excepcional de las mismas. Y el dato cualitativo de que la propia naturaleza de tales destinos, sometidos a unas condiciones de movilidad y carga transitoria o inestabilidad, restan su apetencia al común de los funcionarios, con lo que es difícil adivinar que razón objetiva puede alguien tener para optar exclusivamente a las plazas itinerantes y no a las ordinarias.

B) La voluntad formalizada de la recurrente se asienta en estampar la marca en la quinta casilla destinada a “Código de itinerancia” para todas las plazas indicadas.

C) Así la discordancia entre la “voluntad real” y la “voluntad declarada” tiene la naturaleza de error. Y tal error es padecido por la recurrente.

Pues bien, con carácter general, los errores padecidos por los aspirantes al cumplimentar las convocatorias cuyos términos son claros y completos, deben ser soportados por aquéllos, y sin que la Administración tenga que brindar plazos de subsanación cuando se enfrenta a una voluntad declarada en términos que puede seguir el procedimiento hacia la decisión final, aunque pudiere derivar hacia resultados no apetecidos por quien cometió el error.

Sin embargo, y aquí radica la singularidad del presente caso, es pacífico y aceptado por la Administración (y declarado en la sentencia apelada) que al tiempo de la convocatoria y durante el plazo de formular solicitudes no se habían determinado ni conocido las plazas que tenían carácter itinerante. O sea, la aspirante ha de tomar la decisión de optar a las plazas sin un dato esencial, cual es si las mismas tienen o no carácter itinerante.

<sup>42</sup> STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2010 (rec. núm. 3743/08) y STS de 14 de septiembre de 2004 (rec. núm. 2400/1999)

loración de un mérito que concurre de forma efectiva en el participante- lo procedente será subsanar el error padecido.

Pero es más, desde mi punto de vista, no sólo en el supuesto de la existencia de una duda razonable en cuanto al contenido de los documentos que deben ser aportados por los participantes se debe dar lugar a admitir dicha subsanación. No faltaría más en estos casos. Es que inclusive, y precisamente en base a dichos principios, también debe admitirse en caso de ausencia de requisitos formales aunque los mismos no dejasen dudas al respecto pero su entidad fuera menor, como la ausencia de un sello de inscripción<sup>43</sup>, o la falta de un visto bueno a un certificado por un órgano o funcionario<sup>44</sup>. En general, y al menos desde mi punto de vista, deben ser tuteladas las pretensiones de los participantes en los distintos procesos selectivos para el ingreso a la función pública de que sean tenidos en cuenta los méritos que alegaban cuando existan cualesquiera omisiones<sup>45</sup>, eso sí siempre que hubieran sido aducidos y justificados documentalmen- te en el momento establecido<sup>46</sup>, aunque esa justificación hubiera de ser aclarada o subsanada ulteriormente. Desde la posición que se mantiene, en todos esos casos, no estamos sino ante requisitos exigidos que deben ser calificados como de subsanables respecto de la solicitud inicial.

### C) Infracción de la confianza legítima y la buena fe de los participantes.

Y es que, en efecto, en ocasiones con tal proceder también se pueden infringir los citados principios. Y se produce cuando la confianza legítima de los aspirantes, unida a los propios actos de la Administración (convocatoria oscuras y difícilmente interpretables en un único sentido), colocan a los aspirantes en un escenario de incertidumbre que es determinante para inducir al mismo a la comisión de un error en la presentación de las acreditaciones o en lo que realmente se solicita sin ofrecerle la posibilidad de subsanar o aclarar la posible ambigüedad de su solicitud o la acreditación del mérito respectivo, con el fin de que en el plazo de subsanación al efecto, pueda confirmar los extremos requeridos, ya se trate de aclarar lo que se solicita, ya la de acreditar aquellos extremos insuficientemente alegados<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> STS de 10 de junio de 2009 (rec. núm. 3244/2006).

<sup>44</sup> STS de 24 de enero de 2011 (rec. núm. 344/2008).

<sup>45</sup> Así se afirma de forma expresa en la STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2010 (rec. núm. 960/2.007).

<sup>46</sup> STSJ de Castilla y León de 18 de enero de 2004 (rec. núm. 2556/2004).

<sup>47</sup> Así lo hace la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de febrero de 2013 (rec.

D) La interpretación del término “legislación aplicable” contenida en el artículo 71 LPA.

Ya se ha apuntado cómo, en ocasiones, la jurisprudencia que niega la subsanación de los documentos acreditativos de los méritos de los participantes alude a la solicitud de iniciación, y a los requisitos de ésta establecidos en el artículo 70, para justificar la no posibilidad de subsanación de los mismos. Creo, sinceramente, que una correcta interpretación del artículo 71 LPA exige hacer hincapié en la totalidad del texto del precepto que no sólo prevé la subsanación respecto de los requisitos establecidos en el artículo 70, sino de todos aquellos que resulten de la legislación específica aplicable al caso concreto que es objeto de tramitación.

---

5/2013) que indica que este proceder de la Administración resulta sorprendente y anómalo; anómalo por menoscabar la seguridad jurídica, ya que el derecho elemental de quien toma la decisión de cambiar de destino profesional es saber las características esenciales de las plazas a que opta, o sea, conocer de antemano las opciones, expectativas y metas previsibles; sorprendente, ya que al tiempo de la convocatoria al menos existe un núcleo de plazas vacantes cuya oferta puede saberse con certeza y en cambio la Administración parece optar por reservarse para un momento ulterior a la preclusión del plazo de solicitudes, la determinación de las plazas y los adjudicatarios ( ello sin perjuicio claro está, de que pudieran incorporarse posteriormente vacantes sobrevenidas u otras incidencias).

Esta singular circunstancia convierte la opción de la recurrente expresando su aparente interés en plazas únicamente “itinerantes” en una solicitud de contenido imposible como imposible sería la adjudicación de plazas inexistentes, ocupadas o no ofertadas. Además tal situación es imputable a la Administración porque brinda un tipo de plazas (itinerantes) que posteriormente no serán ofertadas.

En esas condiciones el principio de confianza legítima de los aspirantes ( posibilidad de ofertarse plazas “itinerantes”) unido a los propios actos de la Administración ( la convocatoria se ocupa de la forma de cumplimentar las solicitudes de itinerancia, sin aclarar durante el plazo de instancias qué plazas de las distintas especialidades tenían tal carácter), colocan a la aspirante en un escenario de incertidumbre que llevaba al menos, a que si finalmente ninguna plaza tiene carácter itinerante ( y siendo patente la voluntad material de obtener destino en Galicia) a ofrecerle la posibilidad de subsanar o aclarar la posible ambigüedad de su solicitud, con el fin de que en el plazo de subsanación al efecto, pueda confirmar los términos de su apetencia ( si exclusivamente quería destinos de “itinerancia” o cualquier otra plaza de otro carácter, siempre que una u otra estuviese en Galicia).

Si la Administración finalmente hubiere declarado la existencia de tan sola una plaza de itinerancia en la especialidad de la recurrente (aunque la hubiera obtenido preferentemente otro aspirante) podría sostenerse que no vulneró la confianza legítima de aquella y que su instancia era potencialmente idónea para aceptando las reglas del juego competitivo, optar a la misma. Pero no es el caso, puesto que la Administración ofrece un escenario de potencial oferta de plazas itinerantes, que lleva a la solicitante a solicitar nada menos que 190 plazas para enfrentarse posteriormente a la negativa absoluta de plazas con tal carácter.

Y sígue indicando en el Fundamento Sexto que: Bajo tales premisas y volviendo al caso de autos, hemos señalado que la recurrente ha actuado de buena fe, bajo la confianza legítima sentada por la Administración ( art.3 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre , de Administraciones Públicas) y ésta no ha actuado con la diligencia exigible, ya que ni indicó durante el plazo de instancias las plazas itinerantes ( art.73.3 , 78.1 y 89 Estatuto Básico del Empleado Público), ni brindó plazo de subsanación ( art.71 Ley 30/1992 ) cuando se percató de que ninguna era de la especialidad de la recurrente.

Parece obvio que el precepto, no podría hacerlo tampoco ya que la materialización de una reserva de ley sólo compete al bloque de constitucionalidad, no se refiere con el término legislación aplicable a una Ley en sentido formal. Con el término legislación aplicable, en mi opinión, el precepto se refiere al sistema normativo que rige el concreto procedimiento de que se trate en el que, precisamente en razón de que las bases de la convocatoria son la denominada “ley del concurso”, han de entenderse incluidas éstas. De esta forma, no parece sino que deba concluirse que los requisitos exigidos para la valoración de los méritos aportados por los participantes en el momento procedimental oportuno, y no sólo para la admisión de los participantes ya que respecto de éstos ya existe un trámite específico previsto en la normativa de acceso al empleo público, se incluyen en la ratio del precepto lo que determina su necesaria subsanación.

- E) La aplicación al caso planteado de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración: los artículos 35 e) y f) de la LPA.

Asimismo, es de tener en cuenta que, de nuevo, y aún cuando las bases de la convocatoria establezcan las consideraciones que estimen oportunas en orden al desarrollo del proceso selectivo, las mismas encuentran un límite en el propio ordenamiento jurídico y, por consecuencia, no pueden hacer inaplicables en los procedimientos de selección los derechos de los ciudadanos establecidos en el sistema normativo y, en concreto, respecto del caso que nos ocupa los artículos 35 e) y f) de la LPA<sup>48</sup>.

En efecto, como sabemos, por una parte, el artículo 35 e) establece el derecho de formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia –se entiende que sin vulnerar el principio de igualdad que rige en los procedimientos competitivos-, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente y, por otra, el apartado f) del artículo 35 de la Ley 30/1992 reconoce que el ciudadano tiene derecho a no reiterar la presentación de una documentación que ya se encuentra en poder de la Administración actuante<sup>49</sup>. Ni la sumisión a las bases de la convocatoria de los participantes en el proceso selectivo, que es una cosa bien distinta

---

<sup>48</sup> Afirmación de su aplicabilidad que no siempre está presente en la jurisprudencia. Puede verse, en este sentido, la STSJ Extremadura de 14 de marzo de 2006 (rec. núm.16/2004).

<sup>49</sup> Así se realiza en la SSTS de 18 de febrero de 2009 (rec. núm. 8926/2004) y de 27 de mayo de 2010 (rec. núm. 1719/2007) o en la STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2010 (rec. núm. 960/2.007). Así esta última sentencia alude a que “Debe recordarse que este artículo 35 f) de la Ley 30/1.992 , al igual que

y que no justifica prescindir del resto del ordenamiento jurídico, ni el argumento subyacente en otras resoluciones jurisdiccionales de que ello suponga un grave obstáculo y una gran dificultad para la Administración en el desarrollo del proceso selectivo, parece que puedan hacer inaplicables estos derechos<sup>50</sup>. Como decimos, eso sí y sin restricciones, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

- F) La aplicación del precepto debe obedecer a la mayor efectividad del derecho fundamental contenido en el artículo 23 CE.

No sólo la solución que se propugna no es contraria al contenido del principio de igualdad de los participantes en el proceso selectivo, sino que, precisamente, la interpretación del precepto en el sentido indicado no hace sino dar mayor efectividad al contenido material del derecho fundamental contenido en el artículo 23 CE, es decir, el acceso en condiciones de igualdad al empleo público de acuerdo con el mérito y la capacidad de los participantes<sup>51</sup>, aserto este último que no quedaría garantizado si méritos alegados en plazo por los participantes fuesen desestimados por no reunir algún requisito formal.

Desde nuestro punto de vista tal actuar, obviando o no constatando la realidad de los hechos<sup>52</sup>, desconocería los principios de mérito y capacidad en una

---

el artículo 71 tantas veces citado del propio Cuerpo Legal, contienen una manifestación del principio “pro actione” del que está imbuida toda la Ley procedimental, - que, como es sabido, se configura como una norma claramente antiformalista donde se pretende primar el acierto y la justicia material de la decisión administrativa -, cual es la utilización de distintos medios, dirigidos a conseguir aquel objetivo, y que no es otro que el flexibilizar los trámites de los procedimientos administrativos, de tal manera que los defectos formales que afecten a las actuaciones del interesado no supongan la pérdida irreversible de las posibilidades de hacer valer su derecho, no pudiendo perderse de vista que aunque, es cierto que las Bases de la convocatoria de un proceso selectivo constituyen la auténtica ley por las que el mismo debe regirse, es obvio que tales Bases no existen aisladas del resto del Ordenamiento jurídico, al cual deben acomodarse y conforme al cual deben siempre interpretarse e integrarse”.

<sup>50</sup> Así lo resuelve la STS de 20 de abril de 2009 (rec. núm. 4522/2005), bien es cierto que el TS también razona que el derecho de no aportar documentación que ya esté en poder de la Administración, cuando se trate de una organización dotada de personalidad única, no se podrá hacer valer ante toda la Administración, sino sólo respecto de la que actúa.

<sup>51</sup> La Sentencia de 18 de febrero de 2009 (rec. núm. 8926/04) señala que la interpretación y aplicación de las bases de la convocatoria debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2 CE y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto constitucional que acaba de mencionarse

<sup>52</sup> Actuación favorecedora de constatar la realidad de los hechos por parte de la Administración que, asimismo, avala el propio Artículo 39 bis -introducido por la Ley 25/2009- y el artículo 41 LPA.

interpretación favorable a los mismos del artículo 23 CE respecto del supuesto objeto de análisis y, como indica alguna jurisprudencia, estaríamos ante un supuesto de aplicación desproporcionada, no justificada objetivamente y que conduce, finalmente, a un supuesto de discriminación<sup>53</sup>.

## VI. A MODO CONCLUSIVO: ¿ARBITRIO O ARBITRARIEDAD JUDICIAL?

El Profesor NIETO ha puesto de manifiesto algo que por sabido no es menos oportuno recordar aquí. Afirma dicho autor que los paradigmas tradicionales de funcionamiento de la justicia no sirven para explicar el verdadero fun-

---

<sup>53</sup> Es la opinión que mantiene la STS de 27 de enero de 2010 (rec. núm. 5955/2007) que, junto a considerar que la desestimación de dichos méritos puede ser objeto del procedimiento especial en materia de derechos fundamentales, subraya que la doctrina constitucional exige que la “interpretación y aplicación que se haga de la normativa aplicable a las pruebas de acceso a la función pública, se haga sin producir situaciones discriminatorias no justificadas objetivamente, o desproporcionadas -art. 14 y 23.2 - o que, conduzcan al desconocimiento de los principios de mérito y capacidad -art. 103.3, CE -, o que pueda tacharse de arbitraria, pues la Sra. Inocencia había aportado a lo largo de las actuaciones prueba documental bastante para que se aplicaran a su favor los méritos previstos en la base tercera, punto 3.1.b) y 2.1.2 de la convocatoria, pues en contra de lo que se dijo en la sentencia como razón de ser de la decisión a que llegó, el estudio y enjuiciamiento de la interpretación que se hizo por la Administración de la indicada base y elementos probatorios, sí que constituía una cuestión susceptible de ser enjuiciado a través del procedimiento especial de amparo judicial de los arts. 114 sgs. de la LJCA, pues la posible actuación arbitraria de la Administración al interpretar las bases de la convocatoria y la prueba aportada para reconocer la existencia de hechos acreditativos de la interpretación propugnada por el concursante, podía afectar al mérito y capacidad -art. 103.3 -, del concursante, y a los arts. 14 y 23.2, de la CE, en cuanto que tal postura administrativa llevaba a evitar el juego de esos principios constitucionales, de inexorable observancia según el TC, y a situar en una postura desigual y objetivamente desproporcionada al que como la recurrente pretendía aducirlos, frente a los demás concursantes, que según dijo la actora en la demanda (página 12) se les había aplicado el baremo y valorados los méritos, hay que entender, que justificaba, según la base tercera, punto 3.1.b) <<un informe de vida laboral y copia de contratos que detallan la categoría profesional en lo que se prestaron los servicios>>. Dado que forzosamente debe calificarse de arbitraria la actuación administrativa, reflejada al resolver la alzada, de no considerar bastante la documental aportada al respecto por la actora, porque no se presentaba un certificado oficial de la empresa, o porque el informe de la vida laboral reflejaba una cotización a la Seguridad Social no correspondiente a la categoría de Auxiliar, siendo así que el examen atento de dicha documental sí refleja que durante el periodo que va desde el 1 de Diciembre de 1974 al 31 de Mayo de 1996, la entonces actora había cotizado por el epígrafe 07, correspondiente a auxiliar, en empresas del grupo Uralita, y en las fechas anteriores desde 1971, en otras empresas quizá no pertenecientes a ese grupo empresarial, pero que la actora dice eran similares realizando funciones de auxiliar y la Secretaria de la SS (folio 45 exp.), admite al informar que eran asimilables a la reclamada. Sin que, según puede comprobarse por la literalidad de la base, en la misma se diga que la acreditación no pueda hacerse mediante la prueba de que el contrato fuera verbal y no suscrito en contrato oficial. Ello en una interpretación favorable al actor, para dar efectividad al derecho fundamental del art. 23.2.CE, que no ha de olvidarse actúa, con la mayor intensidad en el momento de acceso a la función pública (Subsanación 37)”.



cionamiento de ésta última<sup>54</sup>. Es decir, y por resumir con brevedad la posición de dicho autor, que concebir la función judicial como mera aplicación de la ley no se ajusta a la realidad. Que no nos es posible aprehender el funcionamiento del Derecho, y más que ello, su aplicación práctica en los tribunales de justicia, si no aceptamos la existencia de un arbitrio judicial (actividad lícita) que ha de deslindarse de la arbitrariedad (actividad ilícita).

Ciertamente no creo que estemos ante un supuesto de arbitrariedad en la aplicación de la doctrina en interés de ley citada. También soy consciente de la diversa casuística que se plantea a propósito de la actuación de los tribunales en estos supuestos y de la dificultad de establecer criterios uniformes para todos los casos que habitualmente se plantean. Igual podría decirse de la necesidad de adoptar medidas para agilizar, en la medida de lo posible, la ejecución de los procesos selectivos. Y, asimismo, también soy conocedor de los mecanismos procesales existentes en nuestro ordenamiento para reconducir sentencias divergentes dictadas en supuestos idénticos.

Ahora bien, al menos en la misma medida estimo que se ha puesto de relieve la carencia de un razonablemente exigible criterio uniforme en la aplicación de la institución de la subsanación en méritos presentados por participantes en procesos selectivos y, como consecuencia de ello, la existencia de sentencias contradictorias para supuestos similares cuando no idénticos. Ello a pesar de la doctrina legal de la que se dio cuenta oportunamente. De ahí también, y como propuesta a considerar, la oportunidad de articular un trámite de subsanación para méritos alegados por los participantes en los supuestos que han sido objeto de comentario que bien podría quedar recogido en las normas procedimentales que articulan los procesos selectivos en nuestro ordenamiento jurídico. Ningún bien jurídico creo que sería puesto en cuestión por esa medida –inclusive así se prevé en numerosas convocatorias a través de una calificación provisional–, que reconduciría, en forma más cierta en mi opinión, la actuación judicial a un lógico y comedido arbitrio siempre necesario en la aplicación del ordenamiento jurídico.

---

<sup>54</sup> NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000. Asimismo, resulta conveniente la consulta de TOLIVAR ALAS, L., *Derecho administrativo y poder judicial*, Tecnos, 1996.



# **Competencia funcional, alcance y procedimiento en las autorizaciones judiciales de entrada para la ejecución forzosa de actos administrativos y en las autorizaciones judiciales para protección de la propiedad intelectual vulnerada desde servicios de la sociedad de la información**

*José Luis Márquez Diéguez*

Letrado de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla  
Profesor Asociado de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL EN LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES PARA LA EJECUCIÓN FORZOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS: 1. Estudio analítico de supuestos generales; 2. La excepcionalidad de los supuestos de ejecución de actos administrativos de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de contenidos que vulneren la propiedad intelectual. III. ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO PARA SU EJERCICIO: 1. Objeto y límite de la intervención judicial: control limitado del juez para adecuarse a la precisa función de su intervención; 2. Procedimiento para el otorgamiento de autorización judicial en los supuestos generales; 3. Procedimiento para la concesión de autorización judicial en los casos de reacciones administrativas ante lesiones a la propiedad intelectual causadas a través de servicios de la sociedad de la información. IV. CONCLUSIONES.

## RESUMEN:

Las Administraciones Públicas, cuando pretenden ejecutar de modo forzoso actos administrativos y para ello resulta necesario acceder al domicilio de los

interesados, están legalmente obligadas con carácter general a solicitar autorización judicial de entrada. Estas autorizaciones judiciales presentan ciertas dificultades en cuanto a la determinación de qué concreto órgano judicial ostenta la competencia funcional para otorgarla en cada caso, cuál es el alcance de la intervención judicial en estos casos y qué procedimiento ha de seguirse para la tramitación de estas autorizaciones judiciales. Por otra parte, especial singularidad en esos mismos aspectos revisten las autorizaciones judiciales para la ejecución forzosa de actos administrativos destinados a proteger derechos de propiedad intelectual que eventualmente se puedan ver vulnerados a través de servicios de la sociedad de la información.

Palabras clave: autorización judicial, ejecución forzosa, actos administrativos, competencia funcional, protección de la propiedad intelectual, servicios de la sociedad de la información.

#### ABSTRACT:

Public administrations, when they seek to forcibly carry out administrative acts and for this purpose it is necessary to access to the domicile of the interested parties, are legally obliged generally to request a judicial authorization of entry. These judicial authorizations presented certain difficulties in the determination of which particular court holds the functional competence to grant it in each case, what is the scope of judicial intervention in such cases and which procedure has to be followed for the processing of these judicial authorizations. On the other hand, in those same aspects is special uniqueness of the judicial authorizations for the enforcement of administrative acts intended to protect intellectual property rights that may eventually be violated through the information society services.

Keywords: judicial authorization, enforcement, administrative acts, functional competence, intellectual property protection, the services of the information society.

## I. INTRODUCCIÓN

En no pocas ocasiones, las Administraciones Públicas se ven en la obligación de ejecutar de modo forzoso numerosos actos administrativos que previamente han dictado ante la desatención de lo resuelto en los mismos por parte de los administrados a quienes se dirigen y quienes, consecuentemente, son los obligados *prima facie* a darles cumplimiento.

El principio de autotutela ejecutiva garantiza a la Administración Pública, previo apercibimiento, la ejecución forzosa de sus propios actos. Este principio se halla reconocido con carácter general en los artículos 56, 57, 94 y 95 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), si bien el último de los preceptos citados excepciona los supuestos en que la Constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales.

Es bastante frecuente que para la ejecución forzosa de esos actos administrativos resulte necesaria e inevitable, como única forma de llevarla a cabo, la entrada en domicilio y, a estos efectos, el artículo 96.3 LRJPAC dispone que si, para la ejecución forzosa de un acto administrativo, fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial, por exigencia del artículo 18.2 CE<sup>1</sup> como garantía de que la afeción que se realice al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el apartado 1 del mismo artículo 18 esté absolutamente justificada y resulte la mínima imprescindible, apreciadas ambas circunstancias por un órgano judicial (por todas, STC núm. 144/1987 [RTC 1987\144]). La Constitución Española de 1978 incorpora de esta forma la protección del domicilio que ya se encontraba contemplada en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

El alcance de los mencionados apartados 1 y 2 del artículo 18 de nuestra Carta Magna se definió perfectamente por el Tribunal Constitucional ya en Auto núm. 129/1990, de 26 de marzo (RTC 1990\129) que citaba sentencias anteriores del propio Tribunal Constitucional<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La STC de 30 de noviembre de 1992 (RTC\1992\211), reproduciendo otra anterior, es concluyente al afirmar que “... también en las «entradas administrativas» es menester la autorización judicial prescrita por el art. 18.2 de la Constitución que no establece excepciones a la garantía procesal que introduce”.

<sup>2</sup> Esta STC reza así en su FD 3º:

“En el enunciado del art. 18.2 de la Constitución («El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento de titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito»), este Tribunal ha identificado dos reglas distintas: una primera regla de carácter genérico o principal, que define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecida «para garantizar el ámbito de la privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública»; otra segunda regla, aplicación concreta de la primera y, por ello, de más reducido contenido, que «establece un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial». La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido

Por otra parte, es importante hacer notar que el alcance espacial a que se refiere el artículo 8.6 LJCA no se limita al domicilio de las personas físicas, sino que se extiende a otros lugares en los que el acceso requiera igualmente el consentimiento de su titular<sup>3</sup>.

Efectuadas las anteriores precisiones, resulta evidente que la Administración conserva la potestad para ejecutar los actos administrativos con sus propios medios, pero el juez debe comprobar previamente que con el ejercicio de esta potestad no se lesionan derechos y libertades fundamentales, esencialmente el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, por lo que al juez corresponde encontrar un adecuado equilibrio entre los derechos de los administrados que hayan de verse afectados (el ya repetido derecho a la inviolabilidad del domicilio) y la necesaria eficacia en la actuación de las AAPP cuando tutelan los intereses generales (STC de 15 de octubre de 1997). Se trata de un equilibrio consustancial al Estado de Derecho mismo, en el que, si bien las AAPP están investidas de potestades que las coloca en una posición de privilegio en sus relaciones jurídicas con los ciudadanos en razón de los superiores intereses generales que defienden, esas potestades no pueden tener un carácter omnímodo e incontrolado, sino que han de estar revestidas de suficientes ga-

*como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental (STC 22/1984, fundamento jurídico 5.º).*

*De las dos reglas expuestas, la segunda es la que directamente entra aquí en juego, y de su contenido interesa precisar que, salvo caso de flagrante delito, sólo dos títulos habilitan la entrada por la autoridad pública en domicilios particulares, el consentimiento del interesado o la autorización judicial y, asimismo, que de estos dos títulos el primero es más débil que el segundo, por cuanto no sólo en defecto de consentimiento del titular, sino también en contra de él puede la autoridad pública penetrar en el domicilio si está habilitada a tal efecto por una autorización judicial.*

*La inviolabilidad del domicilio, o sea, «el derecho de no penetración en el domicilio en contra de la voluntad del titular del mismo» protegida por el art. 18.2 de la CE, es así «un derecho relativo y limitado» en cuanto que la propia Constitución autoriza su restricción en supuestos contemplados por la Ley, aunque exige, en principio, una decisión judicial al respecto, salvo en los casos de «flagrante delito» (STC 199/1987 [RTC 1987\199], fundamento jurídico 9.º). Pues, como ha declarado reiteradamente este Tribunal, no existen derechos ilimitados y la restricción de un derecho fundamental tiene su fundamento, bien directamente en la Constitución o bien en el respeto de otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 11/1981 [RTC 1981\11], fundamento jurídico 7.º; 2/1982 [RTC 1982\2], fundamento jurídico 5.º; y 110/1984 [RTC 1984\110], fundamento jurídico 5.º), .....»*

<sup>3</sup> Como muy bien razona la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el FD Primero de su sentencia de 18 de noviembre de 2010 (JUR 2011\41114):

*“Sobre el domicilio recuerdan las SsTC 22/1984, 69/1999 y 94/1999 que lo que la Constitución protege «es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar», esto es, el «espacio apto para desarrollar la vida privada» (STC 283/2000), ya que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el artículo 18.2 de la CE garantiza (SsTC 149/1991 y 69/1999), pero sí se extiende la protección de la inviolabilidad domiciliaria, aunque con menor intensidad, a los espacios físicos estrechamente vinculados con el ámbito de intimidad que sean indispensables para que las personas puedan desarrollar su actividad, profesional o privada, sin intromisiones (SsTC 137/1985, 144/1987 y 64/1988).”*

rantías que impidan un exceso por parte de esas Administraciones en su ejercicio, una lesión ilegítima e innecesaria de derechos fundamentales y libertades públicas. Lo expresa de forma muy concisa y acertada el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, en su sentencia de 2 de septiembre de 2002 (RJCA 2002\1116)<sup>4</sup>.

Ello nos conduce a plantearnos tres cuestiones de esencial relevancia que constituirán el objeto principal del presente estudio: qué concreto órgano jurisdiccional ostenta la competencia funcional para otorgar en cada caso la autorización judicial de entrada para la ejecución forzosa de un acto administrativo, cuál es el alcance del control jurisdiccional sobre la entrada en domicilio por una Administración con ese fin específico y, por último, cuáles son los requisitos formales que han de respetarse para finalmente otorgar/denegar la autorización judicial interesada por una Administración Pública a los efectos señalados.

No obstante, también dedicaremos algunas notas al análisis del régimen jurídico excepcional que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*, y el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, han venido a establecer para las solicitudes de autorizaciones judiciales encaminadas a hacer posible la ejecución por la Administración de determinados actos en relación con los servicios de la sociedad de la información para salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

Realizamos este estudio con la pretensión de tratar estos aspectos no desde una exclusiva perspectiva doctrinal, sino incorporando a nuestras reflexiones la experiencia práctica que nuestra labor profesional habitual nos aporta sobre estas cuestiones.

---

<sup>4</sup> En su FD Primero justifica que:

“...la Administración, al amparo de la llamada autotutela administrativa, puede ejecutar directamente sus propios actos, pero en la medida en que ello constituye un presupuesto inherente a las facultades exorbitantes de la Administración, ésta puede ser excepcionada por una Ley imponiendo la intervención de los Tribunales a la hora de ejecutar los actos administrativos en determinados supuestos. Por tal razón el artículo 95 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tras disponer que «las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos», establece como excepciones al principio general «los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de los Tribunales»; y, por su parte, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cumplimiento de tal previsión, ha atribuido (art. 8.5) a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para «autorizar la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública», sin duda con el propósito de conciliar, a través de este medio procesal, el respeto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución, con el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos.”

## II. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL EN LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES PARA LA EJECUCIÓN FORZOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

### 1. Estudio analítico de supuestos generales.

Aunque inicialmente pudiese parecer lo contrario, no está exenta de dificultades la determinación, en ausencia de consentimiento voluntario del administrado, de qué órgano judicial ostenta la competencia funcional para conocer de las solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada que formulan las Administraciones Públicas para acceder al domicilio de los afectados al objeto de ejecutar de forma subsidiaria actos administrativos incumplidos previamente por los obligados y que, por no ser personalísimos, pueden ser ejecutados por otro sujeto distinto de los propios obligados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 LRJPAC.

El trámite judicial actualmente previsto en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>5</sup> (en lo sucesivo, LJCA) trae causa o antecedente inmediato de lo prevenido en el antiguo artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (apartado 2 que fue suprimido por el artículo único de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, *de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*). El contenido de uno y otro precepto viene a ser esencialmente el mismo, con la salvedad relativa al orden jurisdiccional y los órganos en que se residencia la competencia para conocer de este procedimiento, ahora reservada a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y específicamente a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y antaño a la Jurisdicción Penal y, más en concreto, a los Juzgados de Instrucción. Además, a diferencia de lo que antes sucedía, la LJCA prevé expresamente la posibilidad de recurrir en apelación la resolución judicial que recaiga en este procedimiento [artículo 80.1.d)].

En una aproximación inicial, como decimos, pudiera parecernos fácil la determinación del órgano judicial con competencia funcional para conocer de las autorizaciones judiciales para la ejecución de actos administrativos, pero, como a continuación razonaremos, se trata solo de una falsa apariencia, ya que

---

<sup>5</sup> En la versión original de la Ley 29/1998 era el artículo 8.5, pasando a ser el artículo 8.6 tras la modificación de la misma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pero que en su Disposición Adicional Decimocuarta también reforma varios preceptos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.



la solución de este problema no resulta tan sencilla como en un principio de forma apresurada pudiere intuirse.

Una primera dificultad que se nos plantea, no la mayor, es la de discernir la competencia territorial, ya que, podría surgir la duda de si es de aplicación la Regla Primera del artículo 14.1 LJCA<sup>6</sup>, o si lo es la Regla Tercera del mismo artículo 14.1 LJCA<sup>7</sup>. Sin embargo, la propia finalidad de la autorización judicial de entrada que es tutelar la afecación que se produce al derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio nos lleva a decantarnos sin discusión por la aplicación de la Regla Tercera, ya que resulta evidente que para el mejor fin de la tutela que se persigue es absolutamente relevante la inmediatez del juez, la mayor facilidad para comprobar, incluso, *in situ* las circunstancias de ocupación del domicilio y valorar la idoneidad de la entrada y las condiciones en que, en atención a esas circunstancias apreciadas, debe realizarse la entrada.

De cualquier modo, habría sido bueno que se hubiese aprovechado la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, para haber completado esa Regla Tercera del artículo 14.1 LJCA con la mención expresa a las solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada para ejecución de actos administrativos, por lo que de *lege ferenda* proponemos la siguiente redacción ***“La competencia corresponderá al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, las que comporten intervención administrativa en la propiedad privada, así como en los casos de solicitudes de autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular previstas en el artículo 8.6 de esta Ley.”***

Así, puesto que los artículos 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>8</sup> (en adelante, LOPJ) y 8.6 LJCA<sup>9</sup> establecen coincidentemente que los Juzgados de

---

<sup>6</sup> Dispone que *“Con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.”*

<sup>7</sup> Establece que *“La competencia corresponderá al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, las que comporten intervención administrativa en la propiedad privada.”*

<sup>8</sup> *“Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración.”*

<sup>9</sup> *“Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.”*

lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones judiciales para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de las Administraciones Públicas, esto podría llevarnos a pensar en un primer momento que, consecuentemente, en todos los casos el órgano funcionalmente competente para conocer de cada solicitud de autorización judicial de entrada que se formule por una Administración Pública para la ejecución subsidiaria de un acto administrativo será indefectiblemente el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al que por reparto le correspondiese ese asunto. Sin embargo, el artículo 7.1 LJCA viene, como a continuación estudiaremos, a hacer más complejo el análisis de esta cuestión al disponer que “*Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que fueren competentes para conocer de un asunto lo serán también para todas sus incidencias y para hacer ejecutar las sentencias que dictaren en los términos señalados en el artículo 103.1.*”

En la práctica se nos ofrece una triple casuística a la hora de determinar qué específico órgano del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sentado ya indiscutiblemente que es este orden jurisdiccional el competente para ello, ostenta la competencia funcional para conocer de cada concreta autorización judicial que solicite una Administración Pública para la ejecución forzosa de un acto administrativo, que habremos de resolver con fundamento en el juego de los preceptos que ya hemos citado y de algunos otros que más adelante señalaremos por la incidencia que tienen en esta cuestión.

Resulta necesario efectuar un análisis pormenorizado de cada uno de los tres supuestos posibles para tratar de llegar a una conclusión acerca de la correcta determinación de la competencia funcional en cada uno de ellos:

1º) Formulación de una solicitud de autorización judicial de entrada en un domicilio para acceder al mismo al objeto de ejecutar forzosamente un acto administrativo que **no** ha sido objeto de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Este primer supuesto entendemos que es el de más fácil respuesta, ya que, al no existir previa impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa del acto administrativo que se pretende ejecutar forzosamente, en este caso la competencia funcional viene determinada por la aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 8.6 LJCA, de modo que, como decíamos al principio, el órgano competente para conocer de la autorización judicial de entrada es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo a quien le haya sido atribuido el asunto de acuerdo con el turno de reparto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la misma LJCA.

Se trata de una cuestión hoy pacífica, una vez derogado el antiguo artículo 87.2 LOPJ y modificado el artículo 91 de la misma gracias a la reforma de la LOPJ introducida por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, para hacer concordante la LOPJ con el artículo 8.5 (hoy artículo 8.6) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que se aprobó en aquella misma fecha (Ley 29/1998, de 13 de julio).

2º) Solicitud de autorización judicial de entrada para la ejecución forzosa de un acto administrativo que **en ese momento** se encuentra impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este segundo caso, la solución para determinar la competencia funcional en el conocimiento de la autorización judicial de entrada interesada es diametralmente opuesta y resulta del tenor del antes transcrito artículo 7.1 JLCA, conforme al cual, por encontrarse previamente impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el acto administrativo que se pretende ejecutar forzosamente y estar, por tanto, conociendo ya de dicho recurso contencioso-administrativo un concreto Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, es ese mismo Juzgado el que ostenta la competencia para conocer de la autorización judicial de entrada posteriormente solicitada. A este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional expresada, entre otras, en SSTC de 13 de octubre de 1998 (RTC 1998\199) y 22 de abril de 2002 [RTC 2002\92], tiene declarado que, mientras se está sustanciando un proceso contencioso-administrativo, el órgano competente para otorgar la autorización judicial de entrada para la ejecución forzosa del acto impugnado es el que está conociendo del recurso contencioso-administrativo.

Tal solución se justifica porque, atribuyendo el conocimiento de la autorización judicial al mismo órgano judicial a quien corresponde examinar la conformidad a derecho del acto administrativo ya impugnado y que se trata de ejecutar forzosamente, se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE que implica que los ciudadanos puedan acudir a los Tribunales para impugnar los actos de la Administración (artículos. 106.1 y 117.3 de nuestra Carta Magna) y obtener un pronunciamiento sobre la ejecutividad o la suspensión de los mismos. También por imperativo del art. 24.1 CE, cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o suspensión a él sometida, su decisión debe llevarse a cabo, lo que impide que otros órganos del Estado, sean administrativos o sean del mismo o de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan sobre tal pretensión, interfiriendo de esa manera en el proceso judicial de que conoce el Tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar éste. Hasta que

no se tome la decisión al respecto por el Juzgado competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en Juez, pero tampoco cabe la ejecución por otro órgano judicial distinto, porque esta eventualidad impediría que aquel Tribunal, el competente, pudiera conceder eficazmente la tutela, tal y como le impone el derecho fundamental (SSTC núm. 199\1998, de 13 de octubre [RTC 1998\199]<sup>10</sup> y núm. 76\1992, de 14 de mayo [RTC 1992\76 ])<sup>11</sup>.

Esta solicitud de autorización judicial de entrada se deberá tramitar como una cuestión incidental del procedimiento principal, sustanciándose en pieza separada y sin suspender el curso de los autos, tal y como establece el artículo 137 LJCA.

No obstante, queda una cuestión por resolver, cuál es el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa con competencia para conocer de una solicitud de autorización judicial de entrada cuando la impugnación del acto administrativo para cuya ejecución forzosa se interesa la autorización judicial de

<sup>10</sup> Esta sentencia concluye que:

*“Por imperativo del art. 24.1 CE la prestación de la tutela judicial ha de ser efectiva y ello obliga a que, cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o suspensión a él sometida, su decisión pueda llevarla a cabo, lo que impide que otros órganos del Estado, sean administrativos o sean de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan previamente sobre tal pretensión, interfiriéndose de esa manera en el proceso judicial de que conoce el Tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar éste. Hasta que no se tome la decisión al respecto por el Tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en Juez (STC 78/1996) pero tampoco cabe la ejecución por otro órgano judicial distinto porque esta eventualidad impediría que aquel Tribunal, el competente, pudiera conceder eficazmente la tutela tal y como le impone el derecho fundamental (STC 76/1992).”*

<sup>11</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se hace eco de esta doctrina del TC en su sentencia de 28 de junio de 2000 (RJCA 2000\1851), poniéndola, además, en relación con la posibilidad de solicitud de la medida cautelar de suspensión en el procedimiento principal:

*“...no cabe ignorar que la ejecutividad de los actos administrativos no sólo puede sino que debe desplegar sus consiguientes efectos, que no deben tampoco ser desconocidos en la perspectiva procesal, ante la posible solicitud de medidas cautelares con fundamento en el artículo 135 de nuestra Ley Jurisdiccional. La Administración, caso de ser preciso, puede solicitar la entrada en un domicilio para atender a la debida ejecución de sus pronunciamientos incluso pendiente el plazo para poder impugnarlos judicialmente, debiéndosele otorgar o denegar previo el enjuiciamiento correspondiente de todas las circunstancias valorables al efecto. Para el caso de existencia de un proceso jurisdiccional contencioso-administrativo nada imposibilita, siendo por el contrario sus ventajas claramente apreciables, que la Administración deduzca su solicitud de entrada ante el mismo órgano jurisdiccional que entiende del asunto de que se trate o de la suspensión solicitada por la parte afectada, de forma que el mismo órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento del acto administrativo y la decisión sobre su suspensión cautelar pueda pronunciarse sobre la entrada solicitada para atender a la ejecutividad del acto, si ello fuese lo procedente, lo que no ocurriría en el caso de haberse acordado en sede jurisdiccional su suspensión cautelar, al no quedar el órgano que conoce del fondo del asunto o de su suspensión cautelar vinculado por lo decidido en sede de entrada a domicilio para ejecución de actos administrativos, ante la improcedencia de una entrada para la ejecución de un acto administrativo cuya ejecutividad hubiese sido cautelarmente suspendida.”*

entrada se está sustanciando ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia por ser asunto de su competencia, ya que el artículo 8.6 LJCA atribuye la competencia objetiva para conocer de las solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en tanto que la competencia objetiva para conocer de la impugnación del concreto acto administrativo que se pretende ejecutar forzosamente puede venirle atribuida a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia *ex* artículo 10.1 LJCA.

Si bien el tenor del artículo 7.1 LJCA podría llevar a concluir que es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia quien ostenta en este peculiar supuesto la competencia objetiva y funcional, consideramos que la atribución a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con carácter general de la competencia objetiva para conocer de las solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada (artículo 8.6 LJCA) puesta en relación con lo establecido en el artículo 13.c) de la propia LJCA<sup>12</sup>, debe llevarnos a la conclusión de la atribución de la competencia para conocer de la autorización judicial de entrada también en este caso a un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y no a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, aún cuando ésta última esté conociendo del procedimiento principal en el que se impugna el acto administrativo, por lo que, dado que el asunto no se está sustanciando ante ningún otro órgano unipersonal de esta Jurisdicción, el competente deberá ser nuevamente aquél Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al que por reparto le corresponda la solicitud formulada *ad hoc* por la Administración autora del acto pendiente de ejecución forzosa, y ello, en primer lugar, por un puro sentido práctico, a fin de evitar conflictos como el que se expresa y resuelve en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de junio de 2000 a que antes nos hemos referido<sup>13</sup>. En el mismo sentido

---

<sup>12</sup> “Salvo disposición expresa en contrario, la atribución de competencia por razón de la materia prevalece sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto”.

<sup>13</sup> En esta sentencia se razona que: “En el caso concreto el Ayuntamiento solicitó del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo autorización de entrada en una finca al objeto de poder ejecutar de forma completa el Plan Especial de Ordenación de determinado solar, gestionado por el sistema de expropiación, restando únicamente el desalojo de la indicada finca, petición que se entiende perfectamente atendible, visto el interés público prevalente para la ejecución del planeamiento de que se trata, que no está supeditado a razones de orden temporal ni puede producir al administrado perjuicio irreparable alguno, por lo que habrá de estimarse el recurso interpuesto, ordenándose la concesión de la autorización de entrada a los indicados efectos, siempre a salvo los efectos de una posible suspensión cautelar en sede jurisdiccional de la resolución o resoluciones impugnadas. Y es que en relación con la materia de que se trata existe no uno, sino varios procesos contencioso-administrativos seguidos en secciones distintas de este Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dos contra la aprobación de la relación de bienes y derechos afectados por la expropiación, y otros dos contra la resolución definitiva del Jurado Provincial de Expropiación, en ninguno de los cuales consta que se haya solicitado o concedido la suspensión cautelar de la resolución en cada caso im-

se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia de 11 de marzo de 2002 (JUR 2002\139044) al resolver la apelación deducida contra Auto de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Almería que autorizó la entrada de la Autoridad Portuaria de Almería-Motril en un quiosco del muelle de Levante del Puerto de Almería para proceder al desahucio de sus ocupantes, ante la alegación de los ocupantes de nulidad de pleno derecho de la resolución jurisdiccional por infracción del principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, así como de lo dispuesto en el art. 238.1 LOPJ, al entender los apelantes que el Juzgado dictó su resolución con absoluta falta de competencia objetiva y funcional, al corresponder ésta a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, que conocía ya del recurso principal interpuesto por la parte<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que existe un argumento más para decantarse por la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en lugar de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en este supuesto algo más excepcional de solicitud de autorización judicial de entrada para la ejecución forzosa de un acto administrativo que se encuentra impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de cuya impugnación está conociendo la Sala. Este motivo suplementario para abogar por la competencia de

---

*pnada. Disgregación del conocimiento de la materia de que se trata entre distintas secciones, sin que pueda afirmarse con rotundidad la preeminencia de uno sobre otro de los recursos contenciosos interpuestos, con la consecuencia de que cualquiera de ellos pudiese atraer la competencia para resolver sobre la autorización de entrada solicitada, que aconseja y permite en cualquier caso afirmar la competencia para conocer de la solicitud de autorización de entrada por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, en evitación de conflictos mayores y distorsiones funcionales que pudieran incluso afectar gravemente intereses públicos y privados, conduciendo a situaciones sin retorno.”*

<sup>14</sup> Los razonamientos desgranados en los FJ 2º y 3º de esta sentencia rezan del siguiente modo:

**“SEGUNDO** .- En su escrito de oposición al recurso de apelación, el Sr. Abogado del Estado hizo distinción entre la competencia para el conocimiento del recurso principal, en el que se discute la resolución sobre desahucio en bien de dominio público portuario -que corresponde a la Sala- y la competencia para el conocimiento de la autorización de entrada como requisito previo a la ejecución de aquella medida administrativa, que, en cuanto no suspendida por la Sala, corresponde al Juzgado de lo contencioso-administrativo, en atención a lo dispuesto en el art. 8.5 de la Ley de la Jurisdicción.

**TERCERO** .- Planteada la cuestión en tales términos, ha de dictarse resolución desestimatoria del recurso de apelación, para decretar la plena conformidad a derecho de la resolución jurisdiccional atacada.

*Y es que la dición del art. 8.5 de la Ley de la Jurisdicción «...conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública», no ofrece ningún género de dudas con respecto de la competencia para las autorizaciones de entrada, refiriéndola al correspondiente Juzgado de lo contencioso-administrativo, habiendo de distinguirse, con toda evidencia, entre el objeto del recurso contencioso-administrativo principal -la procedencia o no de la resolución administrativa de desahucio- y la autorización de entrada al bien objeto de desahucio, de la competencia del Juzgado, como requisito previo para la ejecución del acto de desahucio administrativo, del que no se solicitó la suspensión, según alegación no contradicha de órgano administrativo demandado.”*

los Juzgados gravita sobre lo dispuesto en el artículo 80.1.d) LJCA que declara susceptibles de apelación los Autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 de la misma norma, a lo que se añade que en el artículo 87.1 LJCA no se relacionan entre los Autos recurribles en casación los de igual clase dictados por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, por lo que no cabe llegar a otra conclusión más que entender que son únicamente los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo los competentes para conocer de las solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada, ya que cualquier otra solución quebraría de forma evidente el principio de equidad, puesto que un mismo pronunciamiento, concesión o denegación de una autorización de entrada, se sustanciaría en única instancia o, por el contrario, en doble instancia, dependiendo de que el procedimiento principal se sustanciase ante la Sala o ante un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, cuando el objeto de la intervención judicial es exactamente la misma y, por consiguiente, las instancias judiciales de que se disponga deberán ser también exactamente las mismas.

No obstante, también existe alguna sentencia discrepante con este criterio, como la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 1999 (RJCA 1999\4940) que estima el recurso de apelación deducido contra el Auto por el que un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo había otorgado autorización judicial de entrada para demoler unas chabolas<sup>15</sup>.

3º) Formulación de una solicitud de autorización judicial de entrada para ejecutar subsidiariamente un acto administrativo que, si bien en su momento fue objeto de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en dicho recurso contencioso-administrativo, que ya fue resuelto, ha recaído sentencia firme.

Este supuesto es el que presenta una mayor complejidad. Es obvio que entre los casos 2º y 3º existe una clara diferencia, ya que mientras en el 2º caso el procedimiento contencioso-administrativo en el que se ha impugnado el acto administrativo está en curso, se está sustanciado aún, está *vivo*, en cambio, en el 3º caso el procedimiento judicial ya ha concluido, ha fenecido, puesto que

---

<sup>15</sup> Al considerar la referida Sala que, existiendo recursos contencioso-administrativos contra la orden de desalojo y demolición de las chabolas interpuestos ante esa Sala, *“la Administración debió deducir ante ella sus solicitudes de entrada respecto de aquellas en que no tuviera constancia de haberse solicitado la suspensión del acto administrativo; de lo contrario, podría producirse un fraude del derecho de los recurrentes a obtener tutela judicial efectiva, o, cuando menos, desajustes entre lo dispuesto por los diferentes órganos judiciales intervinientes.”*

ha recaído sentencia firme desestimatoria de la demanda, por lo que la solución acerca de la competencia funcional será también diferente en uno y otro caso.

En este 3<sup>er</sup> caso, al existir previa sentencia firme y no estar pendiente ya el recurso contencioso-administrativo, debemos descartar que la solicitud de autorización judicial de entrada pueda ser considerada una incidencia de dicho recurso contencioso, por lo que no cabrá tramitarlo como una cuestión incidental de aquél.

Bien es cierto que en este tercer supuesto también podría pensarse, desafortunadamente a nuestro juicio, que, cuando se solicita la autorización judicial de entrada para la ejecución forzosa del acto, se trataría de ejecutar una sentencia, lo que en la misma lógica llevaría a concluir que habría de sustanciarse como un incidente de ejecución previsto en el artículo 109 LJCA. Este planteamiento llevado a sus últimas consecuencias conduciría a admitir que, conforme a lo dispuesto en el artículo 518 LEC, la acción de la Administración para ejecutar forzosamente el contenido del acto administrativo confirmado por sentencia firme habría caducado una vez transcurridos 5 años desde la firmeza de la sentencia. Sin embargo, no podemos mostrarnos de acuerdo con este planteamiento, ya que es evidente que no se trata de ejecutar la sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo, sino de ejecutar un acto administrativo confirmado judicialmente, puesto que, aplicando la doctrina emanada del Tribunal Constitucional a propósito del derogado artículo 87.2 LOPJ dada la identidad de contenido del artículo 8.6 LJCA respecto de la redacción originaria de aquél, el expediente judicial instado al socaire del mencionado artículo 8.6 LJCA es un procedimiento donde de lo que se trata es de apoderar a la Administración para realizar una determinada actuación en ejecución de sus propias resoluciones (ATC núm. 129/1990), la competencia del Juzgado en este procedimiento de autorización judicial de entrada reside estrictamente en un control previo de los requisitos formales del acto que se pretende ejecutar, acto que ha sido dictado por la Administración que goza del privilegio de autoejecución de sus propios actos administrativos que el Tribunal Constitucional ha declarado ajustado a derecho con fundamento en los artículos 103 y 140 CE<sup>16</sup> y que actualmente se encuentra regulado con carácter ge-

---

<sup>16</sup> SSTC núm. 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984\22) y núm. 199/1998, de 13 de octubre (RTC 1998\199). La segunda de ella nos enseña que:

*“Reiteradamente hemos declarado que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE (SSTC 22/1984 [ RTC 1984\22], 238/1992 [ RTC 1992\238], 148/1993 [ RTC 1993\148] y 78/1996 [ RTC 1996\78]), y que la*



neral en el artículo 95 LRJPAC. En dicho precepto se establece que las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos. Entre los medios de ejecución forzosa previstos en los artículos 96 y ss. de dicha norma se encuentra, como decíamos al principio, la ejecución subsidiaria, aplicable cuando se trate de actos que, por no ser personalísimos, puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado. Se trata, por tanto, de una cuestión completamente distinta de la ejecución de una sentencia, por lo que, consecuentemente, la sentencia firme confirmatoria del acto administrativo no constituye fundamento para la acción ejecutiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 517 LEC, y, por tanto, no tratándose de la ejecución de una sentencia, debe descartarse la aplicación de lo previsto en el artículo 518 LEC.

Como muy acertadamente señala LAFUENTE BENACHES<sup>17</sup>, el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 1987 (RJCA 1987\7051) declara que, al conocer de una solicitud de autorización judicial de entrada, el juez no actúa en su función jurisdiccional típica del artículo 117.3 CE de “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”, sino que lo hace para garantizar el derecho fundamental afectado por la ejecución forzosa administrativa, la inviolabilidad del domicilio. La función del juez se encuentra entre aquéllas que la Ley puede atribuirle en garantía de cualquier derecho, de conformidad con el artículo 117.4 CE<sup>18</sup>.

En este mismo sentido abunda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 18 de noviembre de 1999 (RJCA 1999\1186) en la que se concluye que, de acuerdo con el esquema diseñado en el artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando se trata de una sentencia desestimatoria o declaratoria de la inadmisibilidad del recurso, no es potestad del Juzgado o Tribunal sentenciador acordar ejecución de ningún tipo, sino que la Administración recupera su potestad de autotutela, de autoejecución de sus actos, y es la única legitimada, una vez recaída sentencia desestimatoria o declaratoria de la inadmisibilidad del recurso contencioso, para dic-

---

*ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 CE (SSTC 66/1984 [ RTC 1984\66], 341/1993 [ RTC 1993\341], 78/1996; AATC 265/1985 [ RTC 1985\265 AUTO], 458/1988 [ RTC 1988\458 AUTO], 930/1988 [ RTC 1988\930 AUTO], 1095/1988 [ RTC 1988\1095 AUTO], 220/1991 [ RTC 1991\220 AUTO] y 116/1995 [ RTC 1995\116 AUTO]),...*”

<sup>17</sup> LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 86.

<sup>18</sup> Que dispone que “*Los Juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*”.

tar un nuevo acto por el que disponga la ejecución del acto correspondiente<sup>19</sup>. Y también el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, en sentencia de 14 de mayo de 2009 (JUR 2009\345261)<sup>20</sup>.

Sentado lo anterior, es obvio que, una vez que el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acto administrativo se resuelve y la sentencia (desestimatoria o declaratoria de inadmisibilidad) recaída en el mismo deviene firme, no existen razones que impongan el conocimiento de la solicitud de autorización judicial de entrada por el mismo Juzgado que conoció del recurso contencioso contra el acto administrativo, ya que no existen, entonces, los riesgos para la tutela judicial efectiva que se tratan de evitar atribuyendo la competencia funcional a un mismo Juzgado, cuando el recurso está todavía pendiente.

<sup>19</sup> El razonamiento del FJ 4º de esta sentencia es el que sigue:

*“Debe precisarse (sin perjuicio de las particularidades que existen en ciertos procesos, fundamentalmente en los relativos a expropiación forzosa, dada su configuración subjetiva) que cuando la sentencia es desestimatoria, su parte dispositiva se limita a no anular una determinada actuación administrativa. Por otra parte, el hecho de desestimar un recurso no es igual a confirmar la actuación administrativa recurrida. No compete a los Tribunales de la jurisdicción “confirmar” o “revocar” actos administrativos. No existe una relación jerárquica entre aquéllos y las Administraciones públicas. No existe tutela de legalidad y mucho menos de oportunidad por parte de los Tribunales respecto de la Administración pública. Una sentencia desestimatoria se limita a no anular cierta actuación administrativa por considerar ésta ajustada a derecho. Pero esa actuación administrativa no tiene por qué convertirse, tras su enjuiciamiento por los Tribunales, muchas veces años después, en la única procedente o ajustada a derecho y obligatoria para la Administración. A diferencia de lo que sucede con las sentencias estimatorias, el acto administrativo que fue objeto de un recurso ulteriormente desestimado aún podría ser revisado por la Administración autora del mismo, cuando proceda y observando el procedimiento legal. No queda por tanto la Administración vinculada positivamente erga omnes por esa supuesta confirmación. Siendo una sentencia desestimatoria o declaratoria de la inadmisibilidad del recurso no tiene el tribunal nada que hacer ejecutar.*

*La Administración recupera su potestad de autotutela. No concurre por tanto el supuesto del art. 103.2 de la Ley Jurisdiccional. Es la Administración la que según el esquema del art. 104 de la Ley Jurisdiccional, una vez recaída la sentencia desestimatoria, está facultada para producir un nuevo acto administrativo (en el caso litigioso lo fue el acuerdo de 25.7.96) disponiendo, en su caso y en los términos que procedan en derecho, la ejecución del acto correspondiente, con observancia siempre de lo establecido en el art. 72 de la Ley Jurisdiccional de 1998. Y, en lo que aquí interesa, aquel acto administrativo producido tras la resolución judicial no es otro que el previsto en el art. 8.5 de la ley jurisdiccional. Por ello la competencia para autorizar o no la entrada en domicilio, en cuanto se deriva de tal actuación administrativa, corresponde al Juzgado de lo contencioso-administrativo que la ejerció.”*

<sup>20</sup> En la que se afirma que:

*“....., ésta es la esencia del proceso especial de autorización de entrada, suplir el consentimiento del titular en los supuestos negativos por la autorización judicial a través de un proceso especial. El indicado proceso especial es ajeno al enjuiciamiento de cuestiones de legalidad ordinaria, que deben ventilarse coherentemente en los procesos también ordinarios. No obstante, debe indicarse que no son de aplicación al supuesto presente los arts. 517 y 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), pues no se trata de ejecutar una acción fundada en sentencia y por ende de ejecutar una sentencia, sino que la sentencia de 18 de julio de 2003, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Sevilla, lo que resuelve y declara es la confirmación de la legalidad de un acto administrativo de demolición, que por sí mismo goza como todo acto administrativo, del privilegio de autotutela ejecutiva de los art. 94 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.”*

De modo que podemos concluir que el órgano llamado a conocer de una solicitud de autorización judicial de entrada para ejecución de un acto administrativo, cuando existe ya sentencia firme desestimatoria o declaratoria de inadmisibilidad del recurso contencioso, es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al que por reparto le corresponda tal solicitud, descartando tajantemente, como decimos, que la competencia funcional le venga atribuida al órgano de lo contencioso-administrativo que previamente conoció de la impugnación de ese acto administrativo, puesto que, resultando incontestable que en el mencionado trámite de autorización sólo habría de enjuiciarse la apariencia de legalidad del acto administrativo que se pretende ejecutar<sup>21</sup>, la firmeza de la resolución judicial recaída en el precedente procedimiento contencioso-administrativo de impugnación del acto administrativo convierte en innecesaria la atribución de la solicitud de autorización al mismo órgano judicial que conoció de éste, habida cuenta de que tal firmeza hace que en el trámite judicial de autorización de entrada no puedan plantearse cuestiones de legalidad ordinaria que ya fueron decididas con carácter de firme por el juzgador que conoció de la impugnación del acto administrativo.

En cualquier caso, si el órgano ante el que se hubiese solicitado la autorización judicial de entrada entiende que pudiese ser incompetente para conocer de ella, el mismo deberá ponérselo de manifiesto a las partes y al Ministerio Fiscal concediéndoles audiencia por plazo común de diez días conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2 LJCA, para posteriormente declarar su incompetencia por Auto, remitiendo entonces las actuaciones al órgano de la Jurisdicción que estime competente para que ante él se tramite la solicitud de autorización judicial, de acuerdo con el artículo 7.3 LJCA.

## **2. La excepcionalidad de los supuestos de ejecución de actos administrativos de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de contenidos que vulneren la propiedad intelectual.**

---

<sup>21</sup> Este es el limitado objeto que en cuanto a control de la legalidad del acto atribuye la doctrina del Tribunal Constitucional al Juez de lo Contencioso-Administrativo con ocasión del trámite de autorización judicial de entrada desde la ya lejana STC 144/1987, de 23 de septiembre (RTC 1987\144). El control de legalidad que ejerce el Juez en sede de autorización judicial de entrada es un control sólo superficial restringido a constatar la apariencia de legalidad del título ejecutivo invocado por la Administración para solicitar la entrada. Quedan excluidos, en consecuencia, de ese control motivos de fondo que habrán de articularse en el eventual recurso contencioso-administrativo que se formule contra el acto cuya ejecución se pretende.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*, a través de su Disposición Final Cuadragésima Tercera, ha modificado el artículo 8 de la Ley 34/2002 y el artículo 158 del *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante, TRLPI). De acuerdo con estas modificaciones se introduce una nueva letra e) en el artículo 8.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* que supone incluir “la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual” entre los principios que legitiman a los órganos competentes para su protección a adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran, cuando un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra dicho principio<sup>22</sup>.

Para el ejercicio de esa nueva competencia referida a la salvaguarda de la propiedad intelectual, se modifica también, como hemos adelantado, el artículo 158 TRLPI para red denominar a la antigua *Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual* que pasa a llamarse *Comisión de Propiedad Intelectual*, a la vez que se le atribuye, junto a las que ya tenía de mediación y arbitraje en esta materia, las nuevas funciones de “la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, y a tal fin se dota a la renovada *Comisión de Propiedad Intelectual* de dos secciones, la Primera encargada de sus tradicionales funciones de mediación y arbitraje y la Sección Segunda a la que se le encomienda velar en el ámbito de las competencias del Ministerio de Cultura por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002. El apartado 4 del referido artículo 158 TRLPI establece, tras la modificación operada en dicho precepto, que la ejecución de las medidas adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual exigirá la previa autorización judicial.

---

<sup>22</sup> Con anterioridad a esta modificación, esos principios legitimadores de la intervención eran exclusivamente los siguientes: a) *La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional*; b) *La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores*; c) *El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social*; y d) *La protección de la juventud y de la infancia*.

Asimismo, la Ley 2/2011 ha modificado el apartado 2 del artículo 8 de la Ley 34/2002 para posibilitar que la Comisión de Propiedad Intelectual puedan requerir a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información para que faciliten los datos que permitan identificar a los responsables de servicios de la sociedad de la información que estén realizando conductas presuntamente vulneradoras de derechos de propiedad intelectual, previa intervención judicial autorizatoria de ello.

Como consecuencia de ello, la Ley 2/2011 se ha visto en la obligación de modificar igualmente los artículos 9 y 80.1.d) de la LJCA, así como introducir un nuevo artículo 122 bis en la misma, al objeto de:

- atribuir a los Juzgados **Centrales** de lo Contencioso-Administrativo, en una manifiesta excepción, tanto la autorización judicial a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002 como, en su caso, la posterior autorización judicial para la ejecución forzosa de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para la interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o la retirada de contenidos que vulneren la propiedad intelectual, en aplicación de la referida Ley 34/2002,
- establecer el procedimiento y plazos para la obtención de cada uno de esos dos tipos específicos de autorizaciones judiciales, y
- disponer que tales autorizaciones judiciales son también susceptibles de ser recurridas en apelación. De estas apelaciones conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2 LJCA.

### III. ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO PARA SU EJERCICIO

#### **1. Objeto y límite de la intervención judicial: control limitado del juez para adecuarse a la precisa función de su intervención.**

Según hemos expuesto, la intervención judicial en los casos de solicitudes de autorización judicial de entrada no se produce para reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, sino que se produce como garantía de salvaguarda del derecho a la inviolabilidad del domicilio, tiene como específica función prevenir la vulneración de ese concreto derecho, es un mecanismo preventivo. De ahí que al Juez que conoce de la solicitud de autorización judi-

cial de entrada para la ejecución forzosa de un acto administrativo no le corresponda enjuiciar la legalidad del acto que trata de ejecutarse subsidiariamente, sino que su intervención venga limitada a ponderar, con carácter previo a la entrada, que la restricción que sufre ese derecho resulta imprescindible para la defensa de unos intereses públicos prevalentes y que la misma es la estrictamente necesaria, que no es excesiva, ya que, en otro caso, supondría una vulneración no justificada del referido derecho constitucionalmente garantizado, un sacrificio desproporcionado. Como muy bien ha sintetizado el TC, entre otras en sentencia de 13 de octubre de 1998 (RTC 1998\199), la función de los jueces en estos casos es la de *“garantes del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración, sino el Juez de la legalidad de la entrada en domicilio”*.

Sin embargo, como la jurisprudencia viene refrendando de continuo, ello no significa que la intervención que el artículo 8.6 LJCA encomienda a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo responda a un automatismo formal, sino que, muy al contrario, ante una solicitud de autorización judicial de entrada para la ejecución forzosa de un acto administrativo a los mismos les compete el examen de la legalidad y legitimidad de la autorización judicial que se solicita, para lo que resulta imprescindible la constatación por el Magistrado-Juez de la efectiva concurrencia de una serie de presupuestos y circunstancias legitimadoras y, asimismo, el establecimiento por parte del mismo de las cautelas que considere pertinentes en orden a evitar afecciones innecesarias o excesivas del derecho fundamental garantizado en el artículo 18.2 CE.

Así, la jurisprudencia constitucional ha ido definiendo el alcance de esa intervención judicial, sosteniendo que la misma debe circunscribirse a:

a) **Constatar** la concurrencia de los siguientes **presupuestos**:

- Que se encuentre perfectamente identificado e individualizado el titular del domicilio para el que se solicita la autorización de entrada.

A este respecto, es importante destacar que no debe confundirse la condición de propietario, que puede ser el obligado al cumplimiento de un acto administrativo, con la condición de titular del domicilio al que resulte preciso acceder para ejecutar de modo forzoso un acto administrativo, siendo así que uno y otro no tienen porqué coincidir necesariamente. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la ejecución forzosa de una orden de ejecución de obras de seguridad o conservación en una vivienda ocupada en régimen de alquiler: el obligado a dar cumplimiento a la orden de ejecución es el pro-

pietario de la vivienda, en cambio, el sujeto que deberá otorgar el consentimiento voluntario para que la Administración pueda acceder a la vivienda a fin de ejecutar subsidiariamente las obras será el inquilino, de modo que es exclusivamente la tutela del derecho de este segundo la que tiene como objeto el control judicial que se efectúa a través del trámite de la autorización judicial de entrada a que obliga el artículo 8.6 LJCA para el supuesto de que el titular del domicilio no haya concedido la autorización voluntaria, una vez requerido para ello, ya que el derecho a proteger es la inviolabilidad del domicilio y no el derecho de propiedad.

- Que el acto cuya ejecución forzosa se pretende tenga una apariencia de legalidad en sus aspectos más básicos.

En este particular la jurisprudencia ha definido restrictivamente, de una forma que hoy podemos considerar perfectamente acabada, cuales son los concretos aspectos del acto administrativo a ejecutar forzosamente que debe examinar el Juez de lo Contencioso con ocasión de una solicitud de autorización judicial de entrada para ello, señalando que le compete asegurarse de que no existan infracciones evidentes, esto es, *graves y manifiestas*, en el bien entendido de que este examen debe quedarse en la *epidermis* del acto, descartando la existencia de una vía de hecho para lo que es necesario que el juzgador confirme que los requisitos formales de competencia y procedimiento han sido respetados en sus aspectos más esenciales, que se ha efectuado la correcta individualización del inmueble y de los afectados, que el acto se ha dictado por el órgano competente en el ejercicio de sus facultades y tras la tramitación de un procedimiento con apariencia de legalidad. Asimismo, debe cerciorarse de que el acto es ejecutivo, que no ha sido suspendido administrativa o judicialmente.

- Que la entrada en el domicilio es necesaria, idónea y proporcionada para la ejecución forzosa del acto administrativo.

La entrada debe ser proporcionalmente ajustada al fin que se persigue, correspondiendo al juez de la legalidad de la autorización de entrada constatar que no existen otros medios menos gravosos que posibiliten la coexistencia de los intereses en conflicto.

- Que se ha solicitado el consentimiento voluntario al titular del domicilio y que el mismo no lo ha prestado, o bien, lo ha denegado expresamente.

Como más arriba hemos razonado, la autorización judicial de entrada lo es

en defecto de consentimiento voluntario, por lo que la Administración debe acreditar documentalmente de forma fehaciente que ha intentado obtener el permiso voluntario para la entrada del titular del domicilio y que éste no lo ha prestado. Para ello, es necesario que la Administración en cuestión haya formulado un previo requerimiento formal al referido titular otorgándole un determinado plazo para que otorgue el consentimiento voluntario, siendo muy aconsejable, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, que en el mismo se le advierta claramente que en caso de no consentir de modo expreso la entrada en dicho plazo, se entenderá el mismo denegado y se procederá a interesar autorización judicial de entrada de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. De este modo, denegado expresamente el consentimiento dentro de ese plazo o entendiéndolo denegado por silencio en el caso de que nada haya manifestado el titular del domicilio dentro del plazo conferido en el requerimiento practicado al efecto, la Administración se encontrará plenamente legitimada para solicitar la autorización judicial de entrada ante la ausencia de consentimiento voluntario, restando únicamente la misma como vía posible para la ejecución forzosa del acto.

b) **Establecer** las necesarias **cautel**as sobre el acto mismo de la entrada, precisando los aspectos temporales de la misma, de forma que no quede a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración, así como otras circunstancias de la entrada sobre las que por el órgano jurisdiccional se estime necesario o conveniente introducir precisiones o limitaciones.

No obstante, la misma jurisprudencia mantiene que las exigencias en cada caso dependerán de las circunstancias que concurren, por lo que los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes (STC 69/1999, de 29 de abril [RTC\1999\69]). A título de ejemplo, es fácil concluir que no serán iguales las cautelas y restricciones temporales precisas cuando la entrada se va a producir en el domicilio particular de una familia que cuando se va a producir en un local en el que se ejerce una actividad de guardería infantil o de residencia de la tercera edad, o cuando los es en otro local en el que se desarrolla actividad de hotel, o, finalmente, en otro en el que radica un despacho profesional. A nadie se le escapa que las limitaciones de las franjas horarias en que puede accederse al lugar para la ejecución forzosa del acto, las restricciones en cuanto al número de personas que pueden permanecer a un tiempo en el lugar en cuestión a tal fin, o, incluso, la imposición justificada de la obligación de una más estricta identificación nominal de las personas que acceden en cada momento al inmueble, pueden resultar más intensas en unos ca-



sos que en otros en atención a las circunstancias propias y singulares de cada uno de ellos.

El adecuado examen y ponderación de esas circunstancias y establecimiento de las adecuadas cautelas para la entrada constituyen la motivación de la resolución judicial en estos casos, como se concluye en el fundamento jurídico segundo de la STC 139/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004\139)<sup>23</sup>.

En cualquier caso, a lo dicho debe añadirse que el control jurisdiccional también se proyecta sobre el acto mismo de la entrada que deberá llevarse a efecto de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 de la Constitución que las estrictamente necesarias, por lo que, respecto a las condiciones a observar en el acto de la entrada en el domicilio u otro lugar dependiente del consentimiento de su titular, conviene poner de manifiesto que es menester tener en cuenta aquellos aspectos del Título VIII del Libro II de la LECr que, por referirse al respeto a los derechos fundamentales de la persona, puedan resultar de aplicación tanto a una investigación criminal, como a la ejecución forzosa de un acto administrativo, siempre modulados en razón de la distinta naturaleza de una y otra.

Por lo que respecta específicamente a las autorizaciones judiciales previas necesarias para salvaguarda de derechos de propiedad intelectual vulnerados desde servicios de la sociedad de la información, el objeto de la intervención del Juez de lo Contencioso en estos procedimientos es igualmente limitado, puesto que, **en el caso de la solicitud de autorización judicial para requerir al prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan la identificación del presunto responsable de esa violación de derechos**, la intervención judicial se restringe a constatar, de una parte, que existen al menos indicios de una posible vulneración de derechos de propiedad intelectual que habrán de poder deducirse de los documentos y ficheros que deberá acompañar la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual con su solicitud de autorización, de otra, que efectivamente el presunto responsable del servicio en el que se está realizando esa actividad vulneradora de derechos no está aún suficientemente identificado, por lo que es imprescindible la autorización judicial

---

<sup>23</sup> En este FJ 2º se justifica que “... , desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.”

solicitada a tal fin, y por último, de otra, que con ello no resultan afectados los derechos garantizados en el artículo 18, apartados 1 y 3, de la Constitución, ya que en este último caso, el juez habría de denegar la autorización judicial; mientras que, **en el caso de la solicitud de autorización judicial para la ejecución forzosa de las medidas de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de sus contenidos que infringen la propiedad intelectual**, la intervención del juez se limita a comprobar, en primer lugar, que existe una previa resolución de la Comisión de Propiedad Intelectual que declara la vulneración de los derechos de propiedad intelectual y ordena las medidas de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de sus contenidos, en segundo lugar, que le ha sido debidamente notificada al responsable, en tercer lugar, que la misma no hubiera sido cumplida voluntariamente por el mismo en el plazo de 24 horas señalado en el artículo 22.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* y, en cuarto lugar, que la ejecución es proporcionada para proteger derechos garantizados en el artículo 20 de la Constitución que han resultado vulnerados.

## **2. Procedimiento para el otorgamiento de autorización judicial en los supuestos generales.**

En los casos de autorizaciones judiciales de entrada no cabe duda de que la intervención judicial con el alcance antes señalado debe articularse a través de un procedimiento que, respetando las garantías procesales que exige la tutela del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, resulte lo suficientemente breve y ágil como para no provocar una demora excesiva e injustificada en la ejecución forzosa del acto administrativo, cuando en muchas ocasiones el interés general demanda una pronta ejecución. Esa intervención judicial debe, pues, encauzarse a través de un procedimiento de carácter sumario. Sin embargo, la LJCA no establece el procedimiento a través del cual debe ejercitarse esa intervención judicial en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

No debemos dejar de poner de manifiesto la oportunidad que se ha dejado pasar para haber regulado específicamente el procedimiento especial de tramitación de las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de actos administrativos, primero en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*, en la que, en cambio, sí se ha establecido de forma singularizada un procedimiento sumarísimo para la ejecución forzosa de los actos de la administración dirigidos a salvaguardar los derechos de propiedad intelectual cuando estos están siendo vulnerados a través de los ser-

vicios de la sociedad de la información, y después en la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*.

Aún cuando, como decimos, no existe un procedimiento legalmente previsto para encauzar las peticiones de autorizaciones judiciales de entrada para ejecutar actos administrativos, sí que es posible establecer un conjunto de reglas que, como veremos, necesariamente han de respetarse en su tramitación.

A continuación, estudiaremos con detenimiento la forma de iniciación de este procedimiento, la audiencia a los interesados, la forma y contenido de la resolución judicial y los recursos procedentes contra la misma.

#### A. Iniciación.

El procedimiento se iniciará con solicitud de la Administración autora del acto que se pretende ejecutar de modo forzoso y a cuyo fin se interesa la autorización judicial de entrada. En la misma deberán identificarse con claridad:

- a) el acto administrativo que se pretende ejecutar de modo forzoso,
- b) el órgano autor del mismo,
- c) el obligado a la ejecución del acto,
- d) el inmueble, o dependencias del mismo, en que debe producirse la entrada para la ejecución forzosa,
- e) el titular de dicho domicilio o lugar asimilado.

Además, resulta imprescindible que la Administración solicitante haga constar expresamente que el acto administrativo que se va a ejecutar forzosamente, no se encuentra suspendido administrativa o judicialmente, ya que, obviamente, de estar suspendido el acto, la autorización judicial habría de ser denegada de plano.

Del mismo modo, en la solicitud debe comunicarse si el acto administrativo está siendo o ha sido objeto de un recurso contencioso-administrativo, dada la relevancia de esta cuestión, a la que antes me he referido, a efectos de determinar el órgano judicial funcionalmente competente en tales casos para conocer y decidir sobre la solicitud de autorización judicial de entrada con la finalidad de evitar una lesión en la tutela judicial efectiva.

Finalmente, debe especificarse si la autorización de entrada se solicita para el acceso, no sólo del personal del correspondiente Servicio competente para la ejecución del acto de la Administración solicitante y, en su caso, de los ope-

rarios y técnicos de la empresa contratada a los efectos de realizar las operaciones materiales que requiera la ejecución del concreto acto administrativo, sino también para el acceso de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para el caso de que sea necesaria la compulsión sobre las personas en el supuesto de que se produzca resistencia a la ejecución forzosa pretendida.

Esta solicitud deberá ir acompañada de la documental que acredite la concurrencia de los presupuestos preceptivos para que pueda ser otorgada la autorización, es decir, deberán aportarse los documentos que prueben:

- a) la condición del obligado a la ejecución del acto,
- b) haberse dictado el acto administrativo por órgano administrativo en apariencia competente,
- c) haberse notificado el acto al legalmente obligado (o, la publicación edictal, conforme a lo dispuesto en el artículo 59.5 LRJPAC),
- d) el incumplimiento del obligado,
- e) el previo requerimiento de autorización voluntaria de entrada al titular del domicilio o lugar asimilado, y la ausencia del consentimiento voluntario requerido en el plazo otorgado por la Administración a tal efecto o su denegación expresa.

Una vez presentada, la solicitud deberá ser examinada por el titular del órgano judicial y, si reúne los mencionados requisitos, el mismo habrá de acordar que se forme el correspondiente expediente para tramitar la solicitud, y acordar, con las precisiones y excepciones que a continuación diremos, el otorgamiento de un plazo de audiencia a los ocupantes del domicilio para el que se ha interesado la autorización judicial de entrada, ya que los principios de celeridad y economía procesal imponen que ambos trámites se impulsen simultáneamente en una misma resolución judicial.

La intervención del Juez de lo Contencioso-Administrativo en estos casos viene impuesta por la necesidad de comprobar la certeza de la necesidad, justificación y proporcionalidad de la afcción del derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio como reducto de la intimidad personal y familiar, y velar porque el mismo se vea menoscabado en la menor medida posible. De ahí que, siendo imprescindible la ponderación individualizada de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto por el juez, incluida la proporcionalidad del medio (la necesidad de la entrada misma), neguemos la posibilidad de deducir, y subsiguientemente resolver, solicitudes de autorizaciones de entrada acumuladas, ya que ello indudablemente devendría en una inadecuada protección del mencionado derecho fundamental, salvo cuando se trate de la en-

trada en varias viviendas de una misma edificación para la ejecución forzosa de un único acto administrativo.

### B. Audiencia.

Los Juzgados y Tribunales no se pronuncian de modo uniforme acerca de la necesidad o innecesidad de conceder audiencia con carácter previo al dictado del Auto que resuelva la solicitud de autorización judicial de entrada para la ejecución forzosa de un acto administrativo. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia de 31 de marzo de 2000 estableció la necesidad de dar audiencia a los afectados al tratarse de una exigencia consustancial a las actuaciones procesales. En cambio, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencias de 2 de julio de 1999 y 30 de abril de 2002, considera que la falta de audiencia previa no vicia de nulidad la autorización de entrada otorgada por el Juez de lo Contencioso-Administrativo y, del mismo modo, el propio Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>) en sentencia de 11 de marzo de 2002 (JUR 2002\139044)<sup>24</sup>.

En todo caso, aún cuando la LJCA no se pronuncia sobre la necesidad o no de dar audiencia al interesado en este procedimiento, a nuestro juicio, no cabe duda que, si bien pueden existir excepciones, lo cierto es que con carácter general, este procedimiento debe obedecer al principio de contradicción y, consecuentemente, que en el curso del mismo, tras la admisión de la solicitud de autorización judicial formulada por la Administración, el órgano judicial debe conceder audiencia a los afectados en relación con la pretensión ejercitada, a fin de que aleguen lo que tengan por conveniente en defensa de su derecho, si bien ha de quedar claro que las únicas alegaciones que podrían tener efecto obstativo al otorgamiento de la autorización judicial de entrada serían aquellas que pusiesen de manifiesto y acreditasen la ausencia de algunos de los presupuestos de obligado control y apreciación judicial con ocasión de esta intervención que hemos reseñado sintéticamente en el precedente apartado A. Cualesquiera otras alegaciones como pueden ser las referidas a cuestiones de fon-

---

<sup>24</sup> Que concluye lo siguiente:

*“Sin que, en fin, haya lugar a atenderse el alegato del apelante de que no fue oído en el curso de la sustanciación de la autorización de entrada, pues es lo cierto que tal como ya se dijo en sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 2.001 «...la competencia para la autorización de entrada está conferida al titular del órgano jurisdiccional respectivo, sin necesidad de someterse a los trámites de un procedimiento específicamente diseñado al efecto, bastando con el examen y crítica de la propia resolución administrativa, que ha de representar tanto como la ejecución forzosa de un acto de la Administración pública afectada»”.*

do sobre el acto administrativo que se trata de ejecutar forzosamente son ajenas a esta específica intervención judicial y, por tanto, no serán acogibles en este procedimiento, ya que las mismas sólo pueden ser opuestas en el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra aquel acto administrativo, pero no con ocasión de la solicitud de la autorización judicial de entrada para su ejecución forzosa en que el control judicial tiene una finalidad exclusiva de salvaguarda del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Discrepamos de quienes mantienen que uno de los supuestos en que debería prescindirse de la audiencia a los interesados en el procedimiento de autorización judicial de entrada por la imposibilidad de cumplir con esta premisa por razones de urgencia es el de un edificio en situación de ruina inminente que exija un desalojo inmediato de sus ocupantes, ya que en este caso de extrema urgencia con riesgo para las personas, lo procedente no es que la Administración solicite la autorización judicial de entrada y el órgano judicial prescinda del trámite de audiencia a los interesados para acelerar su concesión, sino que es un caso expresamente previsto en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, *sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*<sup>25</sup>, que legitima a la Administración para acometer todas las medidas de seguridad necesarias, incluido el desalojo de los ocupantes, prescindiendo de la solicitud de autorización judicial de entrada, con el sólo requisito de remitir posteriormente al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo el acta o atestado que se levante de la actuación.

### C. Resolución.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 91.2 LOPJ, el procedimiento iniciado con la solicitud de autorización judicial de entrada se resuelve por Auto.

Ya hemos expuesto que la intervención del Magistrado-Juez en este tipo de procedimientos es de cognición limitada conforme se infiere de la jurisprudencia

<sup>25</sup> El artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, dispone:

“1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes.

2. **(El apartado 2 fue declarado inconstitucional y nulo por Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre).**

3. *Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.*

*En tales supuestos, y para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.*

4. *Cuando por las causas previstas en el presente artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entrasen en un domicilio, remitirán sin dilación el acta o atestado que redactaren a la autoridad judicial competente.”*

cia constitucional, estando restringida a la individualización del sujeto que debe soportar la entrada para la ejecución forzosa del acto, verificar la apariencia de legalidad de dicho acto a fin de evitar que se produzcan intromisiones arbitrarias en el domicilio o lugares asimilados a estos efectos, asegurarse de que la ejecución forzosa del acto requiere necesariamente la entrada y, finalmente, garantizar que la irrupción en el domicilio o esos otros lugares asimilados se produzca sin más limitaciones al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio que las que resulten absolutamente imprescindibles e inevitables para la ejecución forzosa del acto.

El Auto que autoriza la entrada domiciliaria necesariamente ha de identificar con precisión la vivienda en la que se consiente la entrada forzosa, así como el titular de dicho domicilio. Además, debe contener, como forma de exteriorización del adecuado y efectivo ejercicio del control judicial que corresponde efectuar en estos asuntos, una motivación expresa que es necesario que escape a estereotipos y fórmulas genéricas, poniendo de manifiesto a las partes que se ha efectuado un singularizado examen del concreto caso, de sus presupuestos y circunstancias, así como una correcta ponderación de los derechos e intereses en conflicto y, por último, que se autoriza la entrada del modo menos gravoso o restrictivo del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Este Auto debe notificarse al afectado o, en su defecto, imponérsele en el propio Auto la obligación a la Administración de hacerle entrega de testimonio del mismo al afectado en el momento de efectuar la entrada domiciliaria para la ejecución forzosa del acto, testimonio que, en ese caso, lógicamente deberá acompañarse con la notificación del Auto que se le haga a la Administración solicitante de la autorización.

Aunque el Auto autorizando la entrada para la ejecución forzosa de un acto administrativo no equivale al Auto del Juez Instructor que ordena en el seno de un proceso penal la entrada y registro, sin embargo, en la medida en que aquella resolución judicial también restringe el derecho a la inviolabilidad domiciliaria debe someterse a un plazo de caducidad, que el juez autorizante debe fijar a su arbitrio, si bien deberá hacerlo siempre estableciendo un plazo suficientemente amplio (de entre dos y tres meses con carácter general, nos atrevemos a apuntar con fundamento en nuestra experiencia profesional en esta clase de asuntos), ya que no puede desconocerse que al tratarse de Administraciones Públicas todas sus actuaciones deben producirse a través de procedimientos administrativos, lo que indudablemente requiere que dispongan del tiempo necesario para tramitarlos, y, siendo habitual que en muchas ocasiones resulte preciso realizar la contratación de una empresa para ejecutar las obras

u otros trabajos u operaciones materiales propias de la ejecución forzosa de un acto (por ejemplo, en supuestos de desalojos y traslados de enseres, de ejecución de obras de seguridad o de conservación, o en los casos de obras de restitución en procedimientos de protección de la legalidad urbanísticas), aprobar el correspondiente proyecto técnico, contratar igualmente a los directores técnicos y notificar anticipadamente a los interesados de la fecha en que se producirá la entrada forzosa. No obstante, cuando la autorización judicial de entrada se conceda con un plazo de eficacia escaso, siempre cabrá la posibilidad de que la Administración solicite motivadamente una ampliación de ese plazo inicial que con seguridad el/la Magistrado-Juez competente no tendrá inconveniente en otorgar cuando resulte acreditada su necesidad.

La Administración, una vez obtenida la autorización judicial de entrada, deberá dictar un nuevo acto acordando la ejecución forzosa con señalamiento de día y hora para ello, que deberá notificar tanto al sujeto obligado por el acto administrativo como al titular del domicilio al que se va a acceder para la ejecución forzosa haciendo uso de la autorización judicial de entrada, sujetos no siempre coincidentes. Por supuesto, en la entrada deberán evitarse actuaciones ajenas a su objeto, adoptándose, llegado el caso, las precauciones necesarias para no comprometer la reputación de los moradores y respetar sus secretos e intimidades.

Realizada la entrada, el órgano administrativo autorizado deberá dar cuenta al Juzgado que otorgó la autorización de entrada de haberla realizado y de cualquier incidencia ocurrida durante la misma.

#### D. Recursos.

Contra el Auto que concede o deniega una autorización judicial de entrada en domicilio cabe la interposición de recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el artículo 80.1.d) LJCA.

Este recurso de apelación es admisible en un solo efecto, por lo que, dado que sólo tiene efectos devolutivos, la interposición de la apelación no conllevará en ningún caso la suspensión de la autorización judicial de entrada otorgada, y, por tanto, la Administración podrá proceder a la ejecución forzosa del acto haciendo legítimo uso de la misma.

Una vez firme la resolución judicial, el/la Magistrado-Juez acordará el archivo de las actuaciones con devolución, en su caso, del expediente administrativo que fue remitido en su día al Centro de procedencia.



### 3. Procedimiento para la concesión de autorización judicial en los casos de reacciones administrativas ante lesiones a la propiedad intelectual causadas a través de servicios de la sociedad de la información.

Como hemos anticipado, la Disposición Final Cuadragésima Tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*, modifica el artículo 9 LJCA numerando su contenido anterior como apartado 1 y añadiendo un nuevo apartado 2 en el que se atribuye a los Juzgados **Centrales** de lo Contencioso-Administrativo la competencia tanto para la autorización a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002 como para autorizar la ejecución forzosa de los actos dictados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, en aplicación de la citada Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Después de ello, la misma Disposición Final Cuadragésima Tercera, en su apartado Siete, introduce un nuevo artículo 122 bis en la LJCA, en cuyo n° 1 se establece el procedimiento para obtener la autorización judicial a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002<sup>26</sup>, y seguidamente en su n° 2 se contempla otro procedimiento distinto para obtener la autorización judicial preceptiva para la ejecución forzosa de las medidas de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de los contenidos que vulneren la propiedad intelectual adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en aplicación también de la Ley 34/2002.

Conviene poner de manifiesto que este novedoso artículo 122 bis se inserta sistemáticamente en la Ley 29/1998 en el Capítulo I. *PROCEDIMIENTO PA-*

---

<sup>26</sup> El apartado segundo del artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, también ha sido introducido *ex novo* por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*, con reenumeración correlativa de los anteriores apartados 2, 3, 4 y 5 de dicho artículo 8. El tenor literal de ese nuevo n° 2 del artículo 8 es el siguiente:

“2. Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación.”

*RA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA* del TÍTULO V. *PROCEDIMIENTOS ESPECIALES*, si bien, como hemos mencionado, realmente regula dos procedimientos específicos para la obtención de autorización judicial previa en los supuestos establecidos en la Ley 34/2002 para salvaguarda de derechos de propiedad intelectual ante agresiones efectuadas a través de servicios de la sociedad de la información, tras su reforma por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*.

Este régimen jurídico se ha visto completado por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, en cuyos artículos 18 y 22 a 24 se desarrollan los procedimientos a seguir para esos dos supuestos de solicitud de autorización judicial de entrada para dos finalidades bien diferenciadas: en el artículo 18 se regula el procedimiento para la obtención de autorización judicial, a fin de poder recabar de los prestadores de servicios de **intermediación** los datos precisos para lograr la plena identificación del presunto responsable (sobre el cual existan indicios de que está vulnerando derechos de propiedad intelectual) mediante la localización del servicio de la sociedad de la información desde el que se comete la actuación ilegal, cuando el mismo no esté suficientemente identificado; mientras que en el artículo 23 se regula el procedimiento para la obtención de autorización judicial que permita exigir a los prestadores de servicios de **intermediación** de la sociedad de la información que adopten de inmediato las medidas necesarias a su alcance para suspender el servicio de la sociedad de la información sobre el que la Sección Segunda de la CPI ya ha dictado una resolución en la que, declarando acreditada la existencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información, le ordena al mismo la interrupción de la prestación del servicio o la retirada de contenidos, cuando la resolución no hubiera sido cumplida voluntariamente en el plazo de 24 horas desde su notificación por el responsable de ese servicio cuya actuación se ha declarado ilegal.

A estos efectos, es importante precisar que, de acuerdo con el Anexo de *Definiciones* de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, se entiende por “*Servicio de intermediación*” aquél servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. De modo que son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones

o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

Por lo que respecta al **procedimiento para la obtención de la autorización judicial previa imprescindible para poder requerir a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan la identificación del presunto responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta sobre la que existen indicios de una posible vulneración de derechos de propiedad intelectual** para que pueda serle notificado el inicio del procedimiento empleándose en su caso los boletines oficiales existentes o portales de notificación creados a tales efectos, el artículo 122 bis.1 LJCA y el artículo 18 del Real Decreto 1889/2011 establecen las siguientes prescripciones:

- El procedimiento se iniciará con la solicitud a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo por parte de los órganos competentes (actualmente lo es la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual) en la que deberán exponerse necesariamente las razones que justifican la petición acompañada de los documentos y ficheros acreditativos que sean procedentes a estos efectos. Aún en el caso de que la CPI haya recibido varias denuncias o solicitudes de inicio del procedimiento contra un mismo servicio de la sociedad de la información, cuando las mismas tengan su razón de ser en una misma actividad vulneradora, la citada Sección Segunda de la CPI remitirá una única solicitud de autorización judicial.
- Recibida la solicitud, en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la petición el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo al que haya correspondido su conocimiento dictará Auto autorizando o denegando la solicitud efectuada. Dentro de ese plazo de 24 horas, el Juzgado deberá, además, dar **previa** audiencia al Ministerio Fiscal.

Obviamente la autorización judicial habrá de concederse si en la solicitud formulada aparecen efectivamente justificadas las razones que imponen la necesidad de la autorización judicial y así queda debidamente probado con la documental que deberá acompañarse con la solicitud. En caso de que, por el contrario, con la solicitud y documentos acompañados no resulte acreditada la necesidad de esta autorización judicial, la misma deberá denegarse por el Magistrado- Juez, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que en el procedimiento instruido por la Sección

Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual constase ya identificado el responsable del servicio de la Sociedad de la Información presuntamente vulnerador de derechos de propiedad intelectual. No obstante, el apartado 1 del artículo 122 bis establece un específico supuesto en el que esta autorización judicial deberá ser denegada, concretamente en el caso de que resulte afectado el artículo 18, apartados 1 y 3, de nuestra Carta Magna que, recordemos, garantizan el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el secreto de las comunicaciones, respectivamente.

- Tras dictarse el Auto, si el mismo concede la autorización judicial para la localización del responsable del servicio de la sociedad de la información, la Sección Segunda de la CPI trasladará el contenido del mismo al prestador del servicio de intermediación de la sociedad de la información requiriéndole, en su caso, para que aporte de forma inmediata en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción del requerimiento los datos que permitan la inequívoca identificación del responsable mediante la localización del servicio de la sociedad de la información contra el que se dirige el procedimiento. Si, por el contrario, el Auto judicial denegara la autorización solicitada, la CPI estará igualmente obligada a dar traslado del mismo al prestador del servicio de intermediación de la sociedad de la información.

Por lo que se refiere al **procedimiento para la obtención de la autorización judicial necesaria para el cumplimiento de la resolución de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual que declara la existencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información**, el mismo se desarrollará por los siguientes trámites, de acuerdo con lo que disponen el apartado 2 del artículo 122 bis LJCA y los artículos 22 a 24 del Real Decreto 1889/2011:

- El artículo 22 del Real Decreto 1889/2011 exige que en la misma resolución en que la CPI declara acreditada la existencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información objeto del procedimiento, ordene al referido responsable la retirada de los contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual o la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere los citados derechos objeto del procedimiento, y que, asimismo, incluya un requerimiento dirigido a los servicios de intermediación de la sociedad de la información para que,

en el caso de que el responsable del servicio de la sociedad de la información no cumpla dentro del plazo de 24 horas la orden de retirada de contenidos o de interrupción de la prestación decretada en la resolución, tales servicios de intermediación procedan a la suspensión de sus actividades de intermediación con el servicio de la sociedad de la información objeto de la resolución para conseguir el eficaz cumplimiento de la resolución. Esta resolución, además de notificársele al responsable del servicio infractor, deberá serle notificada también al correspondiente prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información.

- Si el responsable del servicio de la sociedad de la información no cumpliera voluntariamente lo exigido en esa resolución en el plazo de 24 horas desde su notificación, la Sección Segunda de la CPI solicitará del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente la autorización para la ejecución forzosa de lo ordenado, justificando debidamente la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución<sup>27</sup>, de forma que resulte convincentemente razonado que las medidas ordenadas son objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.
- En el plazo improrrogable de dos días siguientes a la solicitud, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo al que le haya correspondido, deberá convocar a una audiencia al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o persona que éstos designen como representante para asegurar la imprescindible contradicción, debiendo el Juzgado oír en esa comparecencia a todos los personados. En la resolución judicial que convoca a las partes a la audiencia, deberá ponerse de manifiesto el expediente.

---

<sup>27</sup> El artículo 20 de la Constitución Española se inserta sistemáticamente en la Sección I. *DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS* del Capítulo II. *DERECHOS Y LIBERTADES* de su TÍTULO I. *DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES*, y en el mismo se reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; a la libertad de cátedra; y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Si bien el precepto en su apartado 4 establece estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

- Una vez celebrada la audiencia, el Magistrado-Juez tendrá que resolver en el plazo improrrogable de dos días mediante Auto, autorizando o denegando la ejecución forzosa de la medida.
- Tan pronto como la Sección Segunda de la CPI reciba ese Auto, tanto si concede como si deniega la autorización, la misma deberá notificárselo a la parte que haya iniciado el procedimiento, al responsable del servicio de la sociedad de la información vulnerador y a los prestadores de los servicios de intermediación de la sociedad de la información cuya colaboración sea necesaria. La notificación a estos últimos se realizará preferentemente por medios electrónicos.
- Los prestadores de los servicios de intermediación estarán obligados a dar cumplimiento a la suspensión decretada por la CPI y autorizada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente en el plazo de las 72 horas siguientes a la notificación del Auto.
- La suspensión del servicio de intermediación cesará cuando se acredite ante la Sección Segunda el restablecimiento de la legalidad por parte del servicio de la sociedad de la información o, en todo caso, una vez transcurrido un año desde la ejecución de la medida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.4 del Real Decreto 1889/2011.

Tanto el Auto que conceda/deniegue la autorización judicial previa para poder requerir a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan la identificación del presunto responsable del servicio de la sociedad de la información indiciariamente vulnerador de derechos de propiedad intelectual como el Auto que conceda/deniegue la autorización judicial previa a la ejecución de las medidas subsidiarias de suspensión de los servicios de intermediación para cumplimiento de la resolución de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de contenidos que lesionen la propiedad intelectual, serán susceptibles de recurso de apelación, en un solo efecto, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.2 y 80.1.d) LJCA, tras la modificación introducida en este último precepto por la Disposición Final Cuadragésima Tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*.

#### IV. CONCLUSIONES

De todo lo hasta aquí expuesto, cabe extraer las siguientes conclusiones:

1. La constitucionalidad y vinculación al principio de eficacia del privilegio de autotutela ejecutiva atribuido por nuestro ordenamiento a la Administración ha sido expresamente sancionada por nuestro Tribunal Constitucional, encontrando su fundamento en el artículo 103 CE que reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia “*con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”, lo que supone una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia, y, entre ellas, no cabe duda de que se encuentra la potestad de autotutela ejecutiva o de autoejecución susceptible de ejercitarse por cualquier Administración Pública, regulada actualmente con carácter general en el artículo 95 LRJPAC que dispone que las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, encontrándose entre los medios de ejecución forzosa previstos en los artículos 96 y ss. de la misma norma la ejecución subsidiaria, cuando se trate de actos que puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado por no ser personalísimos.

Aún en aquellos casos en que un determinado acto hubiese sido objeto de un recurso contencioso-administrativo en el que hubiere recaído una sentencia que haya alcanzado firmeza, llegado el momento de su ejecución forzosa es manifiesto que no se trata de ejecutar una sentencia firme, sino de ejecutar un acto administrativo, por más que el mismo haya sido confirmado judicialmente, por lo que la competente para su ejecución forzosa es la Administración Pública que lo dictó y no el Juzgado o Tribunal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que desestimó la demanda entablada contra el concreto acto que se trata de ejecutar de modo forzoso. En otras palabras, la sentencia firme confirmatoria del acto administrativo no constituye fundamento para la acción ejecutiva prevista en los artículos 517 y ss. LEC.

2. Resulta frecuente que para la ejecución forzosa de los actos administrativos sea precisa la entrada en uno o varios domicilios, como única forma de llevar aquélla a cabo, en cuyo caso el artículo 96.3 LRJPAC exige que medie, con carácter previo al inicio de la ejecución forzosa, el consentimiento voluntario de los titulares de los domicilios a los que ha

de accederse, o, en su defecto, la oportuna autorización judicial de entrada. Se trata de una exigencia impuesta por el artículo 18.2 Constitución Española para garantizar que sea un órgano judicial el que aprecie o contraste que cualquier afección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el propio artículo 18 CE, apartado primero, aparece totalmente justificada y que resulta la mínima imprescindible requerida para la ejecución forzosa del concreto acto administrativo. De modo que, en ausencia de consentimiento voluntario, la Administración Pública autora del acto que se pretende ejecutar de forma subsidiaria deberá interesar el otorgamiento de autorización judicial de entrada.

3. Superada ya la clásica polémica acerca de si eran los órganos de la Jurisdicción Penal o, por el contrario, de la Contencioso-Administrativa los competentes para conocer y resolver las solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada cuando las mismas se formulan para la ejecución forzosa de actos administrativos derivada del tenor del antiguo artículo 87.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, que fue suprimido por el artículo único de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, *de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, y sentado, por tanto, en virtud de lo dispuesto en el actual artículo 8.6 LJCA, que los competentes son los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el debate se plantea ahora en otros términos, la cuestión que debe dilucidarse es la determinación del específico órgano de la referida Jurisdicción Contenciosa que ostenta la competencia funcional para conocer de las solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada que formulan las Administraciones Públicas para acceder al domicilio de los afectados al objeto de ejecutar de forma subsidiaria actos administrativos incumplidos previamente por los obligados que pueden ser ejecutados por otros sujetos distintos de los propios obligados por no ser actos personalísimos.

Si bien la casuística posible es variada, la solución es la misma en todos los supuestos, salvo en uno de ellos. El órgano judicial competente funcionalmente para conocer de autorizaciones judiciales de entrada interesadas por las AAPP para ejecutar forzosamente actos administrativos dictados por las mismas va a ser siempre, con una única excepción a la que después nos referiremos, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo a quien le haya sido atribuido el asunto de acuerdo con el turno de reparto, y ello, incluso, en el supuesto de que exista sentencia firme desestimatoria de la demanda o declaratoria de inadmisibilidad del recurso recaída en recurso contencioso-administrativo cuyo objeto haya sido



el mismo acto administrativo que se proyecta ejecutar forzosamente, ya que, al haber alcanzado firmeza la sentencia, nos encontramos ante un procedimiento judicial concluso y archivado, y, consecuentemente, no cabe en ningún caso entender que la autorización judicial de entrada es un incidente de tal procedimiento contencioso.

La única excepción a la competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al que por reparto le corresponda el asunto viene constituida por aquéllos casos en los que, al momento de la solicitud de autorización judicial de entrada, se esté aún sustanciando un procedimiento contencioso-administrativo en el que resulte impugnado precisamente el acto administrativo para el que se solicita la autorización judicial, casos en los que, excepcionalmente, el órgano competente para otorgar la autorización judicial de entrada para la ejecución forzosa del acto será el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que esté ya conociendo del recurso contencioso-administrativo que se encuentra pendiente.

En cambio, como excepción a su vez de esa excepción, en el caso de que la impugnación del acto administrativo para cuya ejecución forzosa se interesa la autorización judicial de entrada se esté sustanciando, no ante un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, sino ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, entonces la competencia funcional para conocer de la solicitud de autorización judicial de entrada debe, a nuestro juicio, corresponder nuevamente a un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, al que por reparto le sea asignado, y no a la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya que apreciamos que otra conclusión sobre este particular nos conduciría a una flagrante vulneración de lo dispuesto en el antes citado artículo 8.6 LJCA que atribuye indubitadamente de forma exclusiva a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia objetiva para conocer de las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de las Administraciones Públicas, precepto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del *Código Civil*, debe ser interpretado en concordancia y coordinación con los artículos 13.c), 80.1.d) y 87.1 de la misma LJCA.

4. Sin embargo, las autorizaciones judiciales tanto para poder exigir a los prestadores de servicios de **intermediación** de la sociedad de la información la entrega de los datos que permitan la plena identificación de los responsables de servicios de la sociedad de la información presunta-

mente vulneradores de derechos de propiedad intelectual como para la ejecución forzosa de los actos de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de contenidos que vulneren esos derechos de propiedad intelectual poseen un régimen competencial diferenciado del resto de autorizaciones judiciales para ejecución forzosa de actos administrativos por cuanto que el conocimiento de estas específicas solicitudes de autorización judicial para protección de derechos de propiedad intelectual se aparta de la regla general al venirle atribuido a los Juzgados **Centrales** de lo Contencioso-Administrativo. Ello altera también la competencia para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra los Autos que concedan o denieguen las autorizaciones judiciales en estos casos específicos relacionados con la tutela de la propiedad intelectual, ya que los mismos deberán ser resueltos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, mientras que en el resto de los casos la competencia para resolver los recursos de apelación está residenciada en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas.

5. La intervención judicial en las autorizaciones judiciales de entrada para la ejecución forzosa de actos administrativos es específica, preventiva y limitada, ya que el juez no interviene en estos casos para enjuiciar la legalidad del acto administrativo que se trata de ejecutar, sino para garantizar que la restricción que se va a producir del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio con ocasión de la ejecución forzosa de un acto administrativo es inevitable y proporcionada para la realización de intereses o fines públicos ante los que ese derecho particular debe ceder. Pero no por ello debe entenderse que la intervención del Magistrado-Juez se reduce a un mero automatismo formal, sino que la función del mismo en estos supuestos se extiende, de una parte, a la comprobación de la concurrencia en cada caso de los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha definido como necesarios para que pueda otorgarse la autorización judicial de entrada, y, de otra, a establecer las imprescindibles cautelas *ad hoc* sobre el acto de la entrada, entre ellas, las referidas a los aspectos temporales, evitando con ello la discrecionalidad, y mucho más la arbitrariedad, de la Administración en la determinación de estos aspectos, o, un sacrificio excesivo o evitable del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.
6. Por otra parte, de forma desacertada a nuestro juicio, el legislador no ha articulado un procedimiento general para la tramitación y resolución de

las solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada para ejecución forzosa de actos administrativos, desaprovechando, además, los últimos cambios legislativos producidos para haber subsanado la inicial omisión.

Pese a esta ausencia de establecimiento del cauce procesal a través del cual tramitar esas peticiones, sí que es posible establecer un conjunto de reglas que deben respetarse en todo caso en su tramitación. Estas reglas preceptivas se refieren a la forma de iniciación del procedimiento, la audiencia a los interesados, la forma y contenido de la resolución judicial y a los recursos legalmente procedentes.

En particular, sobre la audiencia a los interesados conviene resaltar que, según nuestro criterio, con carácter general constituye un trámite esencial necesario, puesto que es indudable que ha de darse la oportunidad de formular alegaciones a quien es titular del domicilio en el que se pretende la entrada para la ejecución forzosa de un acto a cuyo fin se solicita autorización judicial, dada la intromisión que ello supone en su mayor reducto de intimidad, si bien esas alegaciones deben limitarse a poner de manifiesto la ausencia de uno o más de los presupuestos que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, deben examinarse por el juez con ocasión de estas solicitudes de autorizaciones judiciales de entrada, sin que tales alegaciones puedan, en cambio, extenderse pretendiendo un enjuiciamiento del acto administrativo que se va a ejecutar de modo forzoso, ya que no es éste el objeto de la limitada intervención judicial que se produce cuando se solicita por la Administración una autorización judicial con la referida finalidad.

7. En cambio, el legislador en la reforma legislativa de 2011, a través de la llamada Ley *Sinde*, sí que ha introducido dos procedimientos específicos para la tramitación y resolución de las autorizaciones judiciales de entrada que se solicitan, bien para la exigencia de datos que permitan identificar a los responsables de servicios de la sociedad de la información presuntamente dañinos de derechos de propiedad intelectual, o bien para la ejecución forzosa de los actos de interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o de retirada de contenidos que vulneren la propiedad intelectual, una vez acordada tal ejecución forzosa por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

En el primero de los casos en el procedimiento judicial, que se deberá de resolver en un preteritorio plazo de 24 horas desde la solicitud, se habrá

de otorgar audiencia exclusivamente al Ministerio Fiscal, en tanto que en el segundo de los referidos procedimientos judiciales, el dirigido a obtener la autorización para interrumpir la prestación o retirar contenidos, se contempla una tramitación también breve, aunque no tan sumarísima como en el caso anterior y, como cuestión destacable, la audiencia en este caso no se limitará al Ministerio Fiscal, sino que se extenderá también al representante legal de la Administración y a los titulares de los derechos y libertades afectados o persona que estos designen para representarles, que deberán ser convocados a un acto a presencia judicial en el que, con la debida contradicción, podrán formular sus respectivas alegaciones a favor o en contra del otorgamiento de la autorización judicial interesada.

# Comentarios al decreto-ley 5/2012 de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía<sup>1</sup>

*José Zamorano Wisnes*

Profesor Asociado, Facultad de Derecho  
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DEL DECRETO-LEY. III. LA PROTECCIÓN DEL LITORAL. 1. Las Directrices Regionales de Ordenación del Litoral de Andalucía. 2. El POTA y los POT de ámbito subregional. 3. El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía. A. Objetivo, ámbito y contenido. a) Objetivo. b) Ámbito. c) Contenidos materiales. B. Procedimiento. C. Medidas cautelares. IV. LA ADAPTACIÓN DEL PLANEAMIENTO MUNICIPAL AL POTA. V. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

El presente artículo aborda el estudio del Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía, que modifica la Ley de Ordenación del Territorio (LOTA) para introducir un nuevo plan territorial, el Plan de Protección del Corredor Litoral (PPCLA), heredero en cierto modo de las Directrices de Ordenación del Litoral de Andalucía y con el que se pretende la ordenación unitaria del litoral.

El estudio analiza sus objetivos, ámbito, contenidos materiales, procedimiento de aprobación y la medida cautelar de suspensión de determinados planes parciales cuyo ámbito territorial se encuentre en la zona de influencia prevista en el Decreto Ley. También se ocupa de la modificación de la LOTA que lleva a cabo el Decreto-Ley, con la finalidad de aclarar el carácter prevalente del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía sobre el planeamiento municipal y los mecanismos establecidos para que éste se adapte a aquél. Así mismo, se estudia la adecuación del Decreto-Ley 5/2012 a los presupuestos que legitiman la utilización de una norma de esta naturaleza, lo que arroja una valoración negativa que conduce a abogar por su tramitación como proyecto de ley.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía "Ordenación y gestión integradas del litoral en Andalucía" (SEJ-4770)

El estudio concluye que el PPCLA tendrá un impacto significativo en nuestro litoral, tanto en lo que se refiere a la ordenación del mismo como en lo que concierne al *ius aedificandi* de los propietarios de los suelos incluidos en la zona de influencia de la Ley de Costas cuya calificación actual sea la de suelo no urbanizable (SNU), suelo urbanizable sectorizado o suelo urbanizable no sectorizado, puesto que su conservación conllevará su “congelación” o reclasificación como SNU y, consecuentemente, la limitación de la capacidad edificatoria de los mismos e, incluso, la de algunos usos más agresivos, todo ello con la finalidad de mantener los suelos en un estado próximo al natural.

Palabras clave: Decreto-Ley; litoral; gestión integrada; gestión ecosistémica; conservación; POTA; planeamiento municipal.

#### ABSTRACT

This paper addresses the study of the Decree-Act , of November the 27<sup>th</sup>, which enacted urgent measures on urban planning matters and on the protection of the Andalusian coastline. This decree modified the previous Act of Land-Use Planning (known as LOTA in Spanish) in order to set up a new territorial plan called Plan for the Protection of the Coastal Corridor (known as PPCLA in Spanish). This plan can be seen as an inheritor of the Guidelines for the Planning of the Andalusian Coastline, whose aim was an unified arrangement of the seashore.

This study analyses the objectives of the Decree, its territorial scope, its contents, its procedure of approval and the temporary suspension of those partial plans affected by the territorial scope foreseen in the Decree-Law. This study also deals with the modification of the Act of Land-Use Planning carried out by the Decree. This modification is aimed to make clear the prevalent character of the Andalusian Land-Use Plan over any local planning and the correct adaptation of the latter to the Decree - Law 5/2012. Furthermore, the paper addresses the adequacy of the Decree to the principles that enable the use of that kind of norm. In this sense, the use of Decree-Law for such regulation deserves a negative assessment and justifies, indeed, its enactment as a parliamentary act.

The study concludes that the Plan for the Protection of the Coastal Corridor will have a significant impact in our coastline, regarding the coastal planning. Also the “right to build” of land owners included in the scope of the Coast Act and currently designated as “non-developmental lands”, “developable sectorized lands” and “non-sectorized developable lands” will be affected by the Decree. This is so because its conversion could entail their

reclassification as non-developmental areas and, therefore, limits for future building on them and, even, a restriction for more aggressive uses. The sole aim of this new regulation is to maintain the lands in an status as similar as possible to the natural and original one.

Key Words: Decree - Law, coastline, integrated management, ecosystemic management, conservation, POTA (Andalusian Land-Use Plan), local planning.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

El contenido de la norma objeto de estos comentarios, el Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre<sup>2</sup>, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía, es breve, apenas tres artículos, una disposición adicional, una transitoria y diez disposiciones finales, aún cuando, como se verá, con una impronta apreciable y no exentos de polémica. El primero de los artículos del Decreto-Ley crea la figura del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía (PPCLA) como instrumento de la planificación territorial, para ello modifica el artículo 5.1 de la Ley de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LOTA)<sup>3</sup> e incorpora un nuevo título, el VII, y anexo a la citada Ley. Con este artículo, también, se modifica la primitiva redacción del artículo 22.1 de la LOTA, clarificando la prevalencia del POTA sobre el planeamiento municipal.

En el segundo de los preceptos del Decreto-Ley se adoptan medidas cautelares en relación con el planeamiento de los municipios litorales cuyos ámbitos incluyan suelos urbanizables situados en la zona de influencia y su planeamiento general sea anterior al POTA.

El artículo tercero establece plazos para que los planes generales de los municipios de Andalucía adapten sus determinaciones al POTA, prohibiendo la tramitación de los instrumentos de desarrollo de dichos planes para el supuesto de que la demandada adaptación no se produzca.

La disposición adicional dispone el plazo para elaborar el PPCLA y, una

---

<sup>2</sup> El Decreto Ley 5/2012 ha sido convalidado Acuerdo del Pleno del Parlamento de Andalucía en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2012 publicado por Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía de 12 de diciembre de 2012 (BOJA 28/12/2012)

<sup>3</sup> Ley 1/1994, de 11 de enero.

singularidad de procedimiento, al ordenar que el plan se someta a información pública en un plazo de seis meses desde el decreto de formulación.

La disposición transitoria regula el régimen de derecho transitorio para la tramitación de los planes urbanísticos que se vean afectados por las modificaciones introducidas por las disposiciones finales primera a octava.

Por último, las disposiciones finales primera a octava modifican, unificando, los plazos establecidos por las distintas leyes sectoriales de la CAA para que las Administraciones sectoriales emitan informe en el procedimiento de aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Por tanto, en la norma estudiada se contienen tres grupos de medidas claramente diferenciables, aún cuando, en ocasiones unas y otras se relacionan: por un lado aquellos preceptos que tienen por finalidad la creación de una nueva figura de planeamiento territorial, cuyo objeto es la mejora de la protección del litoral; en segundo lugar el establecimiento de plazos a fin de conseguir la adaptación del planeamiento municipal al POTA y, por último, las Disposiciones Finales cuya función no es otra que agilizar la tramitación del planeamiento municipal mediante la modificación de la normativa sectorial andaluza.

## II. LA UTILIZACIÓN DE LA TÉCNICA DEL DECRETO LEY

Para la elaboración de la norma enunciada el Gobierno andaluz utiliza la técnica legislativa del Decreto-Ley que justifica, una vez más, “en el contexto de grave crisis económica”, resulta sorprendente la pobreza de argumentos que tal justificación entraña, con la que se priva al Parlamento de su principal función: legislar<sup>4</sup>.

En las líneas siguientes vamos a centrarnos en el estudio de los presupuestos habilitantes necesarios para poder utilizar este tipo normativo para, a continuación aplicarlas al Decreto-Ley comentado, si bien, dejamos apuntado, desde este momento las dudas que nos ofrece su utilización en relación con las medidas normativas adoptadas en el Decreto-Ley 5/2012.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone en su artículo 110.1 que “En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Consejo de Gobierno podrá

---

<sup>4</sup> Aún cuando se trata de una obviedad, puede verse en este sentido la STC 1/2012 (FJ 9º).



dictar medidas legislativas provisionales en forma de decretos-leyes, que no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía. No podrán aprobarse por decreto-ley los presupuestos de Andalucía”. Como puede observarse el artículo citado reproduce, casi literalmente, el artículo 86 CE, por lo que en el estudio de los presupuestos habilitantes nos centraremos en la jurisprudencia constitucional y doctrina que han estudiado éste.

Los presupuestos habilitantes necesarios para la utilización de la técnica del Decreto-Ley son un concepto jurídico indeterminado<sup>5</sup>, como ha puesto de manifiesto, de forma mayoritaria por la doctrina. Tasado por la doble adjetivación de una necesidad que a la vez sea extraordinaria y urgente, como mantiene Salas<sup>6</sup>, es preciso que se produzca una circunstancia extraordinaria, lo que supone una valoración cualitativa de la necesidad y, urgente al mismo tiempo, de modo que sí, ésta admite dilación, sin perjuicio grave de su eficacia, o dicho de otro modo, cuando la situación pueda razonablemente esperar a ser regulada por una Ley votada en el Parlamento, no es posible la utilización del Decreto-Ley<sup>7</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha optado por una solución flexible y matizada, de modo que se acude a esta solución normativa como una posibilidad no traumática<sup>8</sup>, si bien en el proceso, como afirma Pulido Quevedo, ha terminado por convertir el presupuesto habilitante en un concepto jurídico indeterminado de muy poca eficacia para el control del ejercicio indebido del Decreto Ley. Así, a título de ejemplo pueden citarse las sentencias 189/2005;

---

<sup>5</sup> La posición mayoritaria está representada, entre otros, por Salas Hernández, J. (1979), página 30; Muñoz Machado, S (2006), página 640; Medina Guerrero, M. (2010), página 285 o Herráiz Serrano, O (2011), página 113. Frente a dicha tesis, Morillo-Velarde Pérez, JI (1989), página 830, mantiene que se trata de “discrecionalidad” de muy difícil control siempre que no se haga un uso arbitrario. Una posición similar mantiene Rebollo Puig, M. (2008), páginas 177 y 178 al afirmar que más que concepto jurídico indeterminado estamos en presencia, cuando menos tal y como se ha interpretado por la jurisprudencia constitucional, de una potestad discrecional, la posición de estos dos últimos autores se vería avalada por la ductilidad con que la jurisprudencia constitucional ha interpretado los presupuestos habilitantes, de los que se ha dicho que el “juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado” tiene un peso importante en la apreciación de dichas circunstancias, afirmando a continuación que no se trata de una cláusula vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes (SSTC 31/2011; 137/2011; 1/2012; 39/2013)

<sup>6</sup> Salas Hernández, J. (1979), página 30, En igual sentido Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (1985), página 118, o Barreiro González, G.J. (2003), páginas 52 y 54.

<sup>7</sup> Núñez Lozano, M.C. (2003), páginas 350 y 351.

<sup>8</sup> En tal sentido Barreiro González, G.J (2003), páginas 47 y 48.

329/2005; 68/2005 o más recientemente 137/2011 y 237/2012. En ellas el Tribunal estudia lo que de extraordinario debe tener la situación que se pretende modificar, al afirmar, que “nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del Decreto-Ley (...) ni se limita a permitirlo de una forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, de modo que la utilización de este instrumento normativo se estima legítima en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados por la gobernabilidad del país (...)”<sup>9</sup>, poniendo, en consecuencia, el acento del control de constitucionalidad en el adjetivo “urgente”, de esta forma, se ha mantenido que el fin que justifica la legislación de urgencia no es otro que subvenir situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta<sup>10</sup>.

Centrados en la “urgencia”, es preciso que exista la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas en el Decreto-Ley y la situación de hecho que se pretende corregir de modo que, seguimos en este punto a Ramallo Massanet<sup>11</sup>, es imprescindible que se den los siguientes requisitos: a) que las medidas mantengan relación directa o indirecta con la situación que se trate de afrontar<sup>12</sup>; b) que la medida modifique de manera instantánea la situación jurídica existente; c) que la medida no consista en una deslegalización que difiera al futuro la regulación por el Gobierno de la materia deslegalizada; d) que la medida no afecte a la estructura del ordenamiento; e) la permanencia de las medidas adoptadas por vía de Decreto-ley tienen siempre carácter provisional, en tanto no se conviertan en una ley formal ordinaria<sup>13</sup>.

La enumeración de los presupuestos ha de completarse, añadiendo, la necesidad de motivar, suficientemente, la existencia del presupuesto de hecho habilitante lo que no se satisface con formulas estereotipadas<sup>14</sup> pues como, afirma el Tribunal Constitucional, aquélla tiene que ser “explícita y razonada”, y

<sup>9</sup> Véase además de las sentencias citadas las 11/2002 (FJ 4º); 137/2003 (FJ 3º).

<sup>10</sup> SS 5/1983 (FJ 3º); 137/2011 (FJ 4º).

<sup>11</sup> Ramallo Massanet, J. (2003), páginas 435 a 437. Véase en sentido similar en relación a la inmediatez y la innovación del ordenamiento jurídico Rebollo Puig, M. (2008), páginas 180 y 181.

<sup>12</sup> Véase las SSTC 11/2002, FJ 6; 68/2007 FJ 8, 1/2012 FJ 6 o 39/2013 FJ 5.

<sup>13</sup> Salas Hernández, J. (1979), página 42, mantiene que la provisionalidad del Decreto-Ley se afirma en tanto técnica de manifestación de voluntad y no de su contenido.

<sup>14</sup> SSTC 332/2005; 137/2011.

existir “una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituya el presupuesto habilitante y las medidas” que en la norma se adopten. El examen de la concurrencia de estos requisitos ha de deducirse de la valoración conjunta de la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma<sup>15</sup>.

Examinemos pues, las medidas legislativas concretas aprobadas por el Decreto-Ley 5/2012, para aproximar, si se quiere de forma indiciaria, una respuesta positiva o negativa a la cuestión planteada del cumplimiento por parte del mismo de los presupuestos habilitantes y, fundamentalmente, a la situación de urgencia definida.

La primera medida consiste, como vimos, en crear un nuevo instrumento de planificación territorial: el PPCLA, para cuya aprobación se concede el Ejecutivo legislador un plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor del Decreto-Ley, plazo que podrá ser ampliado, si bien excepcionalmente (Disposición Adicional Única); debiendo de someterse el Plan a información pública en un plazo de seis meses desde que se apruebe el decreto de formulación (Disposición Adicional)<sup>16</sup>, con lo que se están sentando las bases para “un desarrollo económico sostenible a medio y largo plazo” (Comparecencia del Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente)<sup>17</sup>. En consecuencia ¿donde está la urgencia? ¿cómo es posible sostener que en plazos menores no se puede tramitar una ley por procedimiento de urgencia? Veamos un ejemplo: el BOPA de 3 de julio de 2012 publica el Proyecto de Ley 9-12/PL-0000002, por el que se modifica la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía<sup>18</sup>, pues bien, dos meses y medio después, el 19 de septiembre publicaba el BOPA el acuerdo de Pleno de aprobación de la Ley, y el 1 de octubre, se publicaba en el BOJA la modificación de la Ley de Administración de la Junta, es decir un plazo de tres meses, la mitad del plazo que se concede el Gobierno andaluz para iniciara el periodo de información pública del PPCLA.

<sup>15</sup> SSTC 29/1982 (FJ 3º); 68/2007 (FJ 6º); 137/2011 (FJ 4º); 237/2012 (FJ 4º).

<sup>16</sup> Estos plazos fueron reiterados por el Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en su comparecencia ante el Pleno del Parlamento Andaluz en el debate previo a la convalidación del Decreto Ley 5/2012, llegando a afirmar que “Se va a hacer un gran esfuerzo por acelerar la elaboración de este plan, por redactarlo en un plazo de seis meses ...//...” (DSPA número 23).

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Este Proyecto de Ley procede de la Convalidación del Decreto-Ley 2/2012.

En otra línea argumental, y haciéndonos eco, de la jurisprudencia constitucional sobre medidas como la adoptada, el Tribunal Constitucional ha mantenido que, para hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad, las medidas adoptadas han de ser concretas y de eficacia inmediata y, por tanto, dado su carácter no pueden alterar la estructura del ordenamiento (SSTC 29/1982, FJ 6º, 1/2012 FJ 12º), y debe existir una conexión de sentido entre la situación definida que constituya el presupuesto de hecho y las medidas que se adoptan.

Pues bien, la medida legislativa comentada, ni es urgente, ni es concreta, su eficacia se dilata a varios años después de la aprobación del Decreto-Ley y no se acierta a adivinar la relación existente entre la “grave crisis económica” (presupuesto habilitante) y la medida que venimos comentando: creación de un nuevo plan territorial, que, ciertamente, permitirá intervenir en el ámbito del litoral pero ni se dice, ni se intuye, como ello va a contribuir a superar o hacer menos gravosa para los ciudadanos la “grave crisis económica”, ni siquiera como va a contribuir a crear un nuevo modelo turístico en Andalucía.

La segunda de las medidas legislativas consiste en dar nueva redacción al artículo 22.1 de la LOTA, aclarando que el POTA también es vinculante para los planes municipales. Mis reticencias en relación con la misma son de dos tipos: en primer lugar, como justificaré más adelante esta modificación no hace sino reiterar la previsión del artículo 21.2 LOTA con lo que mal puede predicarse de la misma el carácter de extraordinaria y, mucho menos, de urgente. En segundo lugar, y teniendo en cuenta que el POTA fue aprobado por Decreto 206/2006, de 28 de diciembre y publicado en el BOJA de 29 de diciembre, parece difícil sostener que existen medidas relativas a su aplicación que son urgentes seis años después, sin ignorar que el Tribunal Constitucional ha mantenido que la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno (SS 11/2002 FJ 6, 1/2012 FJ 6 y 39/2013 FJ 8), en ambas sentencias existe a juicio del Tribunal un déficit normativo que provoca la necesidad de una regulación urgente, sin embargo, cuando la regulación se inserta en un proceso continuado e iniciado varios años antes, el Tribunal Constitucional ha declarado la nulidad por no reunir los requisitos de “extraordinaria y urgente necesidad”, como ocurre con el artículo 1 del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio (sentencia 137/2011, FJ 7º). Tampoco parece fácil establecer un nexo causal entre la situación de “grave crisis económica” y la medida adoptada y, mucho menos, justificar como la misma puede contribuir a paliar la situación coyuntural o debiéramos decir ¿estructural?

El artículo segundo establece, la adopción de medidas cautelares urgentes en el ámbito del litoral, este precepto ofrece más dudas, puesto que se articula como una derivada de la regulación del nuevo PPCLA los razonamientos expuestos respecto del mismo deben ser aplicados a ésta última. Ahora bien, es cierto que se trata de una medida concreta, de eficacia inmediata con la que se dispensa al litoral de una protección adicional no prevista en la LOTA en base a lo cual podría justificarse la urgencia de la misma, por otro lado, sobre ella insiste la exposición de motivos al afirmar que “la tramitación como Decreto Ley se justifica por la necesidad de suspender de forma inmediata y urgente durante la elaboración del PPCLA la tramitación de los planes de sectorización y de los planes parciales en suelo urbanizable ubicados en el ámbito del Plan”. Por tanto, nos inclinamos a pensar que en este punto el Decreto-Ley cumple los presupuestos habilitantes establecidos en el EAA.

La cuarta medida, contenida en el artículo 3º, supone la regulación de los plazos en que el planeamiento municipal debe adaptarse al POTA, entendemos que tampoco en este caso puede predicarse la urgencia por cuanto: a) han transcurrido seis años desde la aprobación del Plan Andaluz por lo que mal puede predicarse ahora urgencia alguna y, mucho menos, imprevisibilidad; b) no se establece disposición alguna de inmediata entrada en vigor, al contrario, como pondremos de manifiesto en su momento, en los casos extremos, la revisión de los planes municipales se puede demorar hasta seis años, sin tener en cuenta la demora adicional que supone su elaboración y tramitación; c) es una medida de la que no se puede predicar, en absoluto, su carácter extraordinario, pues como se razonará en su momento, innova poco el ordenamiento jurídico existente, hasta el punto de que nos atreveríamos a afirmar que se trata de una norma con un contenido jurídico irrelevante.

Por último, las Disposiciones Finales una a ocho modifican, unificando, los plazos establecidos por las distintas leyes sectoriales de la CAA para que las Administraciones sectoriales emitan informe en relación a los instrumentos de planeamiento urbanístico, se trata de una medida que agilizará, o cuando menos eso pretende, la tramitación del planeamiento municipal, en tal sentido, es una medida concreta, y puede repercutir favorablemente en el desarrollo de actividades económicas, por lo que pudiera incidir favorablemente en la “grave crisis económica”, de modo que parece admisible la adopción del Decreto-Ley para la misma.

Por todo ello y, dadas las dudas que ofrecen las razones de urgencia esgrimidas por el Gobierno, sería deseable su tramitación como Proyecto de Ley, evitando así el vacío legal que se producirá ante un hipotético, o no tan hipotético.

tético<sup>19</sup>, recurso contra el Decreto Ley sí, una vez aprobado el PPCLA, aquél fuese anulado dejando a éste sin la cobertura legal necesaria, más cuando el Plan, probablemente, incidirá sobre derechos constitucionales como el de propiedad o libre empresa. De tramitarse como Proyecto de Ley se habría conseguido uno de los efectos principales queridos por la norma: congelar el planeamiento urbanístico que afecte al litoral y, se dotaría de mayor seguridad jurídica al nuevo Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía con una ley tramitada en sede parlamentaria.

### III. LA PROTECCIÓN DEL LITORAL

El Decreto-Ley 5/2012 cierra, por ahora, el círculo de la protección del litoral de Andalucía que se inició hace poco menos de veintiocho años con la aprobación del Decreto 76/1985, de 3 de abril, promulgado con la única finalidad de regular el contenido y procedimiento de aprobación de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía.

Durante estos años, el planeamiento territorial no ha sido capaz de limitar las tendencias expansivas hacia la ocupación del litoral de determinados planeamientos municipales así, por señalar sólo alguno de los casos que han tenido mayor incidencia mediática, pueden citarse: El Algarrobico, Las Aletas o Valdevaqueros. Es más, podría afirmarse que, incluso en algunos casos se han alimentado estas tendencias, como ocurre con el recientemente anulado artículo 65 del POT de la Costa del Sol que, autorizaba en zonas que con carácter general eran calificadas como SNU de especial protección, la realización de actuaciones singulares de excelencia turística.

Ello ha ocurrido a pesar de disponer desde el año 1985 de un diagnóstico correcto tanto en cuanto a la sensibilidad del espacio litoral como a los peligros que se ciernen sobre él e incluso al interés regional o supralocal de su defensa y protección, véase en tal sentido la exposición de motivos del Decreto 76/1985:

“Sobre este medio se desarrolla un elevado grado de ocupación, con multiplicidad de usos y actividades -terrestres y marítimas- que generan no sólo una alta conflictividad entre sus ocupantes y usuarios, sino tam-

---

<sup>19</sup> El Grupo Popular en el Parlamento de Andalucía anunció en el debate para la convalidación del Decreto-Ley la adopción de medidas “políticas y legales” contra el Decreto-Ley.

bién la acumulación de riesgos e impactos que se traducen en un ritmo de deterioro y degradación altamente preocupante. En la medida en que el litoral y medio marino constituyen una importante reserva económica y ambiental que precisa de una cuidadosa y eficaz gestión para asegurar la preservación y renovación de sus recursos, y en la medida también en que la mayoría de las actividades sobre ellos desarrolladas constituyen manifestaciones de los procesos productivos asociados al desarrollo de la economía regional, es necesario que cada una de estos usos y actividades se desenvuelvan en condiciones óptimas, logrando el máximo de compatibilidad entre ellos, respetando el ecosistema en que se desenvuelven”.

### **1. Las Directrices Regionales de Ordenación del Litoral de Andalucía.**

Las Directrices Regionales aprobadas por Decreto 118/1990, de 17 de abril es la primera norma en nuestro Estado que de una forma global aborda la protección del litoral de una Comunidad Autónoma<sup>20</sup>.

La Directrices suponen un esfuerzo por favorecer un desarrollo sostenible del litoral andaluz. Con esta finalidad asignan al planeamiento urbanístico la obligación<sup>21</sup> de proteger los espacios naturales y los ecosistemas necesarios para el mantenimiento del equilibrio ecológico, y para, evitar la formación de nuevos núcleos de carácter exclusivamente turístico o residencial (separados de la ciudad existente)<sup>22</sup>. Orientando las actividades hoteleras y residenciales hacia los suelos consolidados, garantizando en cualquier caso su integración con la estructura “general y orgánica del territorio”. Entre sus directrices merece destacarse en este momento, las de detener los procesos que uniformicen la ordenación urbanística del litoral, evitar el trazado costero de nuevas infraestructuras de transporte, asegurar el libre acceso a la costa, así como, favorecer la utilización del territorio litoral para usos agrícolas, ganaderos, forestales, turísticos y pesqueros, todo ello conservando el equilibrio ecológico.

---

<sup>20</sup> Sobre las Directrices puede verse el temprano estudio de Ortiz Díaz, J. (1990), páginas 26 a 31 y López Menudo, F. (1990), páginas 173 a 208.

<sup>21</sup> Sobre el carácter normativo de las Directrices puede verse los autores citados en nota anterior.

<sup>22</sup> Es reseñable cómo desde el planeamiento municipal se ha incumplido la referida directriz, que se repetirá tiempo después en el POTA, y se han creado importantes núcleos turísticos separados del núcleo urbano a cuyo término municipal pertenecen. Así, a título de ejemplo, pueden citarse los núcleos de Costa Ballena en Cádiz o Islantilla, Isla Canela o Puente Esuri en Huelva.

Las Directrices definen en los artículos 6 a 12, ambos inclusive, unas líneas de actuación y coordinación administrativa que se anticipan a las recogidas años después en los documentos europeos relativos a la política marítima integrada de la UE. De este modo, afirman que: “El espacio litoral está formado por dos sistemas naturales indisolublemente relacionados, mar y tierra. La ordenación y gestión de este espacio deberá desarrollarse de forma global e integrada”<sup>23</sup>, por lo que se postula una actuación concertada y coordinada de las Administraciones públicas<sup>24</sup>.

El referido planeamiento territorial identifica en el artículo 3º ocho unidades territoriales: 1) sierras litorales y prelitorales; 2) acantilados; 3) dunas y arenales costeras; 4) ramblas; 5) lagunas litorales; 6) playas; 7) estuarios y marismas; y 8) provincia nerítica y plataforma continental<sup>25</sup>.

De las unidades territoriales referidas, vamos a detenernos exclusivamente en las playas por no ser las Directrices el objeto de nuestro estudio, por ser la única que se repite en todo el litoral y, por su extraordinaria sensibilidad a cualquier actuación en las mismas. Las playas se definen como “las acumulaciones de sedimentos marinos unidos a la costa y que conforman la película transitoria de detritos de roca que se acumulan a lo largo y sobre una terraza de erosión de ola. La composición de sus materiales varía desde cantos muy gruesos hasta arena fina”. Definición que en lo esencial coincide con las previsiones del artículo 3.1.b) LC, cuyas disposiciones prevalecerán en todo caso.

Las directrices para esta unidad territorial son las de mantener libre de toda infraestructura la zona intermareal, conservar el carácter de espacio natural de la playa, dunas y arenales y mantener libre de toda ocupación la ribera del mar. El planeamiento urbanístico identificará en aquellas zonas donde sea posible una zona de influencia superior a los 500 metros<sup>26</sup>; por otro lado, se impone a los planes generales la obligación de establecer normas relativas a la altura, localización y orientación de las construcciones de manera que no se pro-

---

<sup>23</sup> Obsérvese como el sentido de dicha previsión coincide en lo esencial con la contenida en la Recomendación GIZC: “la protección del medio ambiente costero, formulado en términos de ecosistemas y capaz de preservar la integridad y funcionamiento de los mismos, así como la gestión sostenible de los recursos naturales de los componentes tanto marinos como terrestres de las zonas costeras”.

<sup>24</sup> También destaca este aspecto de las Directrices Sanz Larruga, F.J. (2010), página 1437.

<sup>25</sup> La identificación de las referidas unidades territoriales supone un reconocimiento y valoración de las características fisiográficas del litoral, como afirma Acosta Bono, G. (1999), página 116.

<sup>26</sup> Es sabido, que la extensión de la zona de influencia prevista en la Ley de Costas tiene el carácter de mínima (artículo 30.1).



duzcan graves alteraciones en el régimen de brisas, lo que supone la ampliación del objeto del artículo 30 LC al ordenar la edificación teniendo en cuenta el régimen de brisas para evitar alteraciones en el mismo y no sólo evitar la formación de pantallas (artículo 30.1.b).

El fracaso o si se prefiere la poca incidencia real de las Directrices, a pesar de la valoración positiva que merecieron y merecen, tiene a mi juicio varias causas: en primer lugar su nulo valor normativo por causa de su no publicación (como es sabido sólo se publicó el Decreto de aprobación y no su contenido normativo, ni los planos que la acompañaban) lo que las hizo jurídicamente ineficaces<sup>27</sup>; en segundo lugar, por su propio carácter de avance del planeamiento por lo que su eficacia se encomendaba al planeamiento municipal; y por último, al abandono por la Administración autonómica de las mismas y confiar la protección del litoral a los planes territoriales diseñados por la LOTA y, en especial, a los planes subregionales.

## 2. El POTA y los POT de ámbito subregional.

Encomendar la protección del litoral al POTA y los POT supone un giro en la línea emprendida por las Directrices Regionales, por cuanto el POTA se limita a fijar un marco<sup>28</sup>, no siempre respetado por los POT, como veremos, por lo que en la práctica ésta se encarga a quince planes de carácter subregional aprobados entre los años 2002 y 2012, uno de cuyos cometidos es la protección del litoral y, no el más importante, si atendemos a los objetivos del Gobierno andaluz explicitados en los Decretos de formulación.

El POTA comienza por afirmar que este dominio es el espacio más dinámico, tanto desde el punto de vista demográfico como territorial y económico. Identifica las tendencias actuales hacia una progresiva transformación del territorio costero y un aumento de la densidad de ocupación urbana y turística, junto con un aumento en la presión sobre los recursos naturales. Y afirma que, “la evolución económica del conjunto de la región vendrá determinada

---

<sup>27</sup> Ello dió lugar a diversas denuncias del Defensor del Pueblo, véase en tal sentido el Informe Especial del Defensor del Pueblo de Andalucía de diciembre de 2009, donde se expone el desconocimiento de las mismas por parte de muchos Ayuntamientos y su inaplicación por las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo (páginas 37 y 38), y se recomienda que se proceda a la urgente publicación de su texto íntegro. Y, también el informe sobre “La ordenación y protección del espacio litoral andaluz” de octubre de 1995.

<sup>28</sup> Como afirmará tempranamente López Menudo, F. (1990), página 177, “un marco común en el que encajan todas las piezas de la planificación sectorial y proporciona fundamento y soporte a los instrumentos de planeamiento de menor ámbito”.

en el futuro, en gran medida, por la capacidad de las zonas costeras para continuar impulsando la actividad económica y la modernización del sistema productivo”<sup>29</sup>.

Partiendo de la situación descrita y las tendencias que analiza, el POT A delega las medidas correctoras en los planes subregionales que se formulen, si bien anticipa algunos criterios de ordenación que tienen carácter normativo<sup>30</sup>: a) dar prioridad a los crecimientos urbanos basados en la reordenación y recalificación de zonas de los cascos urbanos consolidados<sup>31</sup>; b) respetar la protección integral de los ecosistemas litorales (acantilados, dunas, arrecifes, zonas húmedas), así como evitar la formación de continuos urbanos en el frente costero<sup>32</sup>; c) elaborar planes de recalificación turística que incrementen la calidad de la oferta; d) en los ámbitos menos consolidados del desarrollo turístico, realizar planes de Promoción Turística; e) en los ámbitos consolidados de agricultura intensiva, establecer criterios de gestión del agua, para la supresión a largo plazo de productos químicos en la agricultura, definición de requerimientos especiales para la ordenación urbanística y de dotaciones y servicios.

---

<sup>29</sup> Las principales tendencias que se observan en el dominio litoral son: a) La concentración de un potente sistema urbano compuesto por cinco de los Centros Regionales y varias potentes Redes de Ciudades Medias, con unos fuertes ritmos de crecimiento de los usos urbanos e infraestructuras, caracterizado por unos procesos de urbanización escasamente ordenados y que tiende a una ocupación intensiva de la totalidad de espacio rural y natural costero; b) La inadecuación entre el ritmo de crecimiento y el de creación de nuevas dotaciones del sistema de transporte; c) El intenso proceso de crecimiento de las actividades turísticas basadas en el aprovechamiento de las condiciones naturales costeras, que ha consolidado un sector económico estratégico para Andalucía, cuya recalificación constituye un requisito esencial para su sostenibilidad económica y para la sostenibilidad ecológica del litoral a largo plazo; d) El igualmente intenso ritmo de crecimiento de las nuevas agriculturas, cuya sostenibilidad económica se ve directamente comprometida por factores ambientales y ecológicos tales como la disponibilidad de agua y la contaminación de acuíferos; e) El resultado de conjunto es que los recursos naturales y sus condiciones ambientales se ven sometidos a unos niveles de presión muy elevados, apuntando las tendencias actuales al incremento de dichos niveles en el futuro.

<sup>30</sup> Recuértese que conforme al artículo 21 LOTA, las determinaciones de carácter normativo de los planes son directamente aplicables a las Administraciones Públicas y a los particulares.

<sup>31</sup> Acosta Bono, G. (1999), página 122, expone lo complejo que resulta la reconversión de estos espacios. A su vez, Arana García, E. y Torres López, M.A. (2009), página 332, puntualizan, que la dificultad se acrecienta al tratarse de una ordenación tradicional que contempla el litoral exclusivamente desde el punto de vista de los desarrollos urbanos.

<sup>32</sup> El POT A incide y potencialmente amplía los condicionantes a los usos edificatorios en la zona de influencia de la LC: no se trata sólo de evitar la formación de pantallas arquitectónicas, sino en general de evitar los continuos urbanos en el frente costero, lo que supone, a mi juicio, impedir la ocupación lineal del litoral con usos urbanos.

En consecuencia, podemos afirmar que, para el POTA la sostenibilidad del litoral se fundamenta en mantener el modelo de ciudad mediterránea con crecimientos contiguos al suelo urbano existente, garantizar protección y conservación de los ecosistemas litorales y, el fomento de la economía a través del desarrollo turístico y la agricultura intensiva.

A partir de estos postulados los POT debieron ordenar el litoral, sin embargo, estos se han caracterizado por: a) algunos de ellos, en concreto seis<sup>33</sup>, se aprobaron con anterioridad al POTA sin que hasta la fecha sus determinaciones hayan sido adaptadas a aquel plan, a pesar de que, como dijimos, alguna de ellas son contradictorias con el planeamiento superior; b) estos planes de ámbito subregional han gozado de un alto grado de autonomía en su elaboración hasta el punto que en algún momento resulta difícil encontrar la existencia de una dirección común que los homologue, afirmación que puede matizarse respecto de los planes aprobados a partir del año 2009 (fundamentalmente en relación con el corredor litoral), sin que esta falta de respuestas unitarias responda siempre a diferencias territoriales, así resulta llamativo, que no se mantenga un criterio común a la hora de ordenar o no el espacio marino; c) en los POT de ámbito subregional han primado más el desarrollo económico, fundamentalmente turístico y residencial, que la protección del litoral<sup>34</sup>, así han descuidado elementos territoriales de gran importancia para el litoral como las marismas, delegando su ordenación al planeamiento ambiental, con la salvedad del POT de la Bahía de Cádiz o, las playas, cuya exigua regulación remite a unos planes de playa inexistentes, sin posicionarse sobre algunas cuestiones que han ocupado un lugar de cierta relevancia en la agenda política, como la ubicación de los llamados “chiringuitos” o la celebración de determinados eventos en las mismas, hasta el punto de existir regulaciones más exhaustivas sobre las playas en los planes de la Consejería de Turismo<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> POT del Poniente de Almería, aprobado por Decreto 222/2002; POT de Doñana, aprobado por Decreto 341/2003; POT de la Bahía de Cádiz, aprobado por Decreto 462/2004; POT de la Costa Occidental de Huelva, aprobado por Decreto 130/2006; POT de la Costa del Sol de Málaga, aprobado por Decreto 142/2006; POT de la Costa del Sol Oriental de la Provincia de Málaga, aprobado por Decreto 147/2006.

<sup>34</sup>Característica, de alguna forma reconocida por la Administración andaluza al establecer en la exposición de motivos del Acuerdo de 29 de enero de 2013 por el que se formula el PPCLA: “Los planes de ordenación del territorio de ámbito subregional han establecido criterios al planeamiento urbanístico para la ordenación de los municipios costeros, pero se precisa de un instrumento específico de protección que aborde el corredor litoral en su integridad a escala adecuada, a fin de servir de orientación a los planes municipales en su ordenación detallada”.

<sup>35</sup> Desde la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte se elaboró en julio de 2005 un plan de playas denominado “playas divertidas de Andalucía” que puede consultarse en <http://www.juntadeandalu>

De los POT de ámbito subregional, además de lo dicho, parece conveniente destacar dos elementos por su interés para el estudio del Decreto-Ley 5/2012, por un lado la definición más o menos homogénea, a partir del año 2009, del “corredor litoral” cuyo ámbito incluye: el dominio público marítimo terrestre, la servidumbre de protección y los suelos clasificados como no urbanizables y urbanizables no ordenados en una banda de al menos 200 metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, este ámbito se excluye de su transformación urbanística fomentando en ellos las actividades de ocio, recreativas y deportivas.

El segundo elemento a destacar es como a través de las excepciones establecidas en los mismos han dejada en letra muerta la norma del POTA que impone un crecimiento continuo al núcleo urbano, así el POT de la Costa del Sol Oriental mantiene la regla anterior fundamentalmente para los suelos de uso residencial. En el caso de los suelos de uso vacacional<sup>36</sup> se establece un distinto tratamiento si son colindantes<sup>37</sup> o si no lo son, pero no se limitan los crecimientos discontinuos con el suelo urbano cuando se trata de usos vacacionales; el POT del Litoral Occidental de Huelva permite la consolidación de los suelos discontinuos existentes en el planeamiento anterior al POT, y aun cuando no hubieran iniciado su desarrollo siempre que se trate de suelo de uso turístico o, finalmente, el POT de la Bahía de Cádiz tiene en cuenta la necesidad de valorar la incidencia que produzcan en los ecosistemas afectados y en los recursos naturales y paisajísticos del entorno, la valoración de la capacidad de las infraestructuras existentes para absorber los nuevos crecimientos<sup>38</sup>. Ello ha producido que pese a las prohibiciones y limitaciones existentes desde 1991 en las Directrices Regionales, en nuestra Comunidad han proliferado los crecimientos discontinuos con el núcleo urbano existente, provocando, en no pocas ocasiones, y desde luego en momentos de crisis como el actual, espacios difíciles de proveer de los más elementales servicios urbanos y, en consecuencia, con un costoso mantenimiento tanto para los Ayuntamientos como para los propietarios, formando un espacio de exclusividad.

---

cia.es/turismocomercioydeporte/opencms/planificacion/turismo/plan\_0004.html. Última consulta 12/12/2012.

<sup>36</sup> Éste parece ser un uso más amplio que el turístico, común a la mayoría de los planes, que debe incorporar no sólo el uso turístico sino también el de segunda residencia.

<sup>37</sup> De ser colindantes deberán garantizar la continuidad urbana, estableciendo para ellos una edificabilidad no residencial del cuarenta por ciento de la edificabilidad total y, como recomendación, que la edificabilidad bruta no sea superior a  $0,3 \text{ m}^2/\text{m}^3$ .

<sup>38</sup> Este criterio debería ser de general aplicación sea donde fuere que se produzca el nuevo crecimiento, pues para todos ellos es preciso que existan infraestructuras, sobre todo de agua y eléctricas, suficientes.

Probablemente el POTA es consciente de este relativo fracaso de la política de protección del litoral de nuestra Comunidad, por lo que propugna un “programa regional de ordenación del litoral”. Este programa debiera abordar, como afirma el POTA, las políticas regionales en materia de ordenación del territorio y medio ambiente, las políticas turística, fundamentalmente los modelos de implantación turística; agrícola, especialmente en lo que se refiere a la agricultura intensiva e invernaderos; hidráulicas y forestales. De este modo, la propuesta del Plan Andaluz postulando la formulación de un nuevo programa regional de ordenación del litoral que aborde “la complejidad de los procesos de desarrollo territorial que se producen en el litoral” parece ser el antecedente inmediato del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía (PPCLA).

### **3. El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía.**

Como se dijo, Andalucía vuelve a sus orígenes encomendando la protección, conservación y puesta en valor del litoral a un plan regional cuyo cometido será la protección del espacio que él mismo defina como litoral y, el establecimiento de las normas que garanticen un tratamiento homogéneo del mismo.

Con tal objeto, el artículo primero del Decreto-Ley 5/2012 modifica el artículo 5º y 22.1 de la LOTA y añade a la misma un nuevo título, el séptimo. Estas modificaciones tienen como finalidad incorporar a la ordenación del territorio de Andalucía un nuevo plan territorial denominado Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía (PPCLA), con el que se pretende, por un lado, ordenar el litoral salvando las omisiones de los POT y, en segundo lugar, que dicha protección sea homogénea, común a en todo espacio costero andaluz, pretensiones ambas que merecen ser alabadas, aún cuando, a nuestro juicio, no era precisa la reforma acometida para que se pudiera elaborar un plan de estas características.

Un plan como el propuesto tendría dos coberturas posibles: a) como plan territorial de ámbito subregional cuyo territorio abarcase la totalidad de los términos municipales con litoral (artículo 14 LOTA) y, b) un plan de carácter intermunicipal amparado en una interpretación laxa del artículo 11 de la LOUA, con la ventaja adicional, en este caso, de que estos planes pueden clasificar suelo, lo que permite que sus efectos sobre el litoral tengan una mayor inmediatez. Posibilidad, esta última, que tampoco se cierra por la elaboración y aprobación del PPCLA.

El PPCLA, en consecuencia, se incorpora a la ordenación del territorio como un nuevo tipo de plan territorial caracterizado por tener un ámbito infe-

rior al de la Comunidad Autónoma, pues abarca la totalidad de los municipios litorales de nuestra CA sin ordenar, necesariamente, la totalidad de sus términos, es decir, un plan de ordenación cuyo ámbito se limite al litoral en sentido estricto como ocurre en otras CCAA, fundamentalmente responden a este modelo los Plan Director Urbanístico del Sistema Costero (PDUSC) de la Comunidad Autónoma de Cataluña y, en menor medida, el POLA asturiano, si bien estos son planes urbanístico y no territoriales.

Este modelo con un plan único que ordena la totalidad del litoral, aparentemente, ha funcionado bien en Comunidades como Cataluña y el Principado de Asturias, sin embargo, en nuestra CA puede tener algunas dificultades derivadas del tamaño del litoral andaluz, muy superior a las CCAA citadas, casi mil kilómetros de costa, frente a los 547 kilómetros del litoral catalán y 200 kilómetros del asturiano. Por ello, a nuestro juicio, hubiese sido conveniente crear, junto al PPCLA, la figura de planes territoriales litorales de ámbito inferior y sometidos jerárquicamente a aquél que ordenasen, por ejemplo, unidades fisiográficas de características similares. No obstante y, a falta de estos planes de ámbito inferior, se pueden utilizar con la misma finalidad los POT, ahora ya, con unos objetivos y determinaciones claros en cuanto a la protección del litoral se refiere, en cuanto éstos vendrían impuestos desde el PPCLA o, lo que a mi juicio puede ser más interesante, los planes intermunicipales, lo que permitiría clasificar suelo directamente, sin necesidad de esperar al planeamiento municipal.

En detrimento de esta última opción pudiera afirmarse que con ella se corre el riesgo de invadir competencias municipales, riesgo sin duda cierto, pero que no se obvia por ordenar el litoral con un plan territorial, ni aquel es mayor por ordenarlo con un plan urbanístico. Para garantizar la autonomía municipal es preciso, en primer lugar, dar participación a los municipios afectados en la elaboración de estos planes y, en segundo lugar, limitar la ordenación realizada en los mismos a los elementos supramunicipales sin descender a prescripciones de vocación municipal, en tal sentido puede verse una ya copiosa jurisprudencia del TS, entre las que se pueden citar las sentencias de 20/12/2012, recursos núm. 2433/2009; 3424/2009 y 6119/2009, así como, la doctrina de los TSJ, así las sentencias de Cataluña de 13/01/2009 (recurso 396/2006); 13/03/2009 (recurso 321/2005); 27/09/2009 (recurso 510/2006); 22/04/2010 (recurso 662/2006); 27/07/2011 (recurso 312/2007). Y, Asturias de 27/10/2008 (recurso 1593/2005).

La posición que ocupa el nuevo plan en el conjunto del planeamiento territorial andaluz no está del todo clara en el El Decreto Ley. Éste especifica la

prevalencia de las disposiciones del PPCLA sobre los POT (artículo 42.2) pero, incomprensiblemente, no hace lo mismo respecto de los PIOT y del planeamiento municipal, si bien a ambos se refiere la letra f) del artículo 43 al establecer:

El PPCLA contendrá las determinaciones de los POT, de los PIOT y del planeamiento urbanístico que deban ser objeto de adaptación, justificando las alteraciones propuestas para los mismos.

Lo anterior nos situaría ante la siguiente lectura, el Plan del Litoral es vinculante para los POT, sin embargo para los PIOT y planes municipales sólo lo será o, si se prefiere, sólo deberán adaptar sus determinaciones al PPCLA, cuando expresamente lo diga y justifique el plan del Litoral.

Sin embargo, una interpretación de este tipo, a mi juicio, no tendría en cuenta que los POT, a su vez, son vinculantes para los PIOT y para el planeamiento municipal, por lo que aprobado el PPCLA, con las matizaciones que haremos a continuación, aquellas determinaciones que sean contrarias a los POT son sustituidas por las del PPCLA, pues no otra cosa significa que son vinculantes. Pues bien, incorporadas a los POT y dado que éstos son vinculantes para el planeamiento municipal, éste debe adaptarse a aquél (artículos 23.1 y 4 LOTA Y 35 LOUA). Ésta es, también, la interpretación del Gobierno andaluz que en la exposición de motivos del Acuerdo de formulación del PPCLA (Acuerdo de 29 de enero de 2013) afirma que será vinculante para los PIOT y planeamiento municipal. Obviamente esta vinculación se refiere, exclusivamente, a aquellas disposiciones que según el PPCLA tengan carácter de norma, las que tengan carácter de directriz obligarán a los POT a su modificación ajustándose a los fines de la misma (artículo 21 LOTA).

Más claro resulta la dependencia del nuevo plan del POTA, cuyas determinaciones habrá de respetar en cualquier caso (artículo 22.1 nueva redacción), si bien, que con los mismos límites que acabamos de referir establecidos en el artículo 21 LOTA.

#### A. Objetivo, ámbito y contenido.

##### a). *Objetivo.*

El Plan tiene por objeto, como establece la exposición de motivos del Decreto-Ley, abordar la ordenación del corredor litoral de una forma unitaria e

integradora para garantizar la protección, conservación y puesta en valor de la riqueza ambiental y paisajística existentes en el litoral andaluz, manteniendo, continúa la exposición de motivos, libre de urbanización “los espacios no edificados que no sean necesarios para la normal expansión de nuestros pueblos y ciudades y, encauzando de este modo los planes municipales para garantizar un desarrollo sostenible adecuado a la capacidad de acogida del territorio<sup>39</sup>.”

Parece evidente, pues, que el PPCLA debe adoptar una ordenación unitaria e integradora siguiendo las prescripciones sobre Gestión Integrada de Zonas Costeras de la Unión Europea, entendiéndose por tal, como afirma la Unesco<sup>40</sup>, aquel “proceso dinámico que reúne gobiernos y sociedades, ciencias y administradores, intereses públicos y privados en pro de la protección y del desarrollo de sistemas y recursos costeros. Este proceso intenta optimizar las alternativas a largo plazo privilegiando los recursos y su uso racional y razonable”. La gestión de zonas costeras es, por tanto, una gestión integrada en el tiempo y en el espacio y es intrínsecamente pluridisciplinar. Se trata, como abunda Sanz Larruga<sup>41</sup>, de abandonar los métodos tradicionales de planificación y gestión caracterizados por una visión sectorial para adoptar un enfoque ecosistémico que tenga en cuenta la interdependencia y disparidad de los sistemas naturales y las actividades humanas con incidencia en las zonas costeras. Como ya hemos mantenido en otras ocasiones<sup>42</sup>, y afirman de modo concluyente las Directrices Regionales, “el espacio litoral está formado por dos sistemas naturales indisolublemente relacionados, mar y tierra. La ordenación y gestión de este espacio deberá desarrollarse de forma global e integrada”.

Por enfoque ecosistémico se entiende la estrategia para la gestión integrada de tierras, extensiones de aguas y recursos vivos por las que se promueve la

---

<sup>39</sup> Exposición de motivos I.

Por normal expansión de nuestras ciudades ha de entenderse no sólo los crecimientos demográficos, sino también las necesidades derivadas de actividades económicas, como el turismo, por lo que tal expresión aporta poco a la interpretación de los objetivos del nuevo Plan, si no fuese porque a continuación se añade que con el mismo se encauzará el desarrollo sostenible adecuado a la capacidad de acogida del territorio. Por tanto la clave de bóveda para su adecuado entendimiento es la capacidad de acogida del territorio, que se convierte de esta forma en un límite que no debe superarse por el planeamiento litoral al diseñar los nuevos crecimientos que, estos sí, deberán estar justificados en razones demográficas o económicas.

<sup>40</sup> Definición adoptada de CINCIN-SAIN (1998) en Instrumentos y personas para una gestión integrada de las zonas costeras. Unesco 2001. página 8. Puede consultarse en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001245/124596s.pdf>. Última consulta Diciembre 2012.

<sup>41</sup> Sanz Larruga, F.J. (2010), página 1302.

<sup>42</sup> Véase Zamorano Wisnes, J. (2013), páginas 64 a 67.



conservación y utilización sostenible de modo equitativo. Este enfoque debe aspirar a la conservación de la estructura y al funcionamiento de los ecosistemas para mantener los servicios que provee<sup>43</sup>. Si se trabaja en sintonía con ellos, y no contra ellos, respetando su capacidad de carga, se consigue que las actividades sean menos perjudiciales para el ambiente y es posible aumentar las posibilidades de éxito con vistas al futuro, al hacer las actuaciones que se emprendan más sostenibles.

*b). Ámbito.*

En cuanto al ámbito del futuro PPCLA, la Ley adopta un modelo similar al seguido en otras CCAA incluyendo dentro del mismo los terrenos que se encuentren en la zona de influencia de la LC, si bien deja abierta la posibilidad de incorporar otras zonas “necesarias para alcanzar los objetivos de protección y accesibilidad del sistema costero”, evitando la consolidación de nuevas barreras urbanas entre los espacios interiores y el sistema costero y favorecer la biodiversidad a través de la continuidad de los espacios del interior con los del litoral, añade entre los objetivos generales del nuevo plan el Acuerdo de formulación.

Ello parece implicar ad initio una renuncia a ordenar de forma unitaria, integrada, los espacios terrestres y marítimos<sup>44</sup>, lo cual, si bien ha sido una cons-

---

<sup>43</sup> Para profundizar en el estudio del método basado en los ecosistemas véase Jaquenod De Zsógón, S. (2008), páginas 245 a 250. que reproduce los principios para la aplicación del método del ecosistema, elaborados por la UICN (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza) para apoyar la aplicación de la Convención sobre la diversidad biológica: 1. Los objetivos de manejo del suelo, agua y recursos son asunto de la preferencia de la sociedad. 2. El manejo debe descentralizarse hasta el nivel apropiado más bajo. 3. Los administradores de ecosistemas deben considerar los efectos de sus actividades sobre ecosistemas adyacentes o sobre otros ecosistemas. 4. Cualquier programa de manejo de ecosistema debe: a) reducir las distorsiones del mercado que afecten negativamente a la diversidad biológica; b) alinear incentivos para promover la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad; c) internalizar los costos y beneficios de un ecosistema dado, en la medida de lo posible. 5. Una meta prioritaria del método del ecosistema debe ser la conservación de la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas, para mantener los servicios que provee. 6. Los ecosistemas deben manejarse de acuerdo a sus límites de funcionamiento. 7. El método del ecosistema debe abordarse de acuerdo a las escalas espaciales y temporales apropiadas. 8. Reconociendo las escalas temporales variables y de los efectos de laguna que caracterizan a los procesos de los ecosistemas, los objetivos de manejo de ecosistemas deben fijarse a largo plazo. 9. El manejo debe reconocer que el cambio es inevitable. 10. El método de ecosistema debe procurar un balance e integración apropiada entre la conservación y el uso de la diversidad biológica. 11. El método del ecosistema debe considerar todas las formas de información relevantes, incluyendo conocimiento científico, local y el indígena, así como innovaciones y prácticas. 12. El método del ecosistema debe involucrar a todos los sectores relevantes de la sociedad y disciplinas científicas También puede verse Parejo Navajas, T. (2011), páginas 113 y 114.

<sup>44</sup> En relación a la competencia de las CCAA para ordenar el espacio marítimo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas sentencias el TC, entre ellas cabe destacar las 38/2002; 31/2010 y 162/2012, en

tante en el planeamiento territorial de nuestro Estado, con la excepción Euskadi, a nuestro juicio, no debiera mantenerse en nuestra CA, sino que, al amparo de la competencia asumida en el Estatuto de Autonomía en materia de ordenación del litoral (artículo 56.6)<sup>45</sup>, debiera intentarse un Plan que ordenase de forma integrada tanto los espacios terrestres como marítimos, así como los criterios para la ocupación del dominio público marítimo terrestre, incluidas las obras fijas en el mar, abordando desde el mismo, cuestiones de notoria importancia para el litoral y su desarrollo como, la ubicación en el mar de instrumentos generadores de energía, plataformas para prospecciones de gas o petróleo, pues de ubicarse éstas en zonas próximas a la costa pueden redundar negativamente en su desarrollo turístico, tratándose de cuestiones que, a nuestro juicio, no puede o no debe omitir el futuro Plan del Litoral.

También se anuncia la exclusión de las “zonas contiguas” a los márgenes de los ríos, previsión que dada su falta de concreción habrá de estarse a lo que finalmente disponga el PPCLA<sup>46</sup>, pero que en principio parece de discutible oportunidad, por cuanto que se excluiría del Plan, no ya las márgenes de los ríos definidas en el artículo 6 TRLA<sup>47</sup>, sino los terrenos contiguos de los que desconocemos anchura, profundidad y usos, pudiendo muy bien ocurrir que los planes hidrológicos no les dispensen ninguna protección o ésta sea menor que la otorgada por el PPCLA a los “corredores” que sirvan de conexión entre el

---

las que se mantiene que sobre el mar territorial las CCAA ejercen competencias con carácter excepcional, como consecuencia de un reconocimiento estatutario explícito o “cuando la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad”.

Pues bien, existiendo tal reconocimiento estatutario como ocurre con el artículo 56.6 EAA, el ejecutivo andaluz debiera ejercer tal competencia que, por otro lado, resulta aconsejable en aplicación del Protocolo relativo a la Gestión Integrada de Zonas Costeras para el Mar Mediterráneo (GIZC-MED) (ratificado por España mediante Instrumento de 20/05/2010 y la Recomendación 2002/413/CE sobre Gestión Integrada de Zonas Costeras (GIZC)). Sobre estas cuestiones puede verse Zamorano Wisnes, J. (en prensa), páginas 40 a 50, también Zambonino Pulito, M. (2009), página 416 y González García, J y Zambonino Pulito, M. (2010), páginas 108 a 111 y 113 a 117. Y, en relación a la GIZC, el mismo autor, el capítulo V dedicado a la GIZC.

<sup>45</sup> Sobre la competencia del artículo 56.6 EAA puede verse Zamorano Wisnes, J. (2013), páginas 193 a 209.

<sup>46</sup> El Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en su comparecencia ante el Pleno del Parlamento Andaluz en el debate previo a la convalidación del Decreto Ley 5/2012, parece referirse a las zonas contiguas como un espacio que se prolonga tierra adentro y no como un espacio paralelo a los márgenes del río, así afirma textualmente “excluyendo de este ámbito de influencia las áreas contiguas a los márgenes de los ríos, allí donde, como ocurre en el caso del Guadalquivir, las zonas de protección del dominio público llegan más allá de Sevilla”. Véase el Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía. Plenos (DSPA Plenos) número 23.

<sup>47</sup> Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

sistema costero y el interior territorial, creando de este modo vacíos de ordenación de difícil comprensión.

Entiendo que avanzar a través del Plan en la línea de la GIZC, como proponemos, supone la planificación del espacio mediante la incorporación de las distintas funciones públicas y actividades privadas<sup>48</sup>, entre ellas obviamente la planificación hidrológica, lo que supondría incorporar sus previsiones al nuevo Plan, en lugar de dejar fuera de su ámbito un espacio que, en principio, no forma parte del plan hidrológico. En el peor de los casos, parece más razonable incluir estos espacios en el ámbito del Plan y, de estimarse oportuno, establecer normas que hicieran prevalecer los planes hidrológicos para los suelos protegidos por estos.

*c). Contenidos materiales.*

Por lo que respecta a los contenidos interesa destacar las previsiones de las letras c), d) y e) del nuevo artículo 43, pues en ellas concreta el legislador andaluz el nuevo modelo territorial de nuestro litoral.

En primer lugar el PPCLA, de acuerdo con lo dispuesto en la letra c), va a determinar un ámbito excluido de su futura transformación urbanística, o lo que es lo mismo un ámbito que el planeamiento municipal tendrá que clasificar como SNU, ámbito que no considero demasiado aventurado afirmar que va a coincidir con los suelos clasificados como no urbanizables y urbanizables no ordenados en una banda de al menos 500 metros medidos tierra adentro a partir del dominio público marítimo terrestre, pues esta es la distancia que se señala como ámbito mínimo en el nuevo artículo 42 LOTA y en el artículo 2.1 del Decreto-Ley; y a ella se hace referencia expresa en la exposición de motivos<sup>49</sup>, en el artículo segundo del Acuerdo de formulación, y, por último, es la utilizada por la práctica totalidad de los planes de ordenación del litoral. aprobados a partir de 2009<sup>50</sup>. Por tanto, estarán excluidos del ámbito del PPCLA, aún cuando se encuentre en la zona de influencia de la LC, tanto los suelos urbanos, por razones obvias, como los suelos urbanizables ordenados.

---

<sup>48</sup> Véase en tal sentido Núñez Lozano, M.C. y Zamorano Wisnes, J. (2012), páginas 1759 y 1760,

<sup>49</sup> Este es también el sentido de la intervención del Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente si bien en la misma matizó que tal medida afectaría a los SNU o protegidos existentes y a los suelos urbanizables no desarrollados que sean incompatibles con el modelo de crecimiento propuesto. Véase la comparecencia ante el Pleno del Parlamento citada.

<sup>50</sup> Sobre los POT de carácter subregional que ordenan el litoral andaluz puede verse Zamorano Wisnes, J (2013), capítulo séptimo.

Otro de los cometidos que se asignan al futuro plan es el establecimiento de un régimen de usos “homogéneo para las distintas categorías de suelo no urbanizable”, con lo que parece estarse pensando en hacer distintas subclasificaciones de ese SNU Costero, al modo de lo realizado por otros planes de ordenación del litoral, clasificación que, sin duda, estará amparada en las características naturales del suelo o su mayor sensibilidad ante cualquier actividad humana o en su menor capacidad de acogida.

En la intervención del Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente<sup>51</sup> se hizo referencia al posible establecimiento de condiciones para el desarrollo de los suelos urbanizables sectorizados con la finalidad de adecuarlos a los objetivos de protección establecidos en el Plan, a este grupo de determinaciones no hace referencia alguna el Acuerdo de formulación. No obstante lo cual, se podrían intentar al incluir el Plan suelos clasificados por el planeamiento municipal como suelos urbanizables sectorizados, respecto de los cuales el Plan del litoral puede plantear dos tipos de operaciones, en unos casos, imponer al planeamiento municipal su clasificación como no urbanizable, lo que no plantea mayores problemas siempre que dicha clasificación venga impuesta por razones supramunicipales y, en otros, mantener su clasificación y establecer criterios para su ordenación pormenorizada. En relación a esta segunda operación hay que tener en cuenta que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el PDUSC ha mantenido una posición crítica<sup>52</sup>.

Un último cometido asignado por la Ley al PPCLA es la delimitación de corredores, definidos como ámbitos de conexión del sistema costero con el interior territorial, una de cuyas funciones sería evitar la consolidación de nuevas barreras entre los espacios interiores y el sistema costero y favorecer la bio-

---

<sup>51</sup> Véase la intervención del Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, citada.

<sup>52</sup> Para ello, el Tribunal Supremo parte de la tradicional distinción contenida en la sentencia de 13/07/1990, entre las determinaciones que afectan a un interés puramente local y las que afectan a un interés supramunicipal, para a continuación distinguir entre el control a posteriori que ejerce las CCAA en la aprobación del planeamiento municipal al que es de aplicación la doctrina citada, del realizado a priori a través de las determinaciones del Plan Director Urbanístico del Sistema Costero 2 (PDUSC-2), “la Administración autonómica pueda fijar de antemano los parámetros y magnitudes a los que necesariamente habría de atenerse el planeamiento municipal”. Esta segunda opción puede cercenar la autonomía local ya que el margen de apreciación y de discrecionalidad del Ayuntamiento queda bloqueado pro futuro. Este criterio se ha mantenido incluso cuando las determinaciones han sido introducidas en el Plan supramunicipal a propuesta del Ayuntamiento afectado (STS 20/12/2012, rec. 4806/2009). La jurisprudencia reseñada puede verse, además de en la sentencia citada, en las de la misma fecha, recursos 2426/2009 y 3569/2010. No obstante, el mismo Tribunal, ha matizado su doctrina en alguna otra sentencia, así ha entendido que no se vulnera la autonomía local cuando las prescripciones para la ordenación del suelo urbanizable establecidas en el PDUSC-2 tienen un carácter amplio, de generalidad, sentencia de 20/12/2012, rec. 6119/2009.

diversidad garantizando la continuidad entre los espacios del interior y los suelos litorales, para identificar esta categoría de suelo el legislador andaluz parece influido por el PDUSC-1<sup>53</sup>, único plan del litoral que contempla esta categoría con la denominación de “Suelo no urbanizable de costas-1”, caracterizada por sus valores intrínsecos y por su capacidad para actuar como conector entre los ámbitos propios de litoral y los suelos de interior o de segunda línea. Pues bien, en el PDUSC-1 estos suelos, los corredores, son los que alcanzan el mayor nivel de protección o lo que es lo mismo, las mayores limitaciones de uso de las distintas categorías del SNU de Costas.

## B. Procedimiento.

El procedimiento de tramitación y aprobación del PPCLA tiene más similitudes con el contenido en el artículo 8 LOTA que regula el procedimiento de elaboración del POTA, que con el artículo 13 de la Ley que ordena el procedimiento de aprobación de los POT de ámbito subregional, lo cual parece lógico, dado el ámbito territorial y los municipios afectados en unos y otros, por nuestra parte, vamos a limitar estos comentarios a las singularidades reguladas en el Decreto-Ley.

Lo primero que llama la atención es la desaparición de toda referencia a la “composición y funciones de la Comisión de Redacción” regulada en la LOTA tanto para el POTA como para los POT de ámbito subregional, lo que ha sido subsanado, en parte, en el Acuerdo de formulación. La Comisión de Redacción en el Decreto de formulación del POTA se constituye como un órgano con funciones de dirección y seguimiento de los trabajos de redacción, así como, el establecimiento de los criterios y estrategias y la selección de los objetivos del Plan. Estas funciones, en el Acuerdo de formulación y en relación con el PPCLA, se han visto reducidas de modo sensible, limitándose a: informar el contenido del plan y de las modificaciones que se introduzcan como consecuencia de los tramites de información pública y de audiencia (artículo 5º.6 del Acuerdo de formulación).

---

<sup>53</sup> El Plan Director Urbanístico del Sistema Costero 1 (PDUSC-1), aprobado el 25 de mayo de 2005, incluye los suelos no urbanizables (SNU) y urbanizables no delimitado (no sectorizado) que se encuentren dentro de la zona de influencia, así como, los ámbitos exteriores identificados en el plan por “su capacidad de conectar entre los ámbitos más propios del litoral y los espacios interiores, tierra adentro, o por la concurrencia de otros valores dignos de protección”; Unos meses después, en diciembre de 2005, se aprobó el Plan Director Urbanístico del Sistema Costero 2 (PDUSC-2), que incluye los suelos urbanizables delimitados (sectorizados) sin plan parcial aprobado enumerados en su artículo 4.3. que se encuentre total o parcialmente dentro de la zona de influencia.

Su composición es asimétrica con un amplia representación de la Administración de la Junta de Andalucía, cinco representantes de los municipios afectados y un exiguo representante de la Administración del Estado .

La Disposición Adicional del Decreto Ley impone que el PPCLA se someta a información pública en un plazo “no superior a seis meses desde su formulación”, se trata de una novedad que no contenía la LOTA en relación con la tramitación del POTA, ni con los POT, otra cosa será que se cumpla el plazo prescrito que supone ni más ni menos que el Plan debe estar elaborado<sup>54</sup>, cuando menos en aspectos suficientes como para someterlo a información pública, en un plazo de seis meses desde la publicación del Acuerdo por el que se decide su formulación, ello supone que el Plan debe someterse a información pública antes del 14 de agosto, lo que, desde luego, no ha sido habitual en la planificación territorial.

El plazo de información pública no podrá ser inferior a dos meses, sometiendo el Plan de forma simultánea, y por el mismo plazo, a audiencia de la Administración General del Estado, de las Diputaciones en cuyas provincias haya municipios litorales, de los Ayuntamientos de los municipios incluidos dentro del ámbito del Plan y de las restantes Administraciones y Entidades Públicas afectadas en razón de su competencia. Finalmente, y en el mismo plazo, se solicitará informe a la Comisión de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Andalucía y a las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo de las provincias con municipios litorales.

Una vez concluido el periodo de información pública se redactará la memoria ambiental prevista en el artículo 39 de la Ley GICA<sup>55</sup>.

Una última novedad es la obligación de dar cuenta de la aprobación del Plan al Parlamento que, en principio, no conlleva intervención alguna por parte de éste, se trata de una medida intermedia entre la intervención del Parlamento en la aprobación del POTA y su ausencia en la aprobación de los POT de ámbito subregional.

### C. Medidas cautelares.

El artículo segundo del Decreto-Ley establece una medida cautelar, consistente en paralizar los procedimientos de aprobación de los planes de sectoriza-

---

<sup>54</sup> Como elaboración técnica lo designa el Acuerdo de formulación.

<sup>55</sup> Ley 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental.

ción y parciales de los municipios incluidos en el anexo I (municipios litorales cuyo plan general se aprobó antes del POTA), siempre que en el ámbito de dichos planes se incluyan terrenos pertenecientes a la zona de influencia.

La medida es, sin duda, modesta, pues a decir de la exposición de motivos, responde al objetivo de paralizar los “modelos urbanísticos” nacidos durante los años del boom económico que representan “expectativas justificadas por demandas exógenas propias de otra situación económica” que producen crecimientos urbanos no sostenibles. Ello es sin duda encomiable, ahora bien, a mi juicio una medida de estas características debiera garantizar la efectividad del futuro plan impidiendo que el desarrollo urbanístico del planeamiento municipal frustrase las expectativas del PPCLA u obliguen a importantes desembolsos económicos al tener que indemnizar como consecuencia de modificaciones en la clasificación del suelo producidas en el indicado planeamiento, ex artículo 25 Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS)<sup>56</sup>. Ello ocurrirá si el plan costero pretende clasificar como SNU de Costas suelos que, incluidos en la zona de influencia de la LC, al momento de la formulación del Plan estén clasificados como urbanizable sectorizado o no y, antes de su aprobación, y en desarrollo de planes generales aprobados a partir de noviembre de 2006 (es decir después del POTA), sean desarrollados mediante la aprobación del correspondiente plan parcial, asignando a dichos suelos usos tales como residencial, turístico, industrial o comercial<sup>57</sup>, lo que podría hacerse, en muchos casos, respetando las previsiones de la LC, LOUA, POTA y POT.

En coherencia con lo anterior considero que hubiese sido más oportuno suspender la tramitación de la totalidad de los planes parciales de ordenación que afectasen a la zona de influencia e, incluso, el inicio de las actuaciones de gestión del planeamiento en aquellos supuestos (son muchos en este momento)<sup>58</sup> en que hubiesen transcurrido los plazos previstos para su desarrollo, con lo que la efectividad del PPCLA hubiese sido sensiblemente superior.

El apartado segundo, que ha de ser interpretado en relación con los apartados primero y tercero, establece que una vez sometido a información pública el Plan costero sólo se mantendrá la suspensión a que hace referencia el

---

<sup>56</sup> Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

<sup>57</sup> Por supuesto ignoro si las Direcciones Generales de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Andalucía han valorado los efectos que estas actuaciones pudieran provocar en el litoral.

<sup>58</sup> El Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en su intervención en el Parlamento de Andalucía, citada, afirma que en la primera línea de costa existen más de 30 millones de metros cuadrados en sectores de suelo ordenado pendiente de ejecutar, con una capacidad para construir 40.000 viviendas.

apartado primero para los sectores “afectados por las determinaciones de dicho Plan que se identifiquen expresamente en el documento”. Es decir, el documento que salga a información pública sólo podrá identificar SNU o urbanizables sectorizados o no, que se encuentren en la zona de influencia y correspondan a planes municipales que fueran aprobados con anterioridad al POTA. Lo que supone que si el nuevo documento de planeamiento considera preciso proteger un suelo que se encuentre fuera de la zona de influencia, al tratarse, por ejemplo, de un “corredor” que sirva de conexión entre el sistema costero y el interior territorial o, un suelo urbanizable de un plan municipal aprobado con posterioridad al POTA habrá de hacerlo sin poder utilizar la medida de suspensión cautelar prevista en el artículo 2 del Decreto Ley, con las consecuencias indemnizatorias que de ello se derivarían, como se dijo.

El apartado tercero incide en la línea apuntada, al limitar la suspensión a un máximo de dos años, lo que coincide con el plazo establecido en la Disposición Adicional única para aprobar el PPCLA por lo que parece suficiente, aún cuando la experiencia de la planificación territorial de nuestra Comunidad ha superado ampliamente este plazo. Singular resulta la prescripción contenida en el párrafo segundo de este tercer apartado al dejar sin efecto la suspensión para aquellos planeamientos municipales que durante el periodo máximo de suspensión adapten sus determinaciones al POTA, con lo que, se abunda en que el objeto de la suspensión es fomentar la adaptación de los planes municipales al POTA y no garantizar la efectividad de las determinaciones del PPCLA.

#### IV. LA ADAPTACIÓN DEL PLANEAMIENTO MUNICIPAL AL POTA

El Decreto Ley 5/2012, aborda en los artículos 1 y 3 una segunda cuestión: la relativa a la prevalencia del POTA sobre el planeamiento municipal y, consecuente la obligación de su adaptación al Plan Andaluz, mediante la innovación de los instrumentos de planeamiento municipal. Para ello, el artículo 1 modifica el artículo 22.1 de la LOTA aclarando que el Plan Andaluz es también vinculante para el planeamiento urbanístico general. El artículo 3º, a su vez, establece plazos para la adaptación del planeamiento municipal al POTA, esta disposición se justifica en la exposición de motivos por la necesidad de evitar desequilibrios territoriales entre los planes elaborados a partir del 2006 y los aprobados con anterioridad, “que responden en muchos casos a modelos de crecimiento no sostenibles, alejados del actual contexto socioeconómico y de los criterios y limitaciones establecidos en el POTA”.



Comenzando con el estudio de la modificación del artículo 22.1 de la LOTA, a través de la misma el ejecutivo-legislador pretende resolver las dudas que le suscita la lectura de los artículos 22.3 LOTA en relación con el artículo 22.1 que, en su redacción original, establecía la prevalencia del Plan Andaluz sobre los POT de ámbito subregional y los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio (PIOT), sin hacer referencia expresa al planeamiento municipal; mientras que, por otro lado, el artículo 23, apartados 1 y 4, de la LOTA establece la prevalencia de los POT sobre los PIOT y el planeamiento municipal y, por último, el artículo 35.3 de la LOUA en el que se dispone que la aprobación sobrevenida de los POT de ámbito subregional supone la prevalencia de sus normas de aplicación directa “cuando éstas sean contrarias o incompatibles con las determinaciones del instrumento de planeamiento urbanístico”. Todo ello, pudieran llevar a la conclusión, equivocada a mi juicio, de que sólo las determinaciones de los POT de ámbito subregional prevalecen sobre las disposiciones del planeamiento municipal, prevalencia que, en consecuencia, se negaría cuando dichas normas están contenidas en el POTA<sup>59</sup>.

No obstante, entendemos que tal interpretación literal resulta errónea y debe ser corregida por otra que, incorporé las disposiciones contenidas en el artículo 6 LOTA, que establece que el Plan Andaluz es el marco de referencia territorial para los demás planes regulados en esta ley, lo que supone que todo el planeamiento andaluz está supeditado al POTA. En igual sentido el artículo 162 del POTA establece que la profundización en las estrategias del POTA para la construcción del Modelo Territorial de Andalucía, debe desarrollarse a través de los POT, los PIOT y el planeamiento municipal. En igual sentido, el artículo 2.1, apartado segundo de la LOUA dispone que la “ordenación urbanística se desarrolla en el marco de la ordenación del territorio” por ello el número 3 del artículo 162 del POTA, exige a los POT y PIOT un capítulo expreso de sus memorias que justifique la coherencia de sus propuestas y determinaciones con las estrategias, directrices y recomendaciones del POTA, sin embargo, e ignoramos el motivo, los POT aprobados con anterioridad al POTA no han sufrido ese proceso de adaptación.

Finalmente, y éste es el argumento de mayor peso, el artículo 20.1 establece el carácter vinculante de los planes territoriales regulados en el artículo 5.1, es decir del POTA y de los Planes de ámbito subregional<sup>60</sup> y el artículo 21 de la LOTA dispone, al clasificar las determinaciones de los distintos planes terri-

---

<sup>59</sup> Esta parece ser, aún matizada, la opinión de Morillo-Velarde Pérez, J.I. (1994), página 340.

<sup>60</sup> El mismo criterio mantiene Pérez Andrés, A.A. (1998), página 548 a 551.

toriales tres tipos de disposiciones: normas, directrices y recomendaciones, centrados en las primeras, el número 2 del mismo artículo afirma que “las normas son de aplicación directa e inmediata para las Administraciones Públicas y para los particulares, en los suelos urbanizables y no urbanizables”. Por tanto, las determinaciones que tengan esta naturaleza contienen mandatos jurídicos perfectos, inmediatamente eficaces, es decir, no precisan de ningún instrumento jurídico de desarrollo<sup>61</sup>, y, este es, sin duda, el carácter, entre otras, de la disposición fijada en el apartado 45 que limita los crecimientos del suelo urbanizable, a la que parece referirse implícitamente la exposición de motivos del Decreto-Ley.

Por tanto, aún admitiendo, que la hermenéutica señalada en primer lugar es correcta, a nuestro juicio, las normas contenidas en el POTA que tengan el carácter de norma deben prevalecer sobre el planeamiento municipal por cuanto, conforme al artículo 22.3 LOTA, citado, las normas del Plan Andaluz se imponen, en definitiva se podría decir que de alguna manera se incorporan o desplazan las previsiones de los POT de ámbito subregional<sup>62</sup>, por lo que una vez ocurrido esto forman parte de los mismos y, no cabe duda que, en base a los preceptos citados, las normas de éstos prevalecen sobre el planeamiento municipal, como afirma Morillo Velarde, esa vinculación es indirecta y mediata<sup>63</sup>.

Por tanto, la modificación comentada, a lo más, añade claridad a nuestro ordenamiento jurídico salvando definitivamente las dudas que pudieran existir.

El número 1 del artículo 3 establece plazos para que se produzca la adaptación propugnada del planeamiento general al POTA y lo hace, con una redacción un tanto confusa, con la que parece remitirse a las normas que sobre la revisión del planeamiento general establezcan los propios planes municipales<sup>64</sup>, de modo que, si el plan general estableció un plazo, por ejemplo, de doce años para su revisión y fue aprobado definitivamente en el año 2002, en el año 2014 debería iniciar la indicada revisión o podría ser objeto de las medidas que inmediatamente comentaremos. De no establecerse plazo para la revisión en el plan general, el Decreto-Ley establece el de ocho años desde la

---

<sup>61</sup> En igual sentido, puede verse Rebollo Puig, M. y otros (2007), páginas 183 y 184 y Escribano Collado, P. (2008), página 34, aún cuando en página 46 afirma que la norma 45.4.a) no es de aplicación directa a los planes urbanísticos.

<sup>62</sup> *Ibidem*, página 185.

<sup>63</sup> Véase Morillo-Velarde Pérez, J.I. (1994), página 340.

<sup>64</sup> En este sentido puede verse la comparecencia del Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, citada.

aprobación definitiva del mismo, es decir que un plan aprobado en 2002 tiene obligación de iniciar la revisión desde el día siguiente a la entrada en vigor del Decreto-Ley, es decir desde el 29 de noviembre del 2012.

El problema se plantea a la hora de resolver si dicho plazo de revisión ha transcurrido o no, pues muchos planes generales han dispuesto éste de modo flexible dejando tal decisión al Ayuntamiento, quien decidirá en última instancia y en función de variables que, en ocasiones, no concreta el propio plan si procede o no la revisión por lo que el margen de discrecionalidad de la Corporación municipal es muy amplio<sup>65</sup>. Estos planes, por otro lado, suelen establecer la posibilidad de proceder a la revisión cuando se produzca la vigencia sobrevenida de un POT de ámbito subregional. Lo que no es, sino una reiteración de la previsión legal (artículo 35.3 LOUA).

A la vista de lo anterior, a mi juicio, caben dos interpretaciones posibles, la primera supone entender que una vez transcurrido el plazo mínimo dispuesto en los planes (doce años en los PGOU de Sevilla y Córdoba y ocho años Almería) nace para los Ayuntamientos la obligación de proceder a la revisión, lo que sin duda supone forzar la letra de la norma de revisión contenida en el Plan municipal.

Veamos algunos supuestos concretos: a) el municipio de Huelva, su PGOU aprobado en octubre de 1999 no establece plazo mínimo alguno, sino que remite al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, por tanto siguiendo el primero de los criterios establecidos habrá de entenderse que el Plan no fija plazo para su revisión, en cuyo caso, y de acuerdo con el Decreto-Ley, se debió iniciar la revisión a los ocho años de su aprobación, es decir en 2007. b) El municipio de

---

<sup>65</sup> Este es el sentido de, por citar sólo algunos de los planes de capitales de provincia, el PGOU de Almería que dice textualmente: “Sin perjuicio de su vigencia indefinida, el límite temporal mínimo a que se refiere el conjunto de las previsiones del Plan General es de ocho (8) años, a contar desde la publicación del acuerdo aprobatorio del mismo. Transcurrido este plazo el Ayuntamiento, en función del grado de realización de sus previsiones, verificará la oportunidad de proceder a revisar el Plan General”.

El PGOU de Córdoba, cuyo artículo 1.0.4, establece: “El Ayuntamiento de Córdoba podrá verificar la oportunidad de proceder a la Revisión del presente Plan a los doce (12) años (...)”.

El PGOU de Huelva, artículo 4 de la Normativa Urbanística, se establece: “El Ayuntamiento podrá verificar la oportunidad de proceder a la revisión del presente Plan General, en cualquier momento, si se produjera alguna de las siguientes circunstancias .../...”.

El PGOU de Sevilla, artículo 1.1.5, establece: “El Plan General tiene vigencia indefinida mientras no se apruebe su revisión íntegra que lo sustituya, y sin perjuicio de sus eventuales modificaciones. El horizonte temporal mínimo de sus previsiones programadas es de doce años, debiendo el Ayuntamiento, una vez transcurrido dicho período, verificar la oportunidad de proceder a su revisión parcial o total; .../...”.

Sevilla, que aprobó su Plan en 2006, y en su articulado se establece un horizonte temporal mínimo para proceder a la revisión de doce años, no tendría obligación de revisarlo hasta 2018.

La segunda opción propuesta consiste, en interpretar que mientras que el Ayuntamiento no considere la oportunidad de revisar el Plan, no nace esta obligación. No obstante son de aplicación las disposiciones de los Planes y LOUA que impone ésta, cuando se produzca la vigencia sobrevenida de un POT de ámbito subregional, obligación que, por lo dicho anteriormente, hay que entender que incluye al POTA, lo que es aún más evidente desde la entrada en vigor del Decreto Ley, con la modificación operada en el artículo 22.1 LOTA.

Esta revisión, sería más respetuosa con la autonomía municipal pues se limitaría a los aspectos del Plan que fueran contradictorias o incompatibles con el POTA, para lo cual, entendemos, sería suficiente con que se tratase de una revisión parcial (artículo 37.2 de la LOUA), siempre que la misma se refiera, exclusivamente, a un conjunto homogéneo de sus determinaciones.

Más dificultades plantea la redacción del párrafo segundo del comentado número 1 del artículo 3. En el mismo se establece que, transcurrido el plazo del párrafo anterior sin que se haya aprobado la revisión, la Consejería competente podrá sustituir la inactividad municipal. Sin embargo, el párrafo primero (el anterior), como acabamos de analizar, no establece plazo para la aprobación de la revisión, sino para el inicio de procedimiento de revisión, lo que es muy diferente. Este es, por otro lado, el sentido del artículo 36.3 de la LOUA al que se remite el precepto comentado, al disponer que la Consejería debe requerir al Ayuntamiento especificando el contenido y alcance de la obligación legal a cumplir y dando plazo para su cumplimiento, “Transcurrido ese plazo (...) podrá sustituir la inactividad municipal relativa a la formulación del correspondiente proyecto (...)”. En consecuencia la Consejería deberá velar porque transcurridos los plazos establecidos en el párrafo primero del número 1 del artículo 3 del Decreto-Ley, se inicie por los Ayuntamientos el procedimiento de revisión de su planeamiento general y éste siga unos cauces y plazos razonables, en caso contrario, podrá realizar el requerimiento que acabamos de referir.

Esta ha de ser, igualmente, la interpretación del número 2 del meritado artículo 3º. En él se establece una medida excepcional para los Ayuntamientos, al limitar su potestad de planeamiento en el supuesto de que no se haya aprobado la revisión una vez transcurrido el plazo previsto para ello. Por ello, su in-

interpretación ha de limitarse a los supuestos expresamente previstos en la norma. Razón por la cual, consideramos que los plazos que deben transcurrir son: a) el indicado en el número 1 para iniciar la revisión del planeamiento general y, b) el plazo de tramitación del indicado plan hasta llegar a su aprobación definitiva.

Esta interpretación, por otro lado, no limita la eficacia inmediata de las normas del POTA, objetivo pretendido por el Decreto-Ley, pues como hemos mantenido y, en virtud de lo dispuesto en los artículos 22.1 LOTA (modificado) y, 35.3 LOUA, las normas de aplicación directa del Plan Andaluz prevalecen sobre las del planeamiento urbanístico, incluida, claro está, la norma 45.4 del POTA, otra cosa será que la misma, por la forma en que está redactada, imponga de forma directa e inmediata sin mediación de una revisión del Plan general, límites al crecimiento cuando estos sean superiores al 40% del suelo urbano existente y/o al 30% de la población en un espacio temporal de ocho años.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA BONO, Gonzalo (1999), «Ordenación del litoral y política territorial en Andalucía», Actas de las jornadas sobre el litoral celebradas en Almería.
- ARANA GARCÍA, Estanislao y TORRES LÓPEZ, M<sup>a</sup> Asunción (2009), «La gestión integrada de zonas costeras en Andalucía». En la obra colectiva “Estudios sobre ordenación, planificación y gestión del litoral”. Dirigida por Francisco Javier Sanz Larruga», editorial Fundación Pedro Barrié de la Maza.
- ASTARLOA HUARTE-MANDIOCA, Ignacio (1985), «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», Revista de Administración Pública, número 106.
- BARREIRO GONZÁLEZ, Germán José (2003), «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los Decretos-Leyes», Revista de Derecho Privado y Constitución, número 51.
- ESCRIBANO COLLADO, Pedro (2008), «Ordenación del Territorio y Principio de Legalidad: El Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía. En la obra colectiva “El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro en homenaje al Profesor Martín Bassols Coma”. Dirigida por Carlos Rogel Vide y Martín Bassols Coma» Tomo III, editorial Reus.

- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio y ZAMBONINO PULITO, María (2010), «“El derecho de costas y la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Cuestiones recurrentes y controversias nuevas”. En la obra colectiva “El derecho de costas en España”. Dirigida por Enrique Sánchez Goyanes», editorial La Ley.
- HERRÁIZ SERRANO, Olga (2011), «Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades», *Anuario de Derecho Parlamentario*, número 25.
- JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia (2008), «Sistemas naturales y jurídicos», editorial Dykinson.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (1990), «Directrices Regionales del Litoral de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 3.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (1990), «Bases para la ordenación del territorio de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 4.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (2010), «El control parlamentario del Decreto Ley», *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 77.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1989), «El Decreto-Ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional en la obra colectiva Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí. Coordinado por Rafael Gómez-Ferrer Morant», editorial Civitas.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1994), «La Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2006), «Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general. Tomo II», editorial Iustel.
- NÚÑEZ LOZANO, M<sup>a</sup> Carmen (2003), «El Decreto-Ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, número 162.
- NÚÑEZ LOZANO, M<sup>a</sup> Carmen y ZAMORANO WISNES, José (2012), «Ordenación de los espacios marítimos, gestión integrada de las zonas

costeras y planificación hidrológica», comunicación presentada al I Congreso Iberoamericano de Gestión Integrada de Áreas Litorales; Cádiz 25 al 27 de enero de 2012.

ORTIZ DÍAZ, José (1990), «Ordenación del territorio y del litoral en Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 3.

PAREJO NAVAJAS, Teresa (2011), «La proyección de la ordenación física de usos sobre la costa y el mar próximo: la planificación del aquitorio», editorial IUSTEL.

PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso (1998), «La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías», editorial Marcial Pons.

PULIDO QUEVEDO, Manuel (2005), «La apreciación de la urgencia y necesidad en los Decretos leyes», revista *Aranzadi Tribunal Constitucional*, número 20.

RAMALLO MASSANET, Juan (2003), «El Decreto-Ley en materia tributaria», revista de *Derecho Privado y Constitución*, número 17.

REBOLLO PUIG, Manuel (2007), «Derecho urbanístico y ordenación del territorio en Andalucía». En la obra colectiva del mismo nombre. Coordinada por Manuel Rebollo Puig» editorial: Iustel.

REBOLLO PUIG, Manuel (2008), «El Derecho propio de Andalucía y sus fuentes». En la obra colectiva «Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía». Dirigida por Santiago Muñoz Machado y Manuel Rebollo Puig», editorial Thomson-Civitas.

SALAS HERNÁNDEZ, Javier (1979), «Los Decretos-Leyes en la Constitución española de 1978», editorial Civitas.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier (2010), «Estado compuesto e iniciativas y estrategias sobre la ordenación y gestión del litoral en las Comunidades Autónomas». En la obra colectiva «El Derecho de Costas en España». Dirigida por Enrique Sánchez Goyanes», editorial La Ley.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier (2010), «España y la gestión integrada de las costas en el marco del ordenamiento internacional sobre protección

del mar mediterráneo y de la política ambiental y marítima de la Unión Europea”. en la obra colectiva “El Derecho de Costas en España”. Dirigida por Enrique Sánchez Goyanes», editorial La Ley.

ZAMBONINO PULITO, María (1996), «“El mar. Dominio Público Marítimo Terrestre y Medio Marino”. En la obra colectiva “El Derecho de los Bienes Públicos”. Dirigida por Julio González García», editorial Tirant lo Blanch, segunda edición.

ZAMORANO WISNES, José (2013), «Ordenación del litoral. Una propuesta de gestión integrada», editorial La Ley.



JURISPRUDENCIA





## COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

### **Naturaleza de los “controles sobre el terreno” en la ejecución de la política agraria común. A propósito de la STSJA de 14 de febrero de 2013**

*Darío Canterla Muñoz*

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. EJECUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA PAC POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO COMO MARCO DE LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, SEDE SEVILLA, DE 14 DE FEBRERO DE 2013. II. RESUMEN DE LA SENTENCIA. III. NUESTRA TESIS: EL CONTROL SOBRE EL TERRENO ES UNA ACTIVIDAD DE APOYO Y COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD, ES VÁLIDO AÚN REALIZADO POR PERSONAL LABORAL. IV. LOS CONTROLES DE CAMPO COMO UNA ACTIVIDAD DE AUXILIO O COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN. 1. Las potestades públicas y las actividades de auxilio, apoyo o colaboración. Su admisión por la doctrina, la jurisprudencia y la normativa. 2. La importancia de la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del concepto de potestad y acto de auxilio o colaboración. 3. Con carácter previo al estudio de la Jurisprudencia, descripción material de control sobre el terreno. 4. Estudio de los principales pronunciamientos del TSJUE sobre el concepto de potestad pública y actos de colaboración y apoyo: A. Asunto 438.08 Comisión contra la República Portuguesa a propósito de la actividad de las Inspecciones Técnicas de Vehículos. B. Asunto 405/05 de la Comisión contra la República Federal de Alemania Sentencia de 29 de noviembre de 2007 a propósito de si la actividad que llevan a cabo los organismos privados de control de la producción agrícola ecológica supone una participación en el poder público. C. Otros pronunciamientos de TSJUE. 5. Aplicación

de estos criterios a los controles sobre el terreno. 6. El estudio de la normativa reguladora de los controles confirma su naturaleza como actos de apoyo y colaboración para el ejercicio de una potestad. 7. Elementos de la normativa que confirma la naturaleza de los controles sobre el terreno: A. La distinción entre acta de control e informe de control. B. Otros elementos: la teledetección, el elevado número de controles, el escaso espacio de tiempo para la realización y su semejanza con lo controles de los organismos de control de la producción ecológica. 8. Conclusión a la vista de la normativa. 9. Aplicación de esta doctrina a la potestad subvencionadora. V. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE CONTROL.

**RESUMEN:**

La ejecución de la Política Agraria Común (PAC) por las Comunidades Autónomas obliga a estas a realizar labores de control sobre las explotaciones subvencionadas. La anulación de las labores de control conlleva importantes deducciones financieras en la aportación de la Unión Europea para la financiación de esas ayudas. En este contexto se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 14 de febrero de 2013 que declara la nulidad del control sobre el terreno realizado por personal laboral de una empresa pública, por entender que ello supone el ejercicio de una potestad administrativa de control de subvenciones. Este artículo defiende la naturaleza del control de campo como actuación de apoyo o colaboración previa al ejercicio de potestades públicas realizable por laborales, y reconoce una fuerte solvencia probatoria a dichos controles.

**ABSTRACT:**

The execution of the Política Agraria Común (Common Agricultural Policy) by the Comunidades Autónomas (Autonomous Communities), forces them to carry out tasks of control over the subsidized cultivations. The cancellation of the control tasks entails important financial deductions in the contribution of the European Union for the funding of such economic helps. This is the context in which the Sentence of the Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (the Supreme Court of Justice of Andalusia), in Seville, on the 14th of February 2013, is situated. In it, the control of the land exercised by employees on a group contract basis of a public company is declared null and void, because it is understood that such exercise would entail having an administrative power over the control of the subsidies. This article defends the nature of the field control, seen as a support action, or a collaboration previous to the exercise of public powers attainable by employees, and it recognizes a strong proving role to such controls.

## I. INTRODUCCIÓN. EJECUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA PAC POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO COMO MARCO DE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, SEDE SEVILLA, DE 14 DE FEBRERO DE 2013

La Unión Europea tiene como uno de sus pilares fundamentales la economía de libre mercado, con su correlato de libertad de circulación de mercancías y capitales y restricción de la intervención pública en la economía en cuanto pueda suponer limitación de las citadas libertades<sup>1</sup>. No vamos entrar en reflexiones sobre como este principio quiebra, según convenga, en ciertos ámbitos y a favor de los países que ostentan mayor peso en la arquitectura comunitaria, que es un comentario que apetece hacer en las actuales circunstancias económicas, vamos a centrarnos, sin embargo, en uno de esos campos que la UE, desde sus orígenes, ha dotado de una regulación que poco tiene que ver con estos principios. Y este es el campo de la actividad agropecuaria. En efecto dicha actividad, a diferencia de la norma general, no sólo es una actividad protegida respecto de la competencia exterior a la UE, por las limitaciones cualitativas o cuantitativas que se imponen para la importación de productos agrícolas, sino que es una actividad fuertemente intervenida desde el ámbito de lo público<sup>2</sup>. Y ello porque, a grandes rasgos, contiene de manera directa o indirecta una cierta planificación de la producción, y porque se establece un sistema de incentivos en función de cada una de las actividades agropecuarias. De estos dos instrumentos de intervención pública nos interesa en estos momentos el segundo: la actividad de fomento. La UE articula un sistema de ayudas a los sujetos que realizan estas actividades, pero como condición para la obtención de estas ayudas establece la necesidad de cumplir una serie de requisitos con los que asegurar que la actividad agropecuaria que se subvenciona contribuye a la consecución de unos fines (medioambientales, mantenimiento de renta

<sup>1</sup> En este sentido se puede consultar las Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012/c 326/01), publicado en el DOUE n° 55 de 26 de octubre de 2012. En concreto la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento en su Parte Tercera, Título Primero “Mercado Interior”, Título II Libre Circulación de Mercancías, Título IV Libre Circulación de Personas, Servicios y Capitales, y Título VII Normas Comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de legislaciones.

<sup>2</sup> Dichas intervenciones pueden ser muy variadas, el artículo 40. 2 de TFUE señala: “*La organización común establecida bajo una de las formas indicadas en el apartado 1 podrá comprender todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos definidos en el artículo 39, en particular, la regulación de precios, subvenciones a la producción y a la comercialización de los diversos productos, sistemas de almacenamiento y de compensación de remanentes, mecanismos comunes de estabilización de las importaciones o exportaciones*”.

agraria, etc). Esto es en un trazo grueso la PAC<sup>3</sup>. La gestión de la PAC se realiza por cada uno de los Estados de acuerdo con su distribución competencial, lo que supone en España, la intervención de las Comunidades Autónomas<sup>4</sup>. Una de las principales labores que conlleva la gestión del sistema es controlar que los solicitantes de las mismas cumplen con los requisitos de admisibilidad y de condicionalidad<sup>5</sup> de la PAC. Esto se realiza a través de los denominados Organismos Nacionales de Control Autorizado, en Andalucía FAGA<sup>6</sup>. Sin embargo ello no quiere decir que la UE otorgue una subvención global al Estado y se desentienda. Por el contrario la Comisión Europea controla la ejecución de la PAC por los órganos nacionales y autonómicos y si los pagos a los agricultores no se realizan en plazo reglamentario (como sucede cuando se le paga tras una reclamación judicial) o si no se han realizado las labores de control en los porcentajes establecidos (como puede suceder si en un buen número se consideran nulos por haberlos hecho con personal laboral) impone correcciones financieras que suponen una minoración del dinero que la UE aporta, sien-

<sup>3</sup> Para un mayor conocimiento de la PAC nos remitimos a los artículos 38 y ss. del TFUE y a la información que ofrece la UE a través de [http://europa.eu/pol/agr/index\\_es](http://europa.eu/pol/agr/index_es)

<sup>4</sup> En este sentido el artículo 5 del Real Decreto 486/2009 señala: “*Artículo 5. Coordinación y control de la condicionalidad. 1. El Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), adscrito al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, será la autoridad nacional encargada del sistema de coordinación de los controles de la condicionalidad, en el sentido del artículo 20.3 del Reglamento (CE) n.º 73/2009. 2. Los órganos competentes de las comunidades autónomas, como autoridades responsables en su ámbito territorial de las actividades de control, designarán los correspondientes órganos u organismos especializados de control para asegurar la observancia de los requisitos de condicionalidad a los que se refiere el artículo 3 de este real decreto. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.2 del Reglamento (CE) n.º 796/2004, el organismo pagador podrá ser designado para realizar también los controles de todos o algunos de los ámbitos de aplicación de la condicionalidad siempre que la comunidad autónoma respectiva garantice que la eficacia de los controles sea igual, al menos, a la conseguida cuando éstos los realiza un órgano u organismo especializado de control. 3. Las autoridades competentes para el cálculo de las reducciones y exclusiones, a que se refiere el artículo 8, serán los organismos pagadores de las comunidades autónomas*”. Para un completo conocimiento del sistema de ejecución por las administraciones nacionales de la PAC, recomendamos el capítulo II, de la obra *El Reintegro de Subvenciones de la Unión Europea. Especial Referencia a las ayudas de la Política Agraria Común*, editado por el IAAP, de BUENO ARMIJO.

<sup>5</sup> El sistema de ayudas en la actualidad se organiza fundamentalmente a través del sistema de pago único. El agricultor solicita su inclusión en el mismo, a partir de ahí se le asignan una serie de derechos de pago único en función de diversas circunstancias. Para acceder al sistema hay que cumplir con una serie de requisitos (admisibilidad) y posteriormente para hacer eficaz el ingreso en el sistema y cobrar la totalidad de la cantidad correspondiente a los derechos asignados es preciso cumplir una serie de condiciones o requisitos (condicionalidad).

<sup>6</sup> La Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 22 de junio de 2009 señala: “*Artículo 8. Sistema de control.1. La Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera como autoridad competente de control, cuando existan métodos adecuados para ello podrá efectuar controles administrativos para la verificación de alguno de los requisitos, actos, normas o ámbitos, en particular aquellos que ya se establezcan en base a la normativa sectorial de aplicación del requisito, norma, acto o ámbito de la Condicionalidad en cuestión, tal y como establece el artículo 43 del Reglamento (CE) núm. 796/2004.*”

do los pagos a costa de los fondos del organismo autonómico. Es decir el agricultor percibe el dinero pero no se lo da Europa sino la CA, en este caso Andalucía<sup>7</sup>.

En este contexto debe colocarse la STSJA de 14 de febrero de 2013 que vamos a analizar, en la que la Sala entiende que la resolución administrativa que deniega la cuantía solicitada como ayuda en una de las modalidades de la PAC, es nula de pleno derecho, y ello sobre la base de que el “control sobre el terreno”, realizado por personal laboral de una Agencia o Empresa Pública, es nulo al no haberse realizado por funcionario público. Esta doctrina de consoli-

---

<sup>7</sup> La regulación fundamental de esta cuestión se encuentra en el Reglamento CE 1290/2005 del Consejo de 21 de junio de 2005, que ha sufrido diversas modificaciones, existe una versión consolidada sólo a efectos de consulta publicado en el DOUE de 16 de enero de 2009. Brevemente se puede describir el control de la manera siguiente: El Organismo Pagador de Fondos Europeos Agrícolas en Andalucía (la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente) gestiona dos Fondos diferentes, FEAGA y FEADER. Con cargo a estos fondos se pagan los diferentes tipos de ayudas que son objeto de controles sobre el terreno para verificar que se han cumplido los requisitos de admisibilidad y de condicionalidad. El organismo pagador realiza diversos tipos de liquidaciones de los fondos europeos ante la Comisión Europea (Liquidaciones Contables, Liquidaciones de Conformidad y Liquidación del Cuentas de Ejercicio FEOGA) en base a esos datos la Comisión realiza las correcciones financieras derivadas de: Pagos efectuados fuera del plazo reglamentario, Deudas pendientes de recuperación por error administrativo del Organismo Pagador, Deudas pendientes de recuperación por irregularidad del beneficiario que se encuentren en vía administrativa. Deudas pendientes de recuperación por irregularidad del beneficiario que se encuentren en vía judicial. A nosotros en este momento nos interesa el caso de los pagos fuera de plazo. La Comisión considera que las fechas de pago a los beneficiarios de las ayuda comunitarias deben ser respetados obligatoriamente por los Estados Miembros, ya que el no respeto de las fechas afecta al buen funcionamiento de las organizaciones de mercado en la medida en que comporta un tratamiento diferenciado a los operadores y distorsiona las condiciones de concurrencia. Por ello la Comisión no financia los gastos efectuados fuera de las fechas reglamentarias. El pago tardío como consecuencia de una sentencia que anule la resolución denegatoria, da lugar a la correspondiente corrección financiera, no siendo la sentencia causa suficiente para justificarlos y eludir su penalización. Dicha penalización se encuentra graduada en función de en qué medida se ha rebasado el plazo de pago y del volumen de pagos correspondiente al régimen de ayuda afectado. Por ello, todos los expedientes que, a causa de una sentencia, derivaran en la obligación de hacer un pago complementario al beneficiario serían considerados como pagos fuera de plazo, y por tanto su importe debería ser soportado por el presupuesto de la Comunidad Autónoma. Por otro lado los controles sobre el terreno se consideran elemento fundamental dentro del sistema de gestión y control de las ayudas comunitarias, por lo que los reglamentos fijan porcentajes mínimos de control, que de no ser alcanzados generarían correcciones a tanto alzado por el 5%, 10%, 25% o incluso el 100% de los gastos declarados de la medida en cuestión hasta un periodo máximo de 24 meses anteriores a la comunicación de las comprobaciones de la Comisión. En este sentido, si los controles sobre el terreno de las ayudas financiadas por los fondos europeos FEAGA y FEADER fueran anulados por exigirse que se hagan a través de personal funcionario haría que no se tuvieran por cumplidos los porcentajes mínimos en las campañas pasadas, y para las futuras haría prácticamente imposible a corto y medio plazo el alcanzar estos porcentajes solamente con personal funcionario lo que conllevaría correcciones financieras de gran importancia.

darse sería enormemente importante en la gestión de la PAC por las autoridades españolas. Y ello porque si a lo dicho sobre las repercusiones financieras que sobre las administraciones autonómicas españolas tiene la anulación de los controles le unimos que dicho modo de practicar los controles se encuentra generalizado<sup>8</sup> resulta evidente que una doctrina como la sentada en esta sentencia, de consolidarse, supone un hecho de vital importancia en la gestión de la PAC.

## II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

El caso que se dilucida en la sentencia se refiere a una solicitud de ayuda “Superficies, pago único, ayudas a la ganadería”. Al solicitante se le reconoció una subvención por cero euros como consecuencia de que el cuaderno de la explotación no estaba validado y de que la solicitante había incumplido con el compromiso asumido. El compromiso consistía en mantener en la explotación las ovejas y cabras para las que solicita la prima hasta cien días después de la fecha límite de presentación de la solicitud. La Administración comprobó a través del control de campo realizado que los animales estaban fuera la superficie declarada para el mantenimiento de los mismos durante el periodo de retención. El recurrente se opone señalando que no era necesaria la validación del cuaderno, y alegaba supuestas deficiencias de procedimiento entre ellas que no se indicaba por la Administración el concreto incumplimiento en que se había incurrido. No obstante en fase de conclusiones añadió una cuestión nueva, y es que el controlador que realiza el control de campo no tiene la condición de funcionario. Es esta alegación la que nos interesa y la que va a ser objeto de análisis, pero no en su vertiente procesal, sobre si debió inadmitirse dicha cuestión como cuestión nueva por suponer una desviación procesal, sino en el aspecto sustantivo de si dicha alegación está fundamentada. A juicio de la Sala si que lo está, así lo expresa en el fundamento de derecho cuarto que dice así: *“CUARTO.- A pesar de lo expuesto, la actora adjunta con su demanda el cuaderno de explotación, debidamente validado, sobre lo que la Administración demandada nada alega en su escrito de contestación a demanda. Y, por otra parte, consta y así se admite a tenor de las consideraciones que se contienen en el informe propuesta obrante en el expediente administrativo (folio 49), que el acta de control correspondientes a la campaña 2009 no fue realizada por funcionario público, no reunien-*

---

<sup>8</sup> En este sentido se puede señalar a título de ejemplo se puede visitar la página oficial de TRAGSATEC donde se publicita la realización de estos controles para las diversas Administraciones, tanto en su versión clásica como a través de la teledetección.



do tal consideración la única persona que, bajo la condición de controlador, firmó la mencionada acta de inspección e indicó de este modo su presencia física durante el desarrollo de tal actuación.

*Bajo la premisa descrita, ya se ha pronunciado en ocasiones esta misma Sección (así, sentencia de 10 de mayo de 2011, recurso número 166/2010, entre otras) acerca de que la acción de fomento mediante el otorgamiento de una subvención por parte de una Administración Pública implica el ejercicio de potestades públicas, y e igualmente supone el ejercicio de potestades públicas la comprobación del cumplimiento de las condiciones y finalidades para las que se otorgó la subvención y, el reintegro de la mismas se ha de regir por el procedimiento general de la Ley 30/92, de conformidad con el art. 42 de la Ley 38/03 General de Subvenciones.*

*Al estar ejerciéndose en el caso de autos una potestad pública, en cuanto a la comprobación e inspección de los requisitos de la subvención solicitada, dicho ejercicio ha de efectuarse por funcionario público, por no estar exceptuada dicha función en el 15. Le) de la Ley 30/84 de las propias de los funcionarios públicos. En la actualidad, el art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, establece una reserva de funciones a los funcionarios públicos en 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 del Estado y de las Administraciones Públicas.*

*El ejercicio de la actividad de inspección y control respecto del cumplimiento de condiciones de subvenciones comunitarias, como hemos indicado, supone el ejercicio de potestades administrativas, que se encuentran reservadas a funcionarios públicos, no pudiéndose encomendar a personas que carezcan de dicha condición.*

*En el caso de autos y al igual que en aquel supuesto, también ahora se pone de manifiesto que el control se ha efectuado por personal que no reúne la condición de funcionario público, por lo que, de la misma forma que se dijo entonces, es preciso concluir que igualmente ahora los controles carecen de toda eficacia, por lo que el recurso ha de ser estimado.”*

Por tanto el razonamiento de la Sala se puede resumir en que la comprobación (por medio del control sobre el terreno) del cumplimiento de la condición para otorgar la subvención es una actuación que supone ejercicio de una potestad pública y que al haberla hecho un laboral es nula, de lo que, a su vez, deduce la nulidad de la resolución administrativa que denegó la cuantía solicitada.

### III. NUESTRA TESIS: EL CONTROL SOBRE EL TERRENO ES UNA ACTIVIDAD DE APOYO Y COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD, ES VÁLIDO AÚN REALIZADO POR PERSONAL LABORAL Y TIENE UNA ALTA CALIDAD PROBATORIA

Entendemos que en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina de que el ejercicio de potestades públicas está reservada a funcionarios públicos es una doctrina mayoritaria<sup>9</sup> y no es nuestra intención discutir tal afirmación, pero igualmente entendemos, y esta es la tesis que vamos a desarrollar a continuación, que no es aplicable al supuesto de los controles de campo para verificar si se cumplen los requisitos de condicionalidad en el ámbito de la PAC, como era el caso de autos, ni tampoco para a los destinados a verificar las condiciones de admisibilidad. Y ello porque, como pasaremos a intentar demostrar, los controles de campo no son sino labores de apoyo y colaboración previos al ejercicio de la potestad de control de la subvención. El Tribunal no analiza el contenido del control de campo ni entra en la cuestión de si este control es una actividad meramente técnica y auxiliar, a pesar de lo cual lo considera nulo. La cuestión es de una enorme trascendencia práctica puesto que son miles los controles de campo que se realizan en Andalucía<sup>10</sup>, y en España en general, a través de empresas o agencias públicas cuya validez se pone en entredicho, con la consecuencia de las posibles detracciones a llevar a cabo por parte de la UE. Y desde el punto de vista teórico es una cuestión que entronca con cual debe ser el diseño de la Administración del siglo XXI, a la que se exige pasar de una posición de prestadora de servicios a una de control, en un contexto de consolidación financiera y por tanto de congelación cuando no de reducción de los medios personales.

---

<sup>9</sup> Más aún con la rotundidad con la que se expresa el artículo 9.2 del EBEP, al señalar “*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.*” Aunque el reconocimiento de que en el seno de la Administración las potestades se reservan a funcionarios hay autores como CANALS Y AMETLLER o CARRILLO DONAIRE que ponen de relieve como personas jurídicas privadas a través de personal laboral ejercen funciones que se pueden considerar incluidas dentro del ámbito de las potestades públicas en el ámbito de actuación de los Organismos de Control Autorizado, como veremos más adelante.

<sup>10</sup> En Andalucía en el año 2010 se calculan se estiman aproximadamente en torno a 50.000 controles.

#### IV. LOS CONTROLES DE CAMPO COMO UNA ACTIVIDAD DE AUXILIO O COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN

##### 1. Las potestades públicas y las actividades de auxilio, apoyo o colaboración. Su admisión por la doctrina, la jurisprudencia y la normativa.

Dado que sostenemos que los controles de campo no suponen ejercicio de una potestad, y que por tanto no están reservadas a funcionarios públicos ex artículo 9.2 del EBEP<sup>11</sup>, comencemos señalando un concepto de potestad administrativa que sería, siguiendo las definiciones clásicas, un ámbito de actuación reconocido por la Ley a la Administración en virtud del cual evacua declaraciones de voluntad, juicio o conocimiento que han de ser respetadas por los administrados y en caso de no serlo habilitan para ser impuestas. En definitiva se hace referencia a los actos de autoridad, donde se pone de manifiesto la distinta posición que ocupan administrado y Administración, y los poderes exorbitantes de los que esta está dotada.

---

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión transcribimos el informe de la Comisión de Expertos que elaboró el EBEP, disponible en la página del Ministerio de Administraciones Públicas: 19. Qué funciones deben corresponder a los funcionarios públicos, según el Estatuto Básico Puesto que, como se dicho, el concepto de empleado público engloba tanto a los funcionarios como a los empleados con contrato laboral y deben diferenciarse con claridad los puestos de trabajo que corresponden a unos y otros, es preciso responder a esta cuestión esencial. En cualquier caso, la solución que se dé a la misma debería perder el carácter en exceso polémico que ha tenido hasta ahora, pues lo que se pretende con la aprobación de un Estatuto Básico del Empleado público es, precisamente, reducir las distancias de régimen jurídico entre ambos colectivos. Ni la contratación de personal laboral puede constituir una pura y simple huida de los principios constitucionales sobre el empleo público, ni el régimen de los funcionarios públicos puede tener ya las condiciones de rigidez, en cuanto a movilidad en el puesto de trabajo, asignación de tareas y sistema retributivo, que ha sido característica del mismo hasta la fecha. De otra parte, como también se ha apuntado, el Tribunal Constitucional ha relajado o relativizado su doctrina inicial sobre la 51 “preferencia” constitucional por el régimen estatutario, al considerar que la reserva de funciones públicas a funcionarios puede establecerse sobre la base de criterios generales como los que se establecen en el artículo 92.2 de la Ley de Bases del Régimen Local, es decir, la “mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”. En fin, ha de tenerse en cuenta que un Estatuto Básico elaborado con criterios de subsidiariedad y que pretenda aplicarse por muy distintas Administraciones, no debe prejuzgar de manera concreta qué puestos o funciones deben quedar reservados a funcionarios y cuáles pueden ser desempeñados por personal laboral. Ésta es una decisión que debe corresponder, tal como hoy sucede, al legislador en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales en el marco de las leyes sobre el régimen local, y de lo que pueda disponer el propio Estatuto Básico del Empleado Público.

Ahora bien el concepto de potestad no abarca a áreas de actividad administrativa como un bloque monolítico, sino que por el contrario en el ejercicio de una actividad administrativa se ponen en marcha una serie de funciones algunas de las cuales participan de las características que hemos señalado respecto de la potestad pública, y otras que no. Dado que el artículo 9.2 reserva a funcionarios las actividades que supongan participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas, la cuestión que se plantea es como debe interpretarse esa participación indirecta. Pues bien no cabe otra interpretación que no sea restrictiva puesto que no cabe imaginar una sola actividad administrativa que no este indirectamente relacionada con el ejercicio de potestades<sup>12</sup>. De modo que si se interpreta de manera restrictiva la excepción, es obvio que hay actividades relacionadas con el ejercicio de una potestad que no están reservadas a funcionario público<sup>13</sup>. La idea de que no se puede decir que un bloque de actividad administrativa supone ejercicio de una potestad en todo caso, y que por el contrario hay que hacer un análisis de las funciones en que se traduce esa actividad está en la base de la Jurisprudencia del TSJUE que más adelante vamos a estudiar. Pero es que además es una cuestión generalmente admitida tal y como demuestra un análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial.

<sup>12</sup> CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS en “El papel del funcionario y el laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 11/2011 señala: “*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 (RCL 1978, 2836). –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.*”

<sup>13</sup> ORTIZ MALLOL en la ponencia “De potestades, funcionarios y labores portuarias” presentada a las VIII Jornadas de Derecho Portuario organizadas por la Autoridad Portuaria del Puerto de Sevilla, en octubre de 2012 señala: “Por consiguiente, la reserva a funcionarios debe ser interpretada desde la óptica del principio de libre circulación de los ciudadanos europeos, lo cual 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 reservado a personal funcionario. Dada la estructura actual de empleo público, 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 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 es-

Desde el punto de vista doctrinal nos remitimos a lo dicho por CANALS y AMETLLER en “El ejercicio de funciones de autoridad, control, inspección y certificación”, Comares Granada, 2003, páginas 283 y 284<sup>14</sup>. Y desde el punto de vista jurisprudencial vamos a hacer cita de la STS de 24 de noviembre de 2009<sup>15</sup> al enjuiciar los Estatutos de la Empresa de Gestión de Medio Ambiente

pañola, 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 sean sustantivos de la posición de supremacía y por consiguiente, que directamente –y no indirectamente- la conformen. En este sentido se pronuncia SANCHEZ MORON : “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”.

<sup>14</sup> “En términos generales, la actividad jurídica se ha diferenciado y opuesto a la actividad jurídica sobre la base de que la primera supone la aplicación de criterios proporcionados por disciplinas de tipo técnico y no de carácter jurídico. A diferencia de la actividad jurídica, la actividad técnica no consiste en la producción de actos jurídicos sino en gestionar, en actuar de acuerdo con las regulae artis. García de Enterría y Fernández Rodríguez han señalado, en la doctrina española, dos de las diferencias más relevantes en torno a las cuales elaborar una teoría jurídica sobre esta distinción. La primera diferencia estriba, por una parte, en que, mientras la actividad jurídica es siempre imputable directamente a la Administración de modo necesario, la actividad técnica cumplida por la organización administrativa es imputable directamente a la persona que la realiza, aunque la Administración tenga en ello algún papel; y, por otra, en que «la actividad jurídica se expresa en declaraciones o ejecuciones que producen ciertos efectos jurídicos, alterando en alguna manera la situación jurídica existente, lo cual falta precisamente a la actividad técnica, sin perjuicio de que la misma resulte regulable por el Derecho». De esta primera diferencia se deriva la segunda: mientras que la actividad administrativa de carácter jurídico se cumple estrictamente por órganos administrativos, la actividad material o técnica se cumple por personas físicas que actúan como órganos de la Administración sólo eventualmente, dado que la actividad administrativa técnica «es justamente la única, que” hace toda la enorme masa de funcionarios y agentes que no actúan nunca como órganos formales de la Administración». Ahora bien, la ordenación y organización de la actividad material siempre ha sido responsabilidad directa de la Administración pública que asume los resultados de la actividad realizada. En consecuencia, si bien se imputa la actividad a las personas físicas o jurídicas que la realizan, la responsabilidad que puede originarse de esa misma actividad podrá ser reprochable a la Administración”.

<sup>15</sup> En este sentido 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 6º “(...) 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

de Andalucía (EGMASA) donde se concluye que es legal la atribución a esta empresa pública de actuaciones técnicas de investigación o labores de apoyo al ejercicio de potestades. Esta posición es compartida por el TSJA de Andalucía, que en sentencia de la Sección Tercera, de 27 de junio de 2011, analiza si una encomienda de gestión realizada a la Empresa de Gestión Medioambiental S.A. suponía o no el ejercicio de potestades administrativas por la empresa. Dicha sentencia concluye que la encomienda enjuiciada no conlleva el ejercicio de funciones o potestades públicas, para fundamentar lo cual aplica la doctrina sentada por la STS de 24 de noviembre de 2009 que acabamos de citar en cuanto a que no se incluyen ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material. También se puede citar Informe 8/2009<sup>16</sup>, 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*”.

su ejercicio, supone el desapoderamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social. 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 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”. La negrita y el subrayado es nuestro.

<sup>16</sup> Citado por ORTIZ MALLOL en la obra antes referida.

También se admite esta categoría de actos de auxilio y colaboración por la legislación española. Por lo que se refiere al ámbito normativo hay que comenzar haciendo referencia al artículo 15 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública: “*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. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral: ... Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.*” O el artículo 6 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla La Mancha:”1.- *El ejercicio de las funciones, incluidas las directivas, que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales corresponden en exclusiva al personal funcionario. 2.- Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes: a.-La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos... A los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se **considerará que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales***”. Por otro lado el artículo 5.3. del Decreto 38/2007, de 13 de febrero Regula el Organismo Pagador y designa el Organismo de Certificación y la Autoridad de Gestión de los Fondos Europeos Agrícolas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, “*De acuerdo con lo establecido en el artículo 125 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, a efectos de garantizar el cumplimiento de las competencias y obligaciones derivadas de la normativa comunitaria, el Organismo Pagador podrá ordenar a las empresas de la Junta de Andalucía declaradas mediante Ley o disposición del Consejo de Gobierno medio propio de la Administración, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de apoyo de las competencias de control y verificación de los hechos sobre la base de los cuales se conceden las ayudas con cargo a los fondos europeos agrícolas*”. Incluso, descendiendo al caso concreto, ya se prevé normativamente que la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía pueda realizar estas funciones complementarias o auxiliares. Así el artículo 5.5 de los Estatutos de la Agencia, aprobados mediante Decreto 99/2011, de 19 de abril dispone que: “*La Agencia queda habilitada, para realizar funciones complementarias y de investigación y auxilio, de las potestades administrativas que le han sido atribuidas en el apartado 2, con sus propios medios materiales y personales, garantizando en todo caso que las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas queden reservadas a personal funcionario*”.

## 2. La importancia de la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del concepto de potestad y acto de auxilio o colaboración.

Como señala CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS<sup>17</sup> el artículo 9.2 del EBEP recoge el mismo texto que el artículo 57 en cuanto a los puestos de la Administración Pública a los que no pueden tener acceso los extranjeros, que a su vez coincide con el 45 TFUE. El precepto que permite exceptuar la libre circulación de trabajadores, tiene la misma redacción que nuestro artículo 9.2 y la misma base: que las funciones en cuestión supongan participar directa o indirectamente en el ejercicio del poder público o la protección de intereses generales. Por ello es especialmente importante la jurisprudencia emanada del Tribunal del Justicia de la Unión Europea (TSJUE) interpretando el alcance de esta excepción, como remarca esta autora. En este mismo sentido se puede citar la opinión de SÁNCHEZ MORÓN<sup>18</sup> que señala que:

*“El criterio del artículo 9.2 sigue literalmente la propuesta del Informe de la Comisión de Expertos. Por eso, aunque se trata de un criterio muy abstracto y general, expresado a través de conceptos indeterminados, su interpretación debe hacerse conforme a lo señalado en dicho Informe, que constituye el origen de la norma.*

*Pues bien, el Informe de la Comisión deduce el criterio mencionado de la expresión que suele utilizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para definir en qué casos los Estados miembros de la Unión pueden reservar funciones o puestos de trabajo en la Administración a ciudadanos de su propia nacionalidad, con exclusión de los ciu-*

---

<sup>17</sup> Carmen Carretero Espinosa de los Monteros en el artículo “El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública”, Revista Aranzadi Doctrinal número 11/2011. En análogo sentido Antonio V. Sempere Navarro y F. Javier Hierro Hierro comentando el artículo 57 del EBEP en los “Comentarios a la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Editorial Aranzadi, primera edición 2008. Josefa Cantero Martínez en la Comunicación “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo” presentada en el XVIII Congreso Italo-spagno de profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Bolonia los días 27, 28 y 29 de mayo de 2010 y en “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). O.J.A. Ortiz Mallol en la Ponencia “De potestades, funcionarios y labores portuarias”, presentada en las Octavas Jornadas de Derecho Portuario, organizadas por la Autoridad Portuaria de Sevilla en octubre de 2012.

<sup>18</sup> Así se expresa el referido autor en los Comentarios la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de la Editorial Lex Nova, 1º Edición julio de 2007.



*dadanos de los demás Estados miembros. El criterio que se fija por la jurisprudencia comunitaria para excepcionar el principio de libre circulación de los trabajadores en el ámbito de la Unión Europea es el que se trae ahora al Estatuto Básico para definir las funciones que deben reservarse en todo caso a personal funcionario en nuestro país. Y ello porque hay en ambos casos una identidad de razón. Se trata de aquellas funciones que corresponden al núcleo esencial e indeclinable de la actividad administrativa.*

*En consecuencia, los conceptos de «ejercicio de las potestades públicas» y de «salvaguardia de los intereses generales» no deberían ser objeto de una interpretación extensiva, como seguramente pretenderán los partidarios de la funcionarización general del empleo público. El primero de ellos remite simplemente a aquellos puestos de trabajo que suponen el ejercicio de funciones de autoridad, tales como la elaboración y aprobación de actos administrativos limitativos de derechos, las actividades de inspección y sanción, la exacción de tributos o la emanación de órdenes de policía, incluso verbales. El segundo alude a otras funciones que son indispensables para el ejercicio del poder público.*

*La forma más correcta de interpretar el precepto y resolver las dudas que su aplicación va a plantear es, por tanto, remitirse a los criterios que la Comisión Europea y la propia legislación interna (véase, por ejemplo, el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo) manejan para establecer las funciones en las que no se aplica el principio comunitario de libre circulación de trabajadores.”*

Siguiendo tal criterio estudiaremos los pronunciamientos más significativos del TSJUE, que no sólo admite esta categoría de actos que son funciones de auxilio o colaboración al ejercicio de la potestad, sino que es el concepto fundamental de su doctrina en torno al ejercicio de potestades. Así en la Sentencia de 22 de octubre de 2009, recaída en asunto C 438.08 Comisión contra la República Portuguesa a propósito de la actividad de las Inspecciones Técnicas de Vehículos, señala: “36.- Según reiterada jurisprudencia, la excepción prevista por dicho artículo debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (véanse las sentencias *Reyners*, antes citada, apartado 45; de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, C42/92, Rec. p. I4047, apartado 8, y de 31 de mayo de 2001, *Comisión/Italia*, C283/99, Rec. p. I4363, apartado 20), lo cual excluye que se consideren «relacionadas con el ejercicio del poder público» a efectos de dicha excepción las funciones meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final (sentencias antes citadas *Thijssen*, apartado 22; *Comisión/Austria*, apartado 36, y *Comisión/Alemania*, apartado 38).”

### **3. Con carácter previo al estudio de la Jurisprudencia, descripción material de control sobre el terreno.**

Por tanto admitido en términos generales la existencia de actos de colaboración y apoyo al ejercicio de potestades que no suponen ejercicio de estas y no están reservados a funcionarios, hay que analizar en este momento si los controles sobre el terreno pertenecen a esta categoría. Para ello vamos a hacer, con carácter previo, una breve descripción material del control sobre el terreno, que coincide con el control analizado en la sentencia que comentamos. Los controladores de campo son (con carácter general) personal laboral de una Agencia o Empresa Pública. En ningún momento adoptan la decisión de realizar el control sino que esto se produce como consecuencia de la encomienda a tal empresa o agencia por parte del Organismo de Control Autorizado que a su vez lo hace en aplicación del plan de inspección o como consecuencia de que a través de controles administrativos o controles realizados por teledetección se haya descubierto una incidencia. Para realizar la labor los controladores han de seguir un patrón de actuación fijo estando totalmente regulados sus deberes, los elementos que han de comprobar, el modo de hacerlo, y de reflejarlo. Fundamentalmente lo que se hace es reflejar la realidad física de las declaraciones realizadas por los solicitantes de la ayuda. Dichas actas se mandan a la DGFAGA y se elabora el informe del control de campo, dicho informe, en el caso de la sentencia y en la generalidad de los casos está elaborado por un funcionario en base a los datos suministrados en el acta. Este funcionario es el que dirige la actividad del controlador y no está vinculado por sus resultados. En caso de que dicho informe refleje un incumplimiento, como sucede en nuestro caso, se le da audiencia al interesado y finalmente resuelve la Dirección General del FAGA y se da traslado a los organismos pagadores a los efectos de hacer las minoraciones que procedan.

### **4. Estudio de los principales pronunciamientos del TSJUE sobre el concepto de potestad pública y actos de colaboración y apoyo.**

Teniendo en mente como se ha hecho materialmente el control sobre el terreno vamos a analizar los pronunciamientos del TSJUE sobre esta materia para encontrar los criterios que utiliza el Tribunal a la hora de distinguir las meras labores de apoyo del verdadero ejercicio de potestades:

A. Asunto 438.08 Comisión contra la República Portuguesa a propósito de la actividad de las Inspecciones Técnicas de Vehículos.

Destacamos en **negrita** algunos aspectos de la sentencia que nos parecen relevantes:

“37.- El Tribunal de Justicia ha aclarado además la distinción que existe entre las actividades de los organismos privados que constituyen meras funciones preparatorias y las que constituyen una participación directa y concreta en el ejercicio del poder público señalando que, incluso cuando los organismos privados ejercen funciones de poder público extrayendo las consecuencias de los controles que llevan a cabo, la posibilidad de invocar el artículo 45 CE queda excluida cuando la normativa aplicable establece un encuadramiento de los citados órganos por la autoridad pública competente (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Comisión/Austria, apartado 41, y Comisión/Alemania, apartado 43). Efectivamente, el Tribunal de Justicia ha declarado que los organismos privados que ejerzan su actividad bajo la supervisión activa de la autoridad pública competente responsable, en última instancia, de los controles y de las resoluciones de dichos organismos, no pueden considerarse «directa y específicamente relacionado[s] con el ejercicio del poder público» a efectos del artículo 45 CE (sentencias antes citadas Comisión/Austria, apartado 42, y Comisión/Alemania, apartado 44).

38.- Según las indicaciones contenidas tanto en el escrito de interposición del recurso como en el escrito de contestación, la inspección técnica de los vehículos en Portugal es competencia de un organismo público, el Institut public de la mobilité et des transports terrestres, el cual, no obstante, puede utilizar los servicios de las entidades privadas para llevar a cabo las inspecciones. La entidad privada de inspección de vehículos debe adoptar la decisión de certificar o no la conformidad técnica de los vehículos sin intervención alguna de la autoridad pública administrativa.

39.- Además, según se desprende del escrito de contestación, la actividad de los establecimientos de inspección de vehículos se organiza en dos fases. En una primera fase, dicha actividad consiste en efectuar visitas técnicas, es decir, comprobar la conformidad de los vehículos inspeccionados con las normas técnicas aplicables y redactar un acta de la visita en la que se reflejen los detalles de los exámenes realizados y los resultados obtenidos. En una segunda fase, dicha actividad incluye la certificación de la inspección efectuada mediante la colocación de una viñeta en el vehículo o, por el contrario, la denegación de la certificación.

40.- Las actividades correspondientes a la primera fase son exclusivamente de carácter técnico y, por consiguiente, ajenas al ejercicio del poder público (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C3/88, Rec. p. 4035, apartado 13). Por el contrario, la segunda fase relativa a la certificación de la inspección técnica conlleva el ejercicio de facultades de poder público, ya que se trata de extraer las consecuencias jurídicas de la inspección técnica.

41.- Sin embargo, a este respecto, ha de señalarse que la decisión de certificar o no certificar la inspección técnica se limita, en esencia, a constatar los resultados de la inspección, por lo que, de una parte, carece de la autonomía decisoria propia del ejercicio de las prerrogativas de poder público, y, por otra parte, se adopta en el marco de una supervisión estatal directa. “

Por tanto vemos que el Tribunal considera que las labores esencialmente técnicas donde se hacen exámenes sobre la realidad material y se reflejan los resultados en documentos, que se hacen bajo la supervisión y dirección de la Administración no participan del ejercicio de la potestad.

B. Asunto c-405/05 de la Comisión contra la República Federal de Alemania sentencia de 29 de noviembre de 2007 a propósito de si la actividad que llevan a cabo los organismos privados de control de la producción agrícola ecológica supone una participación en el poder público.

*“38.- De esta forma, según reiterada jurisprudencia, la excepción prevista por dichos artículos debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (véase la sentencia Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, antes citada, apartado 46 y jurisprudencia citada), lo que excluye que se consideren relacionadas con el ejercicio del poder público a efectos de dicha excepción las funciones meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final (sentencia Thijssen, antes citada, apartado 22).*

*39.- Conforme se deduce del Reglamento n° 2092/91, la actividad de los organismos privados y sus modalidades de ejercicio pueden describirse como se expone a continuación.*

*40.- En primer lugar, los organismos privados deben aplicar, conforme al artículo 9, apartado 3, del Reglamento n° 2092/91, las medidas precautorias y de control mencionadas en el anexo III del citado Reglamento.*

*41.- En segundo lugar, en virtud del artículo 9, apartado 9, letras a) y b), del citado Reglamento, estos organismos han de llevar a efecto las consecuencias de los controles que efectúen permitiendo o no la utilización de las indicaciones relativas al método de producción ecológica en los productos comercializados por los operadores que controlen y, en caso de infracción manifiesta o de efecto prolongado, prohibiendo, durante un período previamente acordado con la autoridad pública competente, la comercialización de los productos del operador de que se trate con indicaciones relativas al método de producción ecológica.*

*42.- En tercer lugar, en virtud del artículo 9, apartados 6, letra c), y 8, letras a) y b), del Reglamento n° 2092/91, los citados organismos deben rendir cuentas de su actividad a la autoridad encargada de su autorización y de su supervisión, respectivamente, informándole de las irregularidades y de las infracciones comprobadas, así como de las sanciones impuestas, facilitándole cualquier información exigida y remitiéndole cada año una lista de los operadores sujetos a su control y un informe de su actividad. Por otra parte, el referido artículo 9, apartado 8, letra a), establece que los organismos privados facilitarán a la autoridad competente de la que dependen, a efectos de la inspección, el acceso a sus despachos e instalacio-*

nes y cuanta información y ayuda dicha autoridad estime necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

43.- Si bien se desprende de estos elementos que la actividad de los organismos privados no consiste únicamente en efectuar controles de conformidad de los productos de la agricultura ecológica, sino que incluye asimismo el ejercicio de prerrogativas en lo relativo a las consecuencias que deben extraerse de tales controles, debe señalarse que el Reglamento n° 2092/91 dispone que tales organismos quedan sometidos a la inspección de la autoridad pública competente. De esta forma, el artículo 9, apartado 4, de dicho Reglamento somete estos organismos a la supervisión de dicha autoridad. Entre otras disposiciones, el apartado 6 de este mismo artículo establece las modalidades de ejercicio de dicha supervisión, previendo, en particular, que a la citada autoridad, además de la competencia de expedición y retirada de la autorización, le incumbe la función de garantizar la objetividad de los controles efectuados por los organismos privados y de comprobar su eficacia. Además, el artículo 9, apartado 8, letra a), del mismo Reglamento exige a tales organismos que faciliten el acceso a sus despachos e instalaciones a la autoridad competente, a efectos de la inspección.

44.- Por lo tanto, los organismos privados ejercen su actividad bajo la supervisión activa de la autoridad pública competente, que es, en última instancia, responsable de los controles y de las resoluciones que incumben a dichos organismos, tal como ponen de manifiesto las obligaciones que recaen sobre la mencionada autoridad y que se enuncian en el apartado precedente de la presente sentencia. (La negrita y el subrayado es nuestro) Por otra parte, esta conclusión se ve corroborada por el artículo 3, apartado 1, de la ÓLG, en la medida en que indica que la asunción por los organismos privados de las tareas de control previstas por el Reglamento n° 2092/91 no puede llevar consigo la tramitación de un procedimiento administrativo. De ello se deduce que el papel auxiliar y preparatorio encomendado a los organismos privados por este Reglamento con respecto a la autoridad de supervisión no puede considerarse directa y específicamente relacionado con el ejercicio del poder público a efectos del artículo 55 CE, en relación con el artículo 45 CE, párrafo primero.

45.- La República Federal de Alemania alega, sin embargo, que se reconocen a los organismos privados en Alemania prerrogativas exorbitantes con respecto al mencionado Reglamento. De este modo, son competentes para adoptar actos administrativos que gozan de una fuerza vinculante equivalente a la de las decisiones adoptadas por una autoridad pública.

46.- Sobre este particular, procede señalar, por un lado, que según se ha recordado en el apartado 37 de la presente sentencia, la excepción prevista en el artículo 55 CE, en relación con el artículo 45 CE, párrafo primero, debe interpretarse de tal modo que su alcance quede limitado a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que permite a los Estados miembros proteger”.

La actividad de estos órganos de control de la producción de agricultura

ecológica es desde el punto de vista técnico semejante a la de los controladores de campo. Realizan una serie de labores de comprobación física del cumplimiento de determinados requisitos, o compromisos, posteriormente sobre dicha base adoptan actos que inciden en la esfera jurídica de los particulares, y que si participarían del ejercicio del poder público. Lo esencial es una vez más el carácter técnico de la primera fase y que la Administración guarda el control y supervisión de dicha actividad.

### **5. Otros pronunciamientos de TSJUE. La jurisprudencia del TSJUE a propósito de las funciones notariales en varios países.**

También resulta de interés los diversos pronunciamientos que sobre las funciones notariales de varios países ha realizado la Comisión Europea señalando que a pesar de tener funciones de autenticación de documentos y de estar dotados estos documentos de fuerza ejecutiva no suponen ejercicio de poder directo y son más bien funciones auxiliares y preparatorias. Citamos, a título de ejemplo, la sentencia de 24 de mayo de 2011 recaída en el asunto 51-08 donde se hace cita de otras similares. También resulta de interés el asunto 2/74 referido a los auditores de cuentas de Bélgica. Estos auditores realizan informes sobre el estado de las cuentas de los auditados e incluso pueden llegar a imponer unas restricciones temporales hasta que sean confirmadas por la autoridad. El TSJUE consideró que la labor de recogida de datos no suponía ejercicio de potestad alguna en cuanto que también lo pueden hacer los particulares.

### **6. Aplicación de estos criterios a los controles sobre el terreno.**

A la vista de lo anterior podemos extraer una serie de parámetros para determinar si estamos o no ante una actividad de auxilio o colaboración desde este punto de vista y fundamentalmente serían que la actividad que se realice sea de recogida de datos o de comprobación técnica y que esa labor se encuentre bajo la dirección, control, supervisión de la Administración, de modo que los actos que afectan a los particulares puedan ser imputables a la Administración.

Este criterio sirve tanto para determinar si la actividad se puede ejercer por un comunitario, como para determinar si puede hacerlo un laboral. Aunque la consecuencia es diferente. En el caso de que nos encontremos ante el supuesto de decidir si una actividad la hace un laboral o un funcionario hay que atender a si las supuestas mayores garantías que ofrece la intervención del funcionario sobre el laboral son necesarias en ese caso concreto. Se entiende que las labores de apoyo no exigen este plus de garantía y por tanto pueden ser realizadas sin problema por un laboral. Del mismo modo desde este punto de vista no hay

problema alguno para reconocer que si además de esa labor el trabajo en cuestión conlleva un ejercicio de potestad pública esta le está vedada al laboral. Ahora bien cuando lo que se trata es de proteger la libre circulación de trabajadores, el TSJUE, va más allá. Pero no va más allá porque su concepto de potestad sea más laxo, sino en protección de la libertad de circulación que considera un elemento fundamental de la Unión Europea. Y por ello, para esos casos, dice que aún cuando además de estas labores preparatorias se ejercite alguna que suponga participación directa o indirecta en el poder público y que sea accesoria y separable de la anterior dicha profesión no puede ser vetada a un comunitario. En nuestro caso no estamos ante esta situación el controlador nunca llega a sobrepasar el límite de una actuación de auxilio a las labores de control.

La deducción que cabe realizar, aplicando tales criterios a la descripción física del control realizado es que estamos ante una labor previa al ejercicio de la potestad. Pero es que la propia regulación de los controles de campo confirma que estamos ante una labor de carácter eminentemente técnica, que se realiza bajo la dirección y dependencia de la administración que conserva el control, dirección y supervisión de la actividad de control, y que no inicia procedimiento administrativo alguno.

### **7. El estudio de la normativa reguladora de los controles confirma su naturaleza como actos de apoyo y colaboración para el ejercicio de una potestad.**

La normativa reguladora de los controles de campo es muy extensa y se encuentra tanto en el ámbito europeo, como en el nacional y autonómico. El principio de condicionalidad de las ayudas de la PAC está actualmente previsto en el Reglamento (CE) núm. 73/2009 del Consejo, de 19 de enero de 2009, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1290/2005, (CE) núm. 247/2006, (CE) núm. 378/2007 y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1782/2003. Este Reglamento establece la obligación para todo agricultor que reciba pagos directos de cumplir con los requisitos legales de gestión citados en su anexo II y con las buenas condiciones agrarias y medioambientales que establezcan los Estados miembros, y en virtud de su artículo 6, sobre la base del marco establecido en su anexo III.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Hay otras normas que complementan en el ámbito europeo a la anterior, entre otras: Reglamento (CE) 1122/2009, de 30 de noviembre, que desarrolla el citado Reglamento (CE) núm. 73/2009, en lo re-

A nivel nacional tenemos el Real Decreto 486/2009, de 3 de abril, por el que se establecen los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores que reciban pagos directos en el marco de la política agrícola común, los beneficiarios de determinadas ayudas de desarrollo rural, y los agricultores que reciban ayudas en virtud de los programas de apoyo a la reestructuración y reconversión y a la prima por arranque del viñedo. Real Decreto 202/2012, de 23 de enero, sobre la aplicación a partir del 2012 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería, modificado por el Real Decreto 2/2013 de 11 de enero. Real Decreto 1441/2001, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Fondo Español de Garantía Agraria, modificado por los Reales Decretos 1516/2006, de 7 de diciembre, 805/2011, de 10 de junio, y 401/2012, de 17 de febrero. Además de esta normativa hay que tener en cuenta por su importancia práctica las múltiples Circulares del FEGA en esta materia que vienen a facilitar la interpretación y aplicación uniforme de la normativa y ello porque como se trata de controlar un muy elevado número de elementos, de diversa naturaleza y con diferentes métodos una labor de unificación a este nivel técnico es imprescindible. De entre ellas destacamos las últimas en esta mate-

---

ferido a la condicionalidad, la modulación y el sistema integrado de gestión y control en los regímenes de ayuda directa a los agricultores establecidos por ese Reglamento y Reglamento (CE) núm. 1234/2007, de 22 de octubre, en lo referido a la condicionalidad en el régimen de ayuda establecido para el sector vitivinícola que deroga el Reglamento (CE) núm. 796/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004. También hay que tener en cuenta el Reglamento (CE) núm. 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), establece en su artículo 51 que los beneficiarios de las ayudas previstas en los incisos i) a v) de la letra a) y en los incisos i), iv) y v) de la letra b) del artículo 36 de dicho Reglamento, deberán cumplir en toda su explotación los mismos requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que los beneficiarios de ayudas directas. El Reglamento (CE) núm. 1975/2006 de la Comisión, de 7 de diciembre de 2006 (LCEur 2006, 3489), establece las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1698/2005 del Consejo en lo que respecta a los procedimientos de control de la condicionalidad en relación con las medidas de ayuda al desarrollo rural. Este Reglamento ha sido derogado y sustituido por el Reglamento 65/2011 de la Comisión de 27 de enero de 2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1698/2005 del Consejo en lo que respecta a la aplicación de los procedimientos de control y la condicionalidad en relación con las medidas de ayuda al desarrollo rural. También el Reglamento (CE) núm. 479/2008 del Consejo, de 29 de abril de 2008, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, establece en los artículos 20 y 103, respectivamente, que deberán respetar los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales los agricultores que reciban ayudas en virtud de los programas de apoyo a la reestructuración y reconversión del viñedo así como los que reciban pagos de la prima por arranque. Reglamento (CE) n.º 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (Reglamento único para las OCM).



ria, la Circular 40/12 que sustituye a la 7/12 y que establece el Plan Nacional de Controles de Condicionalidad para 2013 y la 13/2013 que establece el Plan Nacional de Controles sobre el Terreno para verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de las superficies de los regímenes de ayuda declarado en la solicitud única de 2013. Se trata de circulares que suelen aprobarse todos los años con una vigencia anual.

En el ámbito autonómico la norma de referencia es la Orden de 22 de junio de 2009, por la que se establecen los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores y ganaderos que reciban pagos directos en el marco de la política agrícola común, los beneficiarios de determinadas ayudas de desarrollo rural, y los agricultores que reciban ayudas en virtud de programas de apoyo a la reestructuración y reconversión y a la prima por arranque del viñedo; norma ésta modificada por Orden de 22 de junio de 2011. Además de lo anterior y de manera semejante a lo que hace el FEGA, la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera aprueba Planes Andaluces de Control de la Condicionalidad y la Admisibilidad. En definitiva, se trata de una extensa normativa; a través de su estudio confirmamos que las labores que realizan los controladores de campo son labores previas al ejercicio de la potestad.

## **8. Elementos de la normativa que confirma la naturaleza de los controles sobre el terreno.**

### **A. La distinción entre acta de control e informe de control.**

En primer lugar hay que poner de manifiesto que la normativa comunitaria no regula la figura del acta a diferencia de lo que hace la normativa nacional y autonómica que regulan como veremos el acta y el informe de control. El hecho de que se distingan estos dos documentos pone de relieve que estamos ante dos fases distintas del control de campo, una en el terreno y otra en gabinete. Los Reglamentos comunitarios parten de la existencia de estas dos fases, pero sólo regulan el contenido del informe, y ello porque el informe es el acto administrativo donde se recogen los posibles incumplimientos en base a los datos físicos suministrados por la visita al terreno, y es el acto que da inicio propiamente al procedimiento de control. Así se puede observar que el artículo 54.1 del Reglamento CE 1122/09, referente a los informes de control de condicionalidad señala que en el informe se recogerán los incumplimientos y que estos se comunicarán al agricultor en el plazo de un mes. En análogo sentido el artículo 48. 3 del Reglamento 796/04 señalaba que el informe se comunicará al agricultor en el plazo de un mes tras la realización del control en el te-

rreno, ampliable a tres meses cuando había determinadas circunstancias, especialmente cuando hay que hacer análisis de laboratorio. Esto confirma que la documentación de la visita, el acta, no es el informe, el acta se firma tras la visita y el informe se puede realizar hasta tres meses después. Este hecho ya pone de relieve que la visita lo que hace es recoger datos y preparar el informe. La diferencia entre el acta y el informe y su diferente regulación se recoge con claridad en la normativa nacional y autonómica citada. Conforme a la misma se puede señalar que cada visita de control se registrará en **un acta de control** que recogerá, un contenido mínimo definido en las circulares citadas. Al cumplimentar el acta, el controlador deberá especificar para cada elemento a controlar, no solo si se cumple o no, sino si dicho elemento debe comprobarse. Además hay que diferenciar si el control no ha podido realizarse por alguna causa (por ejemplo periodo inadecuado) o si dicho control no se ha realizado por no ser pertinente. En caso de observar incumplimiento deberá indicar los aspectos técnicos que permitan valorar la gravedad, alcance y persistencia de los incumplimientos. Deberá indicar la naturaleza y la amplitud de los controles realizados y efectuar cualquier aclaración que considere en el apartado de “Observaciones”.

En cuanto al informe, cada control sobre el terreno realizado, será objeto, de un Informe que deberá elaborar el organismo especializado de control y que estará basado en el acta de control. El organismo especializado de control valorará las observaciones indicadas en el acta por el controlador, evaluará la importancia de los posibles incumplimientos detectados según la gravedad, alcance, persistencia y repetición de los mismos, de acuerdo con los criterios establecidos en la circular del FEGA “Criterios para la aplicación de las reducciones previstas en el Reglamento (CE) n° 1122/2009”, e indicará, en su caso, los factores que podrían dar lugar a un aumento o disminución de la posible reducción a aplicar. El informe de control deberá elaborarse en el plazo de un mes tras la realización del control sobre el terreno. Una vez elaborados los informes de control, cada organismo especializado de control remitirá los mismos, en el plazo de un mes tras su finalización, bien directamente o a través, en su caso, del organismo de coordinación de los organismos de control, al organismo pagador, para que éste de acuerdo con la circular del FEGA aplique las reducciones que en su caso correspondan, mediante el procedimiento administrativo que cada Comunidad Autónoma prevea.

De esta parte destacamos que estamos ante una labor de recogida de datos, que los juicios que se piden a los controladores son técnicos. Que el formato del control está totalmente determinado por la normativa lo que pone de manifiesto la nula discrecionalidad jurídica del controlador que se limita a relle-

nar las actas de control conforme al modelo del anexo recogiendo datos técnicos<sup>20</sup>. Y lo más importante de esta parte es que queda claro que el Organismo de control mantiene la dirección sobre la actividad del controlador valora las observaciones y evalúa los posibles incumplimientos. La Administración no está vinculado por el resultado y puede ordenar que se repita el control. Es decir, a pesar de que no se puede minimizar la importancia de los datos recogidos en el acta, el organismo de control es quien dirige y supervisa la actividad y quien determina finalmente los incumplimientos pudiendo separarse de lo recogido en el acta lo que confirma que la elaboración de la misma es una labor meramente preparatoria del informe que realiza el organismo especializado de control y que supone el ejercicio de la potestad. En este sentido se puede citar el punto 6.9.2.1 del Plan Andaluz de Controles de Campo que al regular el trámite de audiencia tras la realización del control deja claro que la Administración tiene el control del control sobre el terreno, si se nos permite el juego de palabras: *“La DGPAG, tras revisar los incumplimientos impuestos en las actas/informes de control y valorar las observaciones de los controladores, elaborará un trámite de audiencia, siguiendo el modelo descrito en el anexo VII de este plan, otorgando un plazo de 15 días para que los titulares afectados presenten las alegaciones que estimen pertinentes en cumplimiento del artículo 68 del reglamento 796/2004, con indicación de la valoración de los incumplimientos y los porcentajes de reducción y/o exclusión aplicados, de acuerdo con los criterios establecidos en la circular 28/2008 del FEGA. Si, tras revisar las actas/informes de control y las listas chequeo, así como las observaciones y demás pruebas presentadas por los equipos de control sobre el terreno, la DGPAG considera que alguno/os de los incumplimiento/s impuesto/s por los técnicos de control de campo, no se ajusta a las indicaciones dadas y establecidas en el manual del controlador (anexo IV), o detecta irregularidades sistemáticas, podrá eliminar dichos incumplimientos, elaborando para ello un informe de revisión donde especificará el motivo de la eliminación o corrección efectuada. Así mismo, en el caso de que se detecte un error sistemático o generalizado en las actas entregadas, se adoptarán las medidas oportunas para subsanar estas deficiencias, entregando para ello instrucciones escritas que se incluirán al “manual del controlador” Transcurrido el plazo de presentación de alegaciones, sin que se presenten alegaciones o en su caso, tras el estudio de éstas, la DGPAG emitirá una*

<sup>20</sup> El punto 4.5. del Plan Nacional señala: Actuaciones del controlador.

*“El organismo especializado de control suministrará a los controladores que lleven a cabo las inspecciones sobre el terreno, toda la información que sea necesaria así como unas instrucciones detalladas de modo que se garantice que todos los controles se realizan con arreglo a un procedimiento común preestablecido. Así mismo deberá ir provisto de: Toda la documentación necesaria para efectuar las comprobaciones oportunas según el tipo de control, copia de las solicitudes de ayuda, listado reciente del censo de la explotación, información alfanumérica y gráfica SIGPAC etc. El equipamiento necesario que le permita realizar el control y aportar pruebas de los posibles incumplimientos: prismáticos, cámara fotográfica digital que incorpore la fecha, etc. En su caso material de toma de muestras. En el anexo 2 se recogen aquellos aspectos que, como mínimo, deberían quedar definidos en las instrucciones que se den a los controladores, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas añadan otras instrucciones complementarias”.*

*Resolución que dicte los incumplimientos finalmente imputados al titular, su valoración y el porcentaje de la reducción aplicable, de acuerdo a los modelos indicados en el anexo VII. Una vez notificada la resolución, la DGPAG comunicará a los órganos responsables de la gestión de las ayudas supeditadas al control de la condicionalidad, los resultados de los controles efectuados trasladando la información que se recoge en el anexo VIII.2".* Pero no sólo es que la Administración se pueda separar de lo establecido en el control, sino que además realiza "controles de calidad" sobre la actuación de control, al menos sobre el 1% del total de agricultores/beneficiarios seleccionados en la muestra de control de condicionalidad, así como de los seleccionados en las muestras adicionales. Estos controles de calidad serán realizados por técnicos de control diferentes a los que realizaron el primer control, con el objeto de detectar posibles errores sistemáticos o interpretaciones incorrectas de las normas establecidas. La selección de la muestra de los expedientes de control de calidad será realizada por la autoridad competente de control de condicionalidad. Una vez realizados dichos controles de calidad, se elaborará un informe con los resultados de los mismos y las actuaciones a emprender en caso de detectarse irregularidades entre ambos informes. Por tanto el funcionario que realiza el informe tiene el control de la actuación de control sobre el terreno y se puede separar de lo dicho. Además la Administración vigila y supervisa el la calidad de los mismos, y en ningún caso el procedimiento administrativo se inicia por el control sino que el resultado técnico del control se eleva a la Dirección General y esta es la que decide iniciar o no el correspondiente procedimiento a través del Informe.

Cierto es que en algún momento se pretende dar al acta el valor de informe, y ello supondría que el mismo acta ya supone ejercicio de potestad pública. Así sucede respecto de los controles de admisibilidad, no de los de condicionalidad, en la Circular de FEGA 12/11 cuando señala en el punto 15.3 "Cada uno de los controles sobre el terreno efectuados se recogerán en un acta de control, que tendrá el valor del informe de control a que se refiere el artículo 32 del Reglamento (CE) n° 1122/2009". Sin embargo dicha equiparación no es automática, sino que por el contrario "El acta de control contendrá los resultados de los controles sobre el terreno, irá acompañada de los eventuales trabajos de gabinete" con lo que obviamente ya no puede equiparse. Pero además continúa: "En el momento del control se podrá optar por realizar acta del mismo o posponerlo para su realización en gabinete". Finalmente se exige que "en el acta se haga constar que se informará al titular o su representante que el informe de control se realizará una vez procesados en gabinete los datos tomados en campo y que se le notificará dicho informe de control mediante escrito con acuse de recibo si los resultados del control no coinciden con los datos declarados en usos o en superficies, con el fin de que pueda presentar las alegaciones o incidencias que considere oportuno al amparo de la legislación vigente". Por su parte la Orden Andaluza en su punto 9.3 se refiere a la equiparación entre acta

e informe sólo a efectos de entender cumplida la obligación de notificar el informe en el plazo reglamentario: “Cuando el titular o su representante estén presentes en el control sobre el terreno el acta entregada en dicho acto tendrá la consideración de informe de control a los efectos de la notificación establecida en el apartado anterior”. Sin embargo queda claro que el acto donde la administración refleja su voluntad e inicia el procedimiento es el informe: “4. Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera notificará los incumplimientos detectados tanto en los controles sobre el terreno como en los controles administrativos, así como de todos aquellos puestos en su conocimiento por cualquier otro medio, indicando la valoración de dichos incumplimientos, conforme a lo establecido en el artículo 58 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En la citada notificación se indicará el plazo de que dispone el interesado para formular las alegaciones que estime oportunas, de acuerdo con el artículo 84 de la citada Ley 30/92.

5. La Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, transcurrido el plazo de presentación de alegaciones, emitirá la correspondiente resolución mediante la cual notificará los incumplimientos definitivamente imputados al titular, todo ello sin perjuicio de los recursos que contra dicha resolución Ley 30/92.

6. Dicha resolución será remitida en el plazo de un mes tras su finalización conforme al artículo 48.3 del Reglamento (CE) núm. 796/2004, a los organismos responsables de la gestión de las ayudas descritas en el artículo 1.2 de esta Orden para que apliquen las reducciones y exclusiones descritas en el artículo 11 de esta Orden.”

En el Plan Andaluz de controles, en determinados casos también se habla de acta e informe de manera indiferenciada pero sin embargo ello no oculta que el informe se hace posteriormente al control de campo sobre la base del acta y que es este informe el que inicia el procedimiento dando audiencia al interesado. “6.9.2. Los organismos competentes en los controles oficiales de la normativa sectorial aplicable a alguno de los actos y/o normas aplicables en Condicionalidad, entre ellos los correspondientes a la identificación y registro de animales de las especies bovino y ovino-caprino, y los responsables del control de admisibilidad de las ayudas supeditadas al cumplimiento de la condicionalidad, remitirán a la DGPAG las actas del control y la información descrita en el apartado 6.4 y 6.5 respectivamente, para que ésta elabore un informe de control que adoptará el formato de trámite de audiencia utilizado en los controles sobre el terreno de condicionalidad, que contendrá además de la determinación y valoración de los incumplimientos, el porcentaje de reducción aplicable, y hará referencia al organismo que detectó la irregularidad y la fecha de del control.

En caso de que los titulares afectados presenten alegaciones tras la notificación del trámite de audiencia, en desacuerdo con el control efectuado, la DGPAG enviará dichas alegaciones

*a los organismos responsables de la gestión implicados, para que éstos evalúen su aceptación y/o rechazo y remitan el resultado en el plazo máximo de 1 mes a la DGPAG.*

*Transcurrido el plazo de presentación de alegaciones, sin que se presenten alegaciones o en su caso, tras el estudio de éstas, la DGPAG emitirá una Resolución que dicte los incumplimientos finalmente imputados al titular, su valoración y el porcentaje de la reducción aplicable, de acuerdo a los modelos indicados en el anexo VII.*

*Una vez notificada la resolución, la DGPAG comunicará a los órganos responsables de la gestión de las ayudas supeditadas al control de la condicionalidad, los resultados de los controles efectuados, mediante la información que se recoge en el anexo VIII y a través de un documento de evaluación, en el caso de los controles de admisibilidad, cuyo modelo se recoge en el anexo IX, para que se apliquen las correspondientes reducciones en aplicación de lo establecido en el siguiente apartado.”*

- B. Otros elementos: la teledetección, el elevado número de controles, el escaso espacio de tiempo para la realización y su semejanza con lo controles de los organismos de control de la producción ecológica.

La teledetección supone que el control se hace sobre la interpretación de una fotografía obtenida por satélite. Los controles por teledetección se consideran a todos los efectos controles sobre el terreno y deben cumplir los mismos criterios que las inspecciones de campo clásicas. Los controles por teledetección serán realizados por una empresa contratista siguiendo las prescripciones establecidas en el Documento de Especificaciones Técnicas de la Comisión Europea para 2011, JRC IPSC/G03/P/HKE/hke D (2010) (12281) de 15/11/2010. La teledetección supone no ya que intervenga personal laboral, sino que directamente se externalice la función pues es necesario contratar a satélites y empresas que realizan la teledetección<sup>21</sup>. En la actualidad es la co-

---

<sup>21</sup> Reproducimos a continuación el documento del FEGA ” FINALIZACIÓN DE LOS CONTROLES ASISTIDOS POR TELEDETECCIÓN (CAMPAÑA 2012)” donde se explica detalladamente como ha funcionado el sistema en la última campaña. “Desde 1993, el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) y las Comunidades Autónomas, vienen trabajando conjuntamente en la realización de los controles por Teledetección previstos en el Sistema Integrado de Gestión y Control establecido en los Reglamentos Comunitarios, con el fin de garantizar que las ayudas por superficie que recibe el sector agrario español,

*en aplicación de la PAC, lleguen a los destinatarios que cumplen con la normativa y en los plazos establecidos. El año 2012, los 17 organismos pagadores de España, coordinados por el FEGA, han efectuado las tareas correspondientes enmarcadas en el mencionado objetivo El control asistido por teledetección constituye un instrumento moderno y preciso para determinar las superficies que tienen derecho a ayuda. Su empleo ha sido reconocido y autorizado por la Comisión Europea que ha*

misión la que contrata a una constelación de satélites de diversas empresas americanas y japonesas, y los diversos estados contribuyen a la financiación de este sistema. Esto pone de manifiesto que si parte del control de campo puede hacerse por satélite y por empresas privadas es porque no se trata de participación en el ejercicio de la potestad administrativa sino de una labor previa de apoyo y colaboración. Para aquellos casos en que no es posible comprobar la realidad mediante una fotografía por satélite se acerca el objetivo, si se permite decirlo, siendo materialmente una persona física quien se encarga de la tomar la foto que el satélite no puede pero sin que se altere el carácter meramente técnico y material de esta labor. Es evidente que ese control clásico que sustituye o complementa a la teledetección comparte la misma naturaleza de este por eso se utilizan como sustitutivos y complementos uno del otro. Son labores meramente técnicas.

Además estos controles no pueden considerarse como una obligación jurídica sino como una carga, sólo se está sometido a los mismos si el agricultor solicita voluntariamente que se le otorgue una subvención en materia PAC, y en

---

*equiparado esta metodología a los controles de campo ó clásicos. Estos últimos controles continúan llevándose a cabo, pero en unas proporciones apreciablemente menores, en cuanto a superficies estudiadas y solicitudes analizadas. Las tecnologías basadas en las imágenes enviadas a la tierra por los*

*numerosos satélites que la observan, se perfeccionan cada año. A través de ellas, de las especificaciones técnicas basadas en la documentación elaborada por la Unidad de Apoyo con la que cuenta la Comisión Europea (JRC), y de los trabajos descritos en esta nota, se garantiza un eficaz y correcto reparto de los fondos europeos a los beneficiarios. Los compromisos que adquieren las Administraciones se recogen en los oportunos Convenios de Colaboración, y la ejecución de las tareas se encarga a una empresa especializada. Los trabajos de esta empresa son supervisados y auditados por las Administraciones españolas y la propia Comisión. En este tipo de controles se utilizan, cada año, imágenes multispectrales y pancromáticas de distintos satélites (RapidEye, IRS LISS, Spot, Quickbird, GeoEye y World View) que captan las distintas fases del periodo vegetativo de los cultivos. Como novedad para la campaña 2012, el JRC ofreció el uso de constelaciones, es decir, cada empresa distribuidora de imagen tiene una constelación compuesta por varios satélites, actuando a plena capacidad desde la apertura de ventana. Esta opción tiene como objetivo reducir la multitemporalidad y aumentar las posibilidades de captura de las imágenes de muy alta resolución VHR y se diferencia de la opción autobackup, propuesta en 2011, en que ambos satélites comienzan a actuar desde la apertura de ventana y no únicamente si la toma de imagen se ve comprometida. Para ello, cada proveedor de imágenes VHR cuenta con más de un*

*satélite para proporcionar imágenes: • GEOEYE INC cuenta con GeoEye-1 e Ikonos • EUROPEAN SPACE IMAGING cuenta con Quickbird y WorldView-2 Debido a que la resolución de Ikonos no se considera suficiente para el programa del Control por Teledetección, se asignó a todas las zonas la constelación Quickbird/WorldView-2. El uso en gabinete de esta información se completa con visitas a campo. Ambas actividades pretenden contrastar la realidad del terreno con los datos declarados por los beneficiarios de las ayudas. En 2012 se han utilizado imágenes de alta resolución (HR) en número de 66 y de muy alta resolución (VHR) en número de 241. Las zonas controladas este año han sido 22, en 11 Comunidades Autónomas, con superficies de: 8 zonas de 20x20 Km., 7 zonas de 30x30 Km y 7 zonas de 40x50 Km. La superficie total comprendida en todas las zonas ha resultado ser 2.350.000 ha., situadas en 717 municipios y 7.690 polígonos catastrales. Las comunidades autónomas que participan en este proyecto han sido: Andalucía, Aragón, Castilla y León, Castilla La Mancha, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia, La Rioja, País Vasco y Comunidad Valenciana.”*

caso de que no quiera pasar el control y se niega no se prevé sanción alguna, simplemente se entiende que quien no se somete a los controles renuncia a la subvención. (art. 23.2 del Reglamento 796/2004). Por otra parte la no realización de los mismos en el tiempo definido se traducen en importantes consecuencias negativas para el Estado incumplidor. Otro elemento a tener en cuenta es que los controles deben hacerse en un reducido lapso de tiempo, el año natural y que se exige un porcentaje mínimo de controles que da lugar a que estos sean muy numerosos como ya se expuso más atrás. Finalmente resulta también ilustrativo conocer el tipo de compromisos agroambientales que han de cumplir los solicitantes y controlarse porque ello pone de manifiesto su similitud con los supuestos como los de la Inspecciones Técnicas de Vehículos y sobre todo con los Organismos de Control Autorizado de la Producción Ecológica, respecto de los que como vimos el TSJUE entiende que la primera fase de control (equiparable al “control sobre el terreno”) no supone ejercicio de potestad. A estos efectos nos remitimos a las circulares FEGA donde se detallan tales compromisos.

### **9. Conclusión a la vista de la normativa.**

A la vista de la normativa citada se puede concluir que la labor que realizan los controladores de campo en la primera fase del control es una actuación puramente técnica, se limita a recoger una serie de datos fácticos percibidos directamente por los agentes que realizan el control que están dotados de objetividad y de cualificación técnica y experiencia en la materia. No gozan de discrecionalidad para realizar el control, pues no sólo es que el modo de realizarlo esté regulado, es que los elementos que van a ser objeto de control están definidos y perfectamente enumerados en el anexo del Plan Andaluz de Controles. Es decir que el técnico acude porque recibe la correspondiente orden de servicio desde la Consejería y se limita a emitir y reflejar su juicio técnico sobre los elementos definidos en el modelo. El informe se elabora posteriormente en gabinete, tal y como recoge el Plan Nacional, y ahí ya se produce la intervención de un funcionario, que con los datos fácticos recogidos en el modelo de acta elabora el informe. No se realizan las visitas a las fincas, por iniciativa de los agentes, sino por iniciativa de la Consejería, acordada por el Inspector y recogida en el plan de inspección correspondiente, en los términos señalados en la Orden citada. Es decir que para realizar el control el agente de campo no realiza actuación jurídica alguna por cuanto se limita a ejecutar la orden de servicio siguiendo las instrucciones de la Consejería, y sobre el terreno se limita a recoger unos hechos cuya apreciación necesitan de una cierta cualificación técnica. Por último el acta no inicia procedimiento administrativo alguno pues como señala el artículo 9.4 de la Orden de 22 de junio de 2009



esto queda diferido al informe de control, cuando se señala que: *“En el caso en que se concluya la existencia de incumplimiento, la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, acordará la iniciación del correspondiente procedimiento, dando traslado del contenido de dicho informe a la persona interesada y concediendo un plazo de audiencia conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”*

En resumen la legislación viene a confirmar que el control de campo que se refleja en el documento “acta de control” es una actividad técnica de recogida de datos preparatoria para la realización del posterior informe que es donde se contienen valoraciones jurídicas y donde se ejercen potestades. Queda claro la necesidad de una importante cualificación y experiencia, el elevadísimo número de controles a realizar y la nula discrecionalidad jurídica de los controladores cuya labor está tasada y se realiza en base a moldes previos. Igualmente queda claro que la Administración a través de funcionarios queda con la dirección y control del control de campo y con el poder de decisión en todo lo referente a la inspección que se plasma en el informe. No sólo esto sino que además del ejercicio de esta función en todos y cada uno de los controles, realiza procedimientos genéricos para asegurar la calidad de los controles.

### **10. Aplicación de esta doctrina a la potestad subvencionadora.**

Por lo expuesto entendemos que los controles de campo no suponen ejercicio de potestades administrativas. La sentencia comentada habla de que al tratarse de un control de una subvención estamos ante una potestad pública como si no cupiera en esta materia labores de apoyo o colaboración. El hecho de que se dé esta actuación en materia de subvenciones no puede llevarnos a la conclusión de que en esta materia sí que suponen ejercicio de autoridad. Para ellos hay varios argumentos: el primero hace referencia a que la doctrina del TSJUE, arriba citada, aclara que en ningún caso la excepción del ejercicio directo o indirecto de poder público puede aplicarse lisa y llanamente a todo un sector de actividad, sino que hay que analizar de manera separada las funciones que en esa actividad se dan. Por tanto aunque otorgar o reintegrar subvenciones es una manifestación de potestad no puede entenderse incluida la realización de una actividad puramente material como es la recogida de datos técnicos. Como segundo argumento hay que hacer referencia a la jurisprudencia de este Tribunal que excluye del ámbito del concepto de poder público las actuaciones que llevan a cabo los organismos de control de la producción agrícola ecológica y ello a pesar de que estos organismos no se limitan a recogida de datos sino que incluso, deciden certificar o no la producción y pueden prohibir la utilización de distintivos. Y en consecuencia si no se es-

tá certificado no se puede acceder a las subvenciones para este tipo de producción. En tercer lugar hay que aludir al hecho de que incluso los particulares puedan realizar estas labores lo que confirma que no estamos ante un ejercicio de potestad pública. Así no puede olvidarse que a través del control de condicionalidad se verifican los requisitos y condiciones necesarias para poder ser beneficiarios de las ayudas de la PAC. Pues bien, en nuestro ordenamiento jurídico la verificación de los requisitos necesarios para poder recibir ayudas no está reservada a los funcionarios públicos. En efecto, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece como una de las obligaciones de las entidades colaboradoras la de “comprobar, en su caso, el cumplimiento y efectividad de las condiciones o requisitos determinantes para su otorgamiento, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención” (artículo 15.1.b). De este modo, si una entidad colaboradora, que puede ser una persona jurídica privada donde no existan funcionarios (art. 12. 2 de la LGS), puede comprobar el cumplimiento y efectividad de las condiciones o requisitos determinantes del otorgamiento de una subvención, no vemos razón jurídica alguna que impida que esa misma comprobación la realice la propia Administración a través de su personal laboral que tenga la suficiente cualificación al efecto.

El fundamento de esta práctica es la necesidad de realizar un elevadísimo número de controles en escaso tiempo, que exigen una cualificación especializada y en constante avance, lo que dificulta la realización por personal funcionario. Además la no realización de estos controles en el periodo de tiempo señalado por la normativa comunitaria, la realización defectuosa, o anulada en vía jurisdiccional tiene importantes y negativas consecuencias puesto que supone la detración de fondos europeos tal y como expresamos anteriormente.

Por otro parte desde el punto de vista interpretativo hay que tener presente toda una serie de supuestos en que incluso empresas privadas ejercen funciones muy parecidas, y a veces incluso más cercanas al ejercicio de potestades. En este sentido señalemos que el ordenamiento español permite la realización de labores en que si que se afectan de manera directa los derechos de los ciudadanos, y tienen razones similares se trata de toda la normativa referente a los Organismos de Control Autorizados. A título de ejemplo los organismos de control de la calidad y la seguridad industrial, profusamente estudiados por CANALS Y AMETLLER y CARRILLO DONAIRE en las obras antes citadas. Todas estos órganos comparten la existencia de un sector de actividad muy amplio que ha de ser controlado, que ese control requiere una formación técnica especializada y en desarrollo que hace inviable su asunción por personal funcional, que el sometimiento a estos controles no es tanto un deber como una carga para el ejercicio

de un determinado derecho. Estos controles se realizan por entidades publicas o privadas, y establecen una serie de precauciones mínimas en garantía de la objetividad y eficiencia de sus controles, tales como número mínimo de personal, independencia de las empresas o personas controladas, medios técnicos y personales con la cualificación y el número necesario, pero por supuesto son realizados por personal en régimen laboral, y ni siquiera se exige que este tenga una relación de trabajo indefinida. Esas entidades, como por ejemplo las ITV, ejercen la potestad certificante. Haciendo uso del artículo 3.1 del Código Civil cuando ordena interpretar las leyes de acuerdo con la realidad social del momento habría que decir que en la realidad social actual está más que asumido el ejercicio de potestades por entidades privadas, y ello debe ser un parámetro a tener en cuenta al enjuiciar la actuación de la Administración a través de personal laboral. Por tanto en este caso en que estamos ante una carga a la que se somete voluntariamente quien desea obtener una subvención en materia de PAC, que el número de controles es muy elevado, que han de realizarse en un escaso lapso de tiempo (en el mismo año natural de la solicitud) que la especial formación del personal que debe realizarlos y el gran volumen de personal necesarios hacen inasumible su práctica por personal funcionario, que se realiza el control por un personal cualificado, al servicio de una empresa pública, con experiencia y formación en la materia, en este caso repetimos, todas estas circunstancias han de ponderarse como criterio para interpretar que la labor que realizan los controladores sobre el terreno no participa de la potestad pública sino que es previa de apoyo y colaboración<sup>22</sup>, y en definitiva plenamente válida, con lo que pasamos a estudiar su valor probatorio.

## V. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE CONTROL

Dado que como hemos dicho el control sobre el terreno no debió declararse nulo la pregunta que queda por responder es que valor hay que atribuir al mismo. Tradicionalmente se habla de la presunción de veracidad de la que gozan los hechos que ha percibido directamente un funcionario público y que se han recogido en un acta, siguiendo lo dispuesto en el artículo 137.2 de la Ley 30/1992. Y ello a pesar de que dicho artículo se haya en sede de principios de

---

<sup>22</sup> Todo lo cual se dice sin perjuicio de que en determinados casos este personal laboral puede ejercer potestades administrativas de manera transitoria. *En este sentido señala el EBEP: "Disposición Transitoria Segunda. Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario. El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos."*

procedimiento administrativo sancionador y por tanto en principio no se entendería a otro tipo de intervenciones administrativas. Sin embargo hay que poner en su justa medida el alcance de dicha presunción. En este sentido resulta expresiva la opinión de S. FERNÁNDEZ RAMOS<sup>23</sup> “el fundamento del valor probatorio de las actuaciones inspectoras no estriba tanto en la presunción de veracidad del acta de inspección como documento público, como en el hecho de que tale actas incorporen una actividad probatoria desarrollada, con respeto a las garantías legales, por personal cualificado e imparcial, cualidades estas que puede satisfacer también una entidad colaboradora”. En efecto la presunción de veracidad de las actas en definitiva no es sino una inversión de la carga de la prueba sometida a condiciones. En primer lugar está condicionada a que se haga en determinadas circunstancias que garantizan un cierto nivel de veracidad y objetividad, de tal modo que si no se cumplen esos mínimos no produce tal efecto. En segundo lugar aún cuando el efecto se produzca nada impide que la otra parte aporte en el procedimiento judicial, e incluso en el administrativo, otras pruebas que han de ser valoradas y que pueden tener mejor acogida (piénsese en un acta sobre el estado de un edificio, que se dice que está derruido, frente a una fotografía acredita que está en pie). En definitiva lo importante no es tanto que se elabore por un funcionario como que la prueba tenga calidad suficiente para acreditar los hechos que pretende fundar. La calidad de la prueba se da por sus condiciones intrínsecas en relación al hecho y las condiciones en que se realiza y documenta. También influye desde luego el sujeto que las realiza tanto porque puede ser necesario tener una determinada formación y/o experiencia, como porque en determinados casos hay más garantías de objetividad. A este último respecto hay que señalar que el personal laboral de las empresas y agencias públicas se encuentra en una situación de neutralidad respecto al hecho, no tiene interés personal, además la obligación de objetividad no sólo pesa sobre los funcionarios, sino también sobre el laboral ex artículo 52 del EBEP por lo que parece que el acta del control debe ser considerada como una prueba de calidad<sup>24</sup>. Otras diferencias que habían llevado a dotar de mayores garantías la intervención del funcionario también se están diluyendo en la medida que el personal laboral se somete en

---

<sup>23</sup> S. FERNÁNDEZ RAMOS en “La actividad Administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora” Granada, Comares 2002, página 563.

<sup>24</sup> CANALS Y AMETLLER en la obra antes citada, página 322, o REVUELTA PÉREZ en “Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales” Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente, número 185, abril-mayo 2011, páginas 111 a 156, especialmente página 150, entienden que los documentos elaborados por los Organismos de Control Autorizado, cuyo personal es laboral (incluso de empresas privadas) tienen el mismo valor probatorio que si se hubiera levantado por funcionario. J.A. CARRILLO DONAIRE, en el “Derecho de la Seguridad y la Calidad Industrial”, Marcial Pons, 2000, página

su ingreso a principios de capacidad, mérito y publicidad, con carácter general, y aunque no existe el principio de inamovilidad, la experiencia demuestra que su posición real es prácticamente equiparable.

Expresiones del valor que corresponde a documentos elaborados por personal laboral se pueden hallar en la jurisprudencia: Así el TS de 17 de julio de 1995 en relación a las actas de inspección de un instalador autorizado en materia eléctrica que señala que “es patente que no puede hablarse en el presente caso de documento privado”. La Sentencia del TSJ de Cataluña en Sentencia número 66, de 29 de enero de 1998 que en relación a las actuaciones de Entidades Privadas Colaboradoras señala que “...los datos de hecho obtenidos en las inspecciones y resultados de la medidas de emisión de contaminantes obtenidos por dichos organismos no gozan de presunción de certeza, pero sí que ofrecen, por la cualificación técnica de quienes lo emiten y la objetividad que deben seguir en su actuación, garantías suficientes como para que puedan valorarse por los Tribunales como medios de prueba cuya destrucción requiere, bien demostrar irregularidades en la obtención y valoración de los datos, bien la aportación de pruebas que por contraste con aquellas, pongan en duda su eficacia.”. La de TSJA, Granada en sentencia 607/2011 de cuatro de abril de 2011 donde se señala, para un caso como este de control de subvenciones de la PAC, que la actividad probatoria del recurrente no desvirtúa lo recogido en el informe. La abundante jurisprudencia que sobre el tema de los agentes de la ORA existe, ejemplo la STSJ Murcia 470/2000 de 17 de mayo<sup>25</sup>. En idéntico sentido la 778/1999 de 30 de sep-

---

637, donde considera que las actas de inspección de los Organismos de Control tienen valor oficial y las considera documento público

<sup>25</sup> “Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, es evidente que no se da la nulidad de pleno derecho alegada por el actor (art. 62 de la Ley 30/1992), pues no puede considerarse vulnerado el principio de presunción de inocencia (art. 24 CE [RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875]) que el mismo considera infringido. El principio de presunción de inocencia significa que el ciudadano no puede ser considerado responsable de una infracción administrativa hasta que haya concluido el expediente con una resolución sancionadora, y materialmente que la Administración no puede sancionar sin pruebas, de modo que ha de probar los hechos que imputa al presunto culpable y ha de realizar una prueba de cargo capaz de destruir dicha presunción, no gozando de ninguna facultad discrecional en la evaluación y valoración de las pruebas, en la expresión del juicio de certeza, que motive una resolución sancionadora para ser conforme a Derecho. Por lo tanto para sancionar es preciso que la Administración practique las suficientes pruebas de cargo para desvirtuar dicho principio... Como ha señalado esta Sección en su sentencia 1014/1993, de 27 de diciembre (reiterada por otras muchas posteriores como las 273/1996, de 9 de mayo; 273/1996, de 9 de mayo; 316/1996, de 22 de mayo y 829/1997, de 9 de diciembre), el art. 75.1 LSV permite incoar el procedimiento sancionador «mediante denuncia que podrá formular cualquier persona», y el art. 80 de la nueva LRJ-PAC, dice: «Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba. **Se desprende de ello que el testimonio de un particular, como es el controlador de la ORA, es una**

tiembre. Añadir resolución Tribunal Administrativo de Navarra, de 29 de Agosto de 2011<sup>26</sup>.

En definitiva siguiendo esta doctrina el control debe tener una especial consideración como prueba emanada de un empleado público, con formación y experiencia, sometido al deber de objetividad.

**prueba legítima, que en principio, aunque no goce de la presunción de veracidad reconocida a las denuncias de las Autoridades y sus Agentes (art. 76 LSV), puede tener eficacia probatoria en el caso de ser ratificada en el procedimiento sancionador, sobre todo cuando la otra parte no prueba hechos que por ser contradictorios con los denunciados, pongan de manifiesto la imposibilidad o improbabilidad de estos últimos (sentido en el que se pronunciaba la Sala en su sentencia núm. 934/1993, de 1 de diciembre). En sentido análogo se ha manifestado la jurisprudencia al señalar, después de indicar que corresponde a los Ayuntamientos la ordenación del tráfico y aparcamiento de vehículos en las vías urbanas, para llevar a debido efecto y cumplimiento lo reglamentado municipalmente en cuanto a dicha cuestión, y sancionar, si a ello hubiere lugar, las infracciones de dicha reglamentación cometidas, que solamente tienen el carácter de Agentes de la Autoridad los miembros de la Policía Local, de obligada existencia en los municipios con población superior a 5.000 habitantes, y que únicamente se permite la existencia de auxiliares de la citada Policía Local donde no exista ésta, según al efecto establece la Disposición Transitoria 4.ª del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986, 1238, 2271 y 3551), por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local. De lo expuesto se infiere que los empleados de la empresa Construcciones y Contratas, SA, a la que el Ayuntamiento de Gijón tiene asignada la regulación del aparcamiento vigilado en determinadas zonas de la denominada ORA y, en general, los controladores o vigilantes de dichas zonas en otros municipios donde exista implantado dicho régimen de estacionamiento de vehículos, no tienen la consideración de Agentes de la Autoridad, salvo cuando sean miembros de la Policía Local, ni tampoco pueden tener la cualidad de auxiliares de ésta, al sólo poder existir tales auxiliares en Municipios de menos de 5.000 habitantes donde no exista dicha Policía Local (SSTS de 21 de septiembre [R] 1990, 7283) y 25 de octubre de 1990). Esta es, además, la doctrina ya establecida por este Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de octubre de 1991 (R] 1991, 7639), en la que se sienta de forma clara y explícita la negación de la consideración de Agentes de la Autoridad a los aludidos controladores o vigilantes de la denominada ORA, y por ello, como se añade en la precitada sentencia, «su simple denuncia equivale a la denuncia de un particular, y al no ser averada por pruebas posteriores, no tienen fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados» (STS 3.ª Pleno, de 23-11-1993 [R] 1993, 8883)]. Por tanto solamente en los expedientes en los que el controlador ha ratificado expresamente su denuncia haciendo constar su nombre y apellidos, cabe considerar su declaración como prueba testimonial, a los efectos de valorarla conjuntamente con las demás pruebas practicadas para decidir si ha sido desvirtuado o no el principio de presunción de inocencia referido, siendo importante examinar, a tales efectos, si el recurrente ha probado hechos que por ser contradictorios con los denunciados, pongan de manifiesto la imposibilidad o improbabilidad de estos últimos. En el presente caso lo actuado en los expedientes y en este proceso, conduce a la Sala a considerar a la demandante responsable de las infracciones sancionadas, ya que está probada la realidad de los distintos hechos imputados, por la comunicación del propietario del vehículo manifestando que era ella la que conducía el vehículo los días en que los mismos sucedieron, así como por las denuncias formuladas por los controladores de la ORA, debidamente ratificadas en cada uno de los procedimientos sancionadores y en definitiva por el hecho de no haber contradicho eficazmente, proponiendo la práctica de las pruebas pertinentes, tales hechos, probando haber colocado en lugar visible el ticket o distintivo, tener autorización para aparcar en la zona reservada a residentes, no haber rebasado el tiempo establecido en el ticket, no carecer de ticket o en definitiva no haber utilizado el vehículo dichos días o haberlo estacionado en lugar distinto al indicado por el Controlador, etc.**

<sup>26</sup> «Ante esta contradicción de los hechos, hemos de proceder a la valoración de las pruebas obrantes en el expediente. El Ayuntamiento basa sus afirmaciones en el informe de inspección de fecha 29 de abril, acompañado de informe fotográfico refiriéndose a unos hechos comprobados «in situ» el 27 de abril por personal del Ayuntamiento. El recurrente no presenta prueba alguna que avale sus afirmaciones al respecto. Pues bien, la cuestión planteada no presenta dificultad alguna de valoración dado que, a pesar de que pudieran existir dudas de que la prueba en que se basa el Ayuntamiento pudiera calificarse como Ac-

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARMIJO. El Reintegro de Subvenciones de la Unión Europea. Especial Referencia a las ayudas de la Política Agraria Común, editado por el IAAP, Sevilla 2011.

CANALS y AMETLLER en El ejercicio de funciones de autoridad, control, inspección y certificación, Comares Granada, 2003.

CANTERO MARTÍNEZ, Comunicación “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo” presentada en el XVIII Congreso Italo-spagonlo de profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Bolonia los días 27, 28 y 29 de mayo de 2010 y en “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial” (Ponencia presentada al VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria 9 al 11 de junio de 2010).

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS en “El papel del funcionario y el laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 11/2011.

J.A. CARRILLO DONAIRE, en el “Derecho de la Seguridad y la Calidad Industrial”, Marcial Pons, 2000.

FERNÁNDEZ RAMOS “ La actividad Administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora” Granada, Comares 2002.

ORTIZ MALLOL, De potestades, funcionarios y labores portuarias ponencia presentada a las VIII Jornadas de Derecho Portuario organizadas por la Autoridad Portuaria del Puerto de Sevilla, en octubre de 2012.

---

*ta propiamente dicha y gozar así de la presunción de veracidad «ex» artículo 137.3 de la LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), lo cierto es que sí constituye un informe redactado dos días después a la inspección, pero acompañado de informe fotográfico que acredita las afirmaciones realizadas en el informe. Y en este sentido, ante la contradicción en el relato de los hechos de las partes y la ausencia de prueba de la parte recurrente, resulta evidente que ha de darse mayor valor a lo afirmado por el Ayuntamiento apoyándonos en la STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3790) en la que se señala que « debe darse prevalencia a lo afirmado por el representante de la Administración en el informe, al que cabe atribuir cierto valor probatorio, según la jurisprudencia mayoritaria, en su consideración de testimonio emitido por escrito y en función de la presumible objetividad del actuar de la Administración Pública y de sus agentes»*

REVUELTA PÉREZ en “Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales” Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente, número 185, abril-mayo 2011

SÁNCHEZ MORÓN, Comentarios la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de la Editorial Lex Nova, 1º Edición julio de 2007.

SEMPERE NAVARRO y HIERRO HIERRO, comentario del artículo 57 del EBEP en los “Comentarios a la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Editorial Aranzadi, primera edición 2008.



# NOTAS DE JURISPRUDENCIA

## Tribunal Constitucional (\*)

### IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO

#### C. El Tribunal Constitucional

**1. Sentencia 79/2012, de 17 de abril (BOE de 16 de mayo). Ponente: Asua Batarrita (Cuestión de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 24, 163

*otros:* Art. 35.2 LOTC; 11, 238, 241, 242 y 243 LOPJ

*Objeto:* Artículo 35.7 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

*Materias:* Cuestión de constitucionalidad: requisitos

**FALLO:** Se desestima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1389-2005 relativa al artículo 35.7, párrafo segundo, de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

*Véase en el n° anterior de esta Revista la STC 20/2012; véanse, asimismo, la STC 85/2012 y los recursos de amparo resueltos por las SSTC 125/2012 y 164/2012; véanse, asimismo relacionados con la citada STC 20/2012 las SSTC 103 y 104 de 2012.*

#### E. El Poder Judicial.

**2. Sentencia 91/2012, de 7 de mayo (BOE de 5 de junio). Ponente: Pérez de los Cobos Orihuel (Cuestión de constitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 9.3, 14, 24.1, 117.1 y 123.1, 139.1, 163

*otros:* Arts. 5.1 y 5.2 y 12 LOPJ; art. 35.1 y 36 LOTC

---

(\*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

*Objeto:* 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, subsidiariamente, 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; igualdad ante la ley; régimen jurídico constitucional del ejercicio del poder judicial y, en concreto del TS. Libertad de circulación y establecimiento de las personas y libre circulación de bienes en todo el territorio nacional. Principio de igualdad de derechos y obligaciones en todo el territorio nacional. Régimen jurídico de la cuestión de inconstitucionalidad.

**FALLO:** Se desestima la presente cuestión de inconstitucionalidad.

*Véase la STC 37/2007 en el n° anterior de esta Revista, así como las SSTC 93, 94 y 98 de 2012.*

## VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

### A. Comunidades Autónomas.

#### B.2. Competencias.

**1. Sentencia 71/2012, de 16 de abril (BOE de de 16 de mayo). Ponente: Asua Batarrita (Conflicto positivo de competencia).**

*Preceptos constitucionales:* 139.1 y 149.1.1, 149.1.13  
*otros:*

*Objeto:* Acuerdo de 31 de mayo de 2007 del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, por el que se mantiene la competencia de dicho órgano sobre el expediente núm. 627-2007, Estación sur de autobuses de Madrid.

*Materias:* Competencias exclusivas del Estado en atención al ámbito supra-comunitario de la competencia, cuando tales prácticas anticompetitivas me-

noscaben, perjudiquen e influyan desfavorablemente en las condiciones de la competencia en un ámbito geográfico superior al autonómico.

**FALLO:** Desestimar el presente conflicto positivo de competencia interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el acuerdo de 31 de mayo de 2007 del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Existe Voto particular formulado por la Magistrada Asua Batarrita

**2. Sentencia 72/2012, de 16 de abril (BOE de 16 de mayo). Ponente: Pérez Tresp (Conflicto positivo de competencia).**

*Preceptos constitucionales:* 149.1 y 13  
*otros:*

*Objeto:* Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

*Materias:*

**FALLO:** 1º. Declarar la pérdida sobrevenida del objeto del conflicto por lo que respecta a los arts. 3.3 a); 4.1; 4.5, segundo inciso; 4.6; 7 y 8; así como la disposición adicional segunda del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

2º. Desestimar el conflicto en todo lo demás.

Existe voto concurrente que formula la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita remitiéndose a lo ya manifestado en el Voto también concurrente que formulado a la STC 36/2012 (*Véase el número anterior de la Revista*).

*Véanse asimismo las SSTC 73 y 77 de este año 2012 que se remiten a la citada 36/2012.*

**3. Sentencia 82/2012, de 18 de abril (BOE de 16 de mayo). Ponente: Ortega Álvarez (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 149.1.4, 149.1.23.

*otros:* 50.1.d) Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA)

*Objeto:* Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, por la que se declara Parque Natural las Bardenas Reales de Navarra

*Materias:* Competencias exclusivas estatales en materia de defensa nacional. Las competencias autonómicas en materia de espacios naturales protegidos deberán respetar las bases que el Estado tenga establecidas.

**FALLO:** Se desestima el presente recurso de inconstitucionalidad.

Existe Voto particular del Magistrado Rodríguez Arribas al que se adhiere el Magistrado Pérez de los Cobos Orihuel, así como otro suscrito por el Magistrado Aragón Reyes.

**4. Sentencia 83/2012, de 18 de abril (BOE de 16 de mayo). Ponente: Asua Batarrita (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:*

*otros:* Art. 81.1 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía

*Objeto:* El art. 24 y la disposición adicional vigésima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

*Materias:* Reparto competencial de la materia juego entre el Estado y las Comunidades Autónomas

**FALLO:** Se declara la pérdida de objeto del presente recurso en relación con el inciso “*o exceda de los límites de una concreta Comunidad Autónoma*” de la disposición adicional vigésima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

2º Desestimar el recurso en todo lo demás.

*Véase, en relación con la Comunidad Autónoma de Cataluña la STC 35/2012, con la que parcialmente coincide ésta.*

**5. Sentencia 86/2012, de 18 de abril (BOE de 16 de mayo). Ponente: Asua Batarrita (Cuestión de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 86.1, 149.1.13, 163, 164.1  
*otros:* Art. 38.1 LOTC.

*Objeto:* Art. 18.1 y 2 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears, en relación con lo dispuesto en el art. 43 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio,

*Materias:* Bases y coordinación general de la actividad económica.

**FALLO:** Se declara (1º) la desaparición sobrevenida del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad por lo que respecta al art. 18.2 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears. (2º) se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al art. 18.1 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears.

*Véase la STC 26/2012 mediante la que se declara la inconstitucionalidad del art. 18.2 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 11/2001.*

**6. Sentencia 87/2012, de 18 de abril (BOE de 16 de mayo). Ponente: Pérez Tremps (Cuestión de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 45, 149.1.1ª y 23ª.  
*otros:*

*Objeto:* 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.

*Materias:* Protección del medio ambiente: legislación básica.

**FALLO:** Se estima la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, se declara inconstitucional y nula 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, en su redacción original.

**7. Sentencia 99/2012, de 8 de mayo (BOE de 5 de junio). Ponente: Pérez Tremps (Conflicto positivo de competencia).**

*Preceptos constitucionales:* 66.2, 134, 148, 149, 149.1.13

*otros:*

*Objeto:* Real Decreto 117/2001, de 9 de febrero, por el que se establece la normativa básica de fomento de las inversiones para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrarios, silvícolas y de la alimentación.

*Materias:* Bases y coordinación de la actividad de la planificación general de la actividad económica. Atribución de competencias y poder subvencional.

**FALLO:** Se declara (1) que el conflicto ha perdido objeto respecto del inciso “que no podrá ser posterior al 30 de junio” contenido en el apartado 1 del artículo 8. (2) Desestimarlo en todo lo demás.

**8. Sentencia 100/2012, de 8 de mayo (BOE de). Ponente: Delgado Barrios (Cuestión de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 9.3, 31.1 y 3, 86.1, 93, 94.1, 96.1, 133.1, 138.1, 139.2, 149.1.10, 13 y 14, 157.2 y 3

*otros:* 27.c), 88.1 LOTC, 9.c) LOFCA, 46.1 Estatuto de Autonomía para Canarias.

*Objeto:* Disposición adicional segunda de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico fiscal de Canarias, y la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 7/1993, de 21 de mayo, de medidas urgentes de adaptación y modificación del impuesto sobre el valor añadido, del impuesto especial sobre determinados medios de transporte, del impuesto general indirecto canario, del arbitrio sobre la producción e importación en las islas Canarias y de la tarifa especial del arbitrio insular a la entrada de mercancías. Interdicción de la adopción de medidas tributarias por las Comunidades Autónomas sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculos para la libre circulación de mercancías o servicios.

*Materias:* Principio de seguridad jurídica. Principios constitucionales de un sistema tributario justo. El régimen jurídico constitucional del decreto-ley. Interdicción de la adopción de medidas que obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. Asunción por el estado de la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad, así como, de velar por el establecimiento

de un equilibrio adecuado y justo entre las diversas partes del territorio nacional, atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular. Ejercicio por el Estado de la potestad tributaria mediante ley. La retroactividad de las normas tributarias: alcance y límites constitucionales, Vinculación y alcance de las normas del Derecho Comunitario para los Estados miembros. Régimen aduanero y arancelario y comercio exterior: competencia exclusiva del Estado; así como la Hacienda general y Deuda del Estado. Régimen jurídico del ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas. Tratados y Convenios Internacionales: fuerza vinculante para los Estados y régimen jurídico para su adhesión. Principio de reserva de ley en materia tributaria.

**FALLO:** Se desestima la cuestión de inconstitucionalidad.

**9. Sentencia 111/2012, de 24 de mayo (BOE de 20 de junio). Ponente: Pérez Vera (Recursos de inconstitucionalidad acumulados).**

*Preceptos constitucionales:* 9.2 y 3, 27, 35, 40, 81.1, 139.1, 149.1.1, 7, 13, 15, 16 y 30,

*otros:* Art. 1, 4, 30, 35.1, 62.2 LOGSE, 11.2, 12.1.1, 15, 111 EAC,

*Objeto:* Recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 4937-2002 y 5305-2002, promovido el primero por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, representado por la Abogada de la Generalitat de Cataluña, frente a los arts. 5.1, 7, 8.4 y 11.7, así como la disposición final primera, apartado 2, párrafos primero y segundo, de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional, e interpuesto el segundo por el Parlamento de Cataluña, representado por su Letrada, contra los arts. 5.1, 8.4 y 11.7, así como la disposición final primera, apartado 2, párrafos primero y segundo, de la misma ley.

*Materias:* Títulos académicos y profesionales régimen jurídico de las condiciones de obtención, expedición y homologación y normas básicas para el desarrollo del derecho a la educación y el deber de enseñanza del art. 27 CE. Competencia exclusiva del Estado en la regulación de las condiciones básicas en garantía de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Legislación laboral: competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CCAA. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Identidad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado. Derecho al trabajo y a la libre elección de

profesión u oficio. Deber de los poderes públicos para la promoción de las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo sean reales y efectivas. Exigencia de leyes orgánicas para el desarrollo de los derechos fundamentales. Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. Competencias exclusivas del Estado: Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica; bases y coordinación general de la sanidad.

**FALLO:** Se estiman parcialmente los recursos de inconstitucionalidad acumulados núm. 4937-2002, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, y 5305-2002, interpuesto por el Parlamento de Cataluña, y, en su virtud: se declara que es inconstitucional y nula la disposición final primera, apartado 2, párrafos primero y segundo, de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional, en cuanto reserva al Estado el desarrollo exclusivo de los arts. 4.1 b) y c); 5.1; 6.3 y 4; 8.4; 9; y 11.6; y de la disposición adicional tercera y se desestima el recurso en todo lo demás.

**10. Sentencia 112/2012, de de 26 de mayo (BOE de 20 de junio). Ponente: Hernando Santiago (conflicto positivo de competencia).**

*Preceptos constitucionales:* 148.1.5, 149.1.24, 161.2  
*otros:* Art. 61.2, 64.2 LOTC

*Objeto:* Resoluciones de 17 de noviembre de 2005 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, por las que se hacen públicas las convocatorias de concursos, por procedimiento abierto, para la adjudicación de los contratos de consultoría y asistencia del anteproyecto de construcción y explotación de la obra “cierre norte de la M-50. Tramo: A-6 a M-607” y del anteproyecto de construcción y explotación de la “nueva carretera R-1. Tramo: El Molar/M-12 y cierre norte de la M-50. Tramo: 607/A-1”.

*Materias:* Resoluciones adoptadas por las CCAA: legitimación del Gobierno para impugnarlas. Competencia exclusiva del Estado: obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma. Posibilidad de que las CCAA asuman competencias en materia ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.



**FALLO:** El TC decide estimar el presente conflicto positivo de competencia y, en consecuencia, declarar que las resoluciones de 17 de noviembre de 2005 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, por las que se hacen públicas las convocatorias de concursos, por procedimiento abierto, para la adjudicación de los contratos de consultoría y asistencia del anteproyecto de construcción y explotación de la obra “cierre Norte de la M-50. Tramo: A-6 a M-607” y del anteproyecto de construcción y explotación de la “nueva carretera R-1. Tramo: El Molar/M-12 y cierre Norte de la M-50. Tramo: 607/A-1” vulneran las competencias del Estado.

*Véase asimismo la STC 124/2012.*

**11. Sentencia 120/2012, de 5 de junio (BOE de 4 de julio). Ponente: Hernando de Santiago (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 9.3, 134, 135, 140, 142, 148.1.2, 149.1.11, 13, 14 y 18

*otros:* 9.8, 48.1, 218.5 EAC

*Objeto:* Art. 59.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, respecto a la nueva redacción que da al primer párrafo del apartado 1 y al párrafo final del apartado 4 del art. 54 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales.

*Materias:* Los PGE: su régimen jurídico constitucional. Principio de seguridad jurídica. Competencias exclusivas del Estado: sistema monetario y bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. Autonomía financiera de los municipios. Principio de suficiencia financiera de las entidades locales. Competencias exclusivas del Estado: sistema monetario, bases y coordinación de la planificación económica general, Hacienda general y Deuda del Estado, bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. Principio de estabilidad presupuestaria.

**FALLO:** El TC ha decidido desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 1291-1999, interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

**12. Sentencia 122/2012, de 5 de junio (BOE de 4 de julio). Ponente: Rodríguez Arribas (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 133.1 y 2, 149.1.14, 157.1 y 3, 161.2.

*otros:* Art. 30, 84, 86.1 88.1 LOTC, 6.2 y 3 LOFCA (2009), 203.5, 202.3 a) y 203.1 EAC (2006)

*Objeto:* Recurso de inconstitucionalidad núm. 1772-2001, interpuesto por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2000, de 29 de diciembre, del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales.

*Materias:* Competencia del Gobierno para impugnar las resoluciones de las CCAA. Régimen jurídico de la competencia tributaria de las CCAA y sus limitaciones. Competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda general y Deuda del Estado.

**FALLO:** Se desestima el presente recurso de inconstitucionalidad.

**13. Sentencia 135/2012, de 19 de junio (BOE de 9 de julio). Ponente: Hernando Santiago (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 9.3, 38, 128, 131, 149.1.13 y 25

*otros:* 34 LOTC, 26.3.1.3, 27.8 EAM

*Objeto:* Recurso de inconstitucionalidad núm. 7745-2007, interpuesto por la Comunidad de Madrid contra el apartado 20 del artículo único de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, en cuya virtud se modifica el apartado 7 del art. 73 de dicha Ley; y, asimismo, contra la disposición final primera de la misma Ley 12/2007, de 2 de julio.

*Materias:* Competencias exclusivas del Estado: bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; bases del régimen minero y energético. Principio de seguridad jurídica. Reconocimiento del principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Subordinación de cualquier tipo de riqueza al interés general. Competencia del Estado, mediante ley, para planificar la actividad económica general.

**FALLO:** Se desestima el presente recurso de inconstitucionalidad.

**14. Sentencia 136/2012, de 19 de junio (BOE de 9 de julio ). Ponente: Pérez Tremps (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 43.1, 149.1.11, 14, 16 y 17, 91.2, 157.3  
*otros:* Art. 7.3 LOFCA; Art. 30, 88.1 LOTC

*Objeto:* Recurso de inconstitucionalidad núm. 2810-2009, promovido por el Presidente del Gobierno contra los artículos 14 y 15 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.

*Materias:* Competencias exclusivas del Estado: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones; Hacienda general y Deuda del Estado; bases y coordinación general de la sanidad; legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social. Competencia del Gobierno para impugnar las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las CCAA. Derecho a la protección de la salud.

**FALLO:** El TC declara la inconstitucionalidad y la nulidad de:

a) El art. 14 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, en cuanto modifica el art. 171.1 del Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat, en cuanto que suprime el inciso “*cuando no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria de la red sanitaria del Sistema Nacional de Salud*”.

b) El art. 15 de la misma ley, en cuanto que introduce en el art. 172.2 apartado 1, el inciso 2 “*la Mutualidad a la que pertenece el asegurado o beneficiario, para aquellas prestaciones de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica no concertadas con entidades aseguradoras privadas y que aquella venga obligada, legal o reglamentariamente, a prestar. Respecto a aquellas prestaciones sanitarias y farmacéuticas que deban ser facilitadas por la administración sanitaria valenciana en virtud de convenio o concierto suscrito entre la misma y la Mutualidad correspondiente, se estará a lo dispuesto en el concierto o convenio respectivo*”.

**15. Sentencia 148/2012, de 5 de julio (BOE de 30 de julio). Ponente: Aragón Reyes (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 9.3, 25.1, 33.3, 47, 133.1, 148.1.13, 149.1.1, 14 y 18, 161.2.

*otros:* Art. 22.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE); Art. 9.31 EAE, Art. 19.2.d) LOFCA.

*Objeto:* Recurso de inconstitucionalidad núm. 1996-2002 interpuesto por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra los arts. 14, apartados 1.3 y 1.4 letras b), c) y e); 32.2 en relación con el art. 31.2; 34.3; 43.4; 44, letras a) en su inciso “en los términos que se precisen reglamentariamente en desarrollo de esta Ley” y g) en su inciso final “que no hayan sido objeto de sanción por infracción urbanística grave”; 80.4; 94; 116.3; 131.2, en cuanto a la frase “cuando se trate de suelo urbanizable, en su condición de suelo sin delimitación de ámbito de actuación ni establecimiento de sus condiciones de desarrollo”; 140.2 en relación con el 149.2; 159, apartado 2.2, letra a) en su inciso “que en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento del valor del aprovechamiento urbanístico atribuido a la parcela o el solar”, en relación con el apartado 2.4; 159.4; y 199.6 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura.

*Materias:* Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. Régimen jurídico constitucional de la institución expropiatoria. Competencia exclusiva del Estado: la legislación sobre expropiación forzosa. Hacienda del Estado y Deuda Pública: competencia exclusiva del Estado. Principio de Autonomía municipal. Principio de interdicción de la arbitrariedad. Derecho a participar de las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos. Impugnación por el Gobierno de las disposiciones y resoluciones de los órganos de las CCAA: suspensión temporal de la resolución o disposición recurrida, susceptible de ratificación o levantamiento. Principio de tipicidad en la determinación de delitos, faltas o infracciones administrativas, así como en la determinación de las penas y sanciones. Potestad tributaria del Estado mediante ley. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda: posible competencia de las Comunidades Autónomas. El fenómeno del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, como posible competencia asumible por ésta dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional. Ejercicio (reglado) de competencias normativas por las CCAA en relación con los tributos cedidos.

**FALLO:** El TC ha decidido estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 1996-2002 promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, y, en consecuencia, declarar que:

1º La impugnación de los arts. 14.1.4 b), c) y e), 32.2 [salvo en su apartado a.1)] en relación con el art. 31.2 y 34.3 ha perdido objeto.

2º Son inconstitucionales y nulos los incisos “*indemnizaciones sustitutorias*” y “*del agente urbanizador o de los titulares de otros derechos*” del art. 43.4, así como los arts. 44 g), y 149.2 salvo en su inciso primero (“*el pago podrá producirse mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente situados en la misma unidad de actuación*”).

3º Son conformes a la Constitución los arts. 44 a), 43.4 —en la parte no afectada por la anterior declaración de inconstitucionalidad— y 116.3, siempre que se interpreten tal y como se ha indicado en los fundamentos jurídicos 6, 14 y 16 de esta Sentencia, respectivamente, y los arts. 140.2 y 149.2 en su inciso primero (“*el pago podrá producirse mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente situados en la misma unidad de actuación*”) siempre que se interpreten en los términos señalados en el fundamento jurídico 10.

4º Se desestima el recurso en todo lo demás.

**16. Sentencia 149/2012, de 5 de julio (BOE de 30 de julio). Ponente: Pérez Vera (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 137, 93, 149.1.3<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup>, 22<sup>a</sup> y 23<sup>a</sup>, 157.1  
*otros:* 13.1, 7 y 12, 15.1.7, 56 EAAnd; Art. 1.1 LOFCA

*Objeto:* Recurso de inconstitucionalidad núm. 2004-2004 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, representado por la Letrada de la Junta de Andalucía, contra los arts. 126, 127 y 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

*Materias:* Competencia exclusiva del Estado: legislación básica sobre protección del medio ambiente; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; relaciones internacionales; celebración de acuerdos y tratados internacionales mediante ley orgánica; competencia autonómica exclusiva en materia de protección de espacios naturales; posibilidad de asumir competencias por parte de las CCAA en materia de proyectos de construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la CA; legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una CA. Principio de autonomía financiera del gasto de las CCAA.

**FALLO:** El TC ha decidido:

1º Declarar que ha perdido objeto la impugnación del art. 126 de la Ley

62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en cuanto a la redacción dada a los arts. 22.3, 23.4, 23 ter y la introducción de la disposición adicional novena en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres.

2º Desestimar el recurso en todo lo demás.

**17. Sentencia 161/2012, de 20 de septiembre (BOE de 17 DE OCTUBRE). Ponente: Ortega Álvarez (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 38, 133. 1 y 2, 138.2 y 139.1 y 2, 149.1.14, 150.1, 156 y 157.1 y 3

*otros:* 10.1, 19.2 LOFCA.

*Objeto:* Recurso de inconstitucionalidad núm. 1674-2003, promovido por 68 Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, contra los arts. 6, 7 y 23.4, último párrafo, inciso final, de la Ley del Parlamento de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras (“Boletín Oficial de la Junta de Andalucía” núm. 151, de 24 de diciembre de 2002).

*Materias:* Principio de unidad de mercado en el ámbito nacional y de libertad de empresa. Ejercicio del poder tributario: Estado, CCAA y CCLL. Interdicción de que la diversidad estatutaria pueda implicar privilegios económicos y sociales. Identidad de derechos y obligaciones de todos los españoles en todo el territorio nacional. Competencia exclusiva del Estado: Haciend general y Deuda del Estado. Competencia de las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, para atribuir a CCAA la facultad de dictar normas autonómicas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la ley estatal. Principio de autonomía financiera de las CCAA. Competencias financieras de las CCAA: régimen jurídico y posible LO que lo contenga.

**FALLO:** El TC ha decidido estimar el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los arts. 6, 7 y el inciso final “o el valor consignado en las declaraciones presentadas por el sujeto pasivo a efectos de liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el préstamo hipotecario cuando proceda de la valoración realizada por una sociedad de tasación conforme a la legislación vigente” del art. 23.4, todos ellos de la Ley del Parla-

mento de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, con los efectos determinados en el fundamento jurídico 7.

**18. Sentencia 162/2012, de 20 de septiembre (BOE de 17 de octubre). Ponente: Pérez de los Cobos Orihuel (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 9.3, 66.2, 117.1 y 5, 125, 138.1, 149.1.5, 14, 150.1, 156.1.

*otros:* Arts. 3.7, 8, 18 y 33; 15.1 y 7; 52.1; 57; 58, 147 y 148 y DT 6<sup>a</sup> EAAnd; arts. 2, 3, 7, 10, 13 y DT 1<sup>a</sup> y concordantes de la LOFCA.

*Objeto:* Recurso de inconstitucionalidad núm. 1851-2003, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los arts. 12, 35, 68 y 120.6 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

*Materias:* Relaciones entre las competencias estatales y las autonómicas; supletoriedad del derecho estatal respecto del derecho autonómico. Competencia exclusiva del Estado: Hacienda general y Deuda Pública; Administración de Justicia. Posibilidad de cesión de materias de competencia estatal para que una CA pueda regularla en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la ley estatal. Competencia legislativa plena de las Cortes Generales. Principio de unidad jurisdiccional, como base de organización y funcionamiento de los Tribunales.

**FALLO:** El TC ha decidido: 1º Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar que el art. 114.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, introducido por el art. 120.6 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, es inconstitucional y nulo.

2º Desestimar el recurso en todo lo demás.





# Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

## Tribunal Supremo (\*)

### I. ACTO ADMINISTRATIVO

#### VÍA DE HECHO

Se produce cuando asistimos a ejecuciones materiales por la Administración, sin decisión declarativa previa (fundamento jurídico) o excediéndose de modo evidente de la cobertura que le otorga el acto administrativo previo.

“Como ya se ha señalado, la parte recurrente no se limitó a la denuncia genérica que hemos relatado, sino que especificó una serie de actuaciones que se produjeron carentes, a su parecer, de cobertura jurídica. Pero la mayoría de las mismas carecen igualmente de la necesaria concreción para identificar en las mismas o en su conjunto una ac-

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

tuación material constitutiva de vía de hecho, así es no hacer constar determinados hechos en una diligencia y la valoración que le merecía al inspector, o la banalización del trámite de audiencia, o en el trámite de propuesta de resolución no tener en cuenta determinadas alegaciones o documentos presentados, o seleccionar arbitrariamente, según la recurrente, los hechos relevantes, o no indicar que concretos acuerdos de los TEA les sirvió de fundamento, o el referirse y valerse determinadas Consultas para resolver, o no cumplimentar en debida forma el trámite de alegaciones, o, en fin, dificultando la proposición o práctica de pruebas; todas ellas producidas en el seno de un procedimiento inspector, a lo más que identifican son a irregularidades de cuyo análisis podrá extraerse las consecuencias jurídicas que el ordenamiento reserva a las mismas, de tener relevancia, pero que a nuestro entender, y a entender de la Sala de instancia, en modo alguno configuran un supuesto de actuación material constitutiva de vía de hecho.

En definitiva, la parte recurrente señala irregularidades producidas en el desarrollo del procedimiento inspector, y a las mismas califica, sin más, como realizadas en vía de hecho. Irregularidades que se han producido en un determinado acto por no observar ciertas formalidades o garantías, a criterio de la recurrente, o bien por motivos de carácter sustantivo en su contenido, lo que casa mal con una actuación material de suerte que los actos administrativos no pueden constituir vía de hecho, y deben combatirse mediante los cauces dispuestos al efecto, puesto que aún cuando resulten ilícitos al punto que determinen la nulidad de lo actuado, el debate sobre su validez se encauza legalmente a través del cauce procedimental que se reserva a la impugnación de los actos administrativos.

Este Tribunal se ha pronunciado en ocasiones precedentes sobre las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho. Tradicionalmente en la distinción conceptual de vía hecho, se reconoce que se produce cuando asistimos a una ejecución material sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico y también aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el art. 93 de la Ley 30/1992. Asimilándose a este supuesto aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose

privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1.

El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo.

En definitiva, como señalamos en sentencia de 8 jun. 1993 “La «vía de hecho» o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite.

Ciertamente en el supuesto que nos ocupa se distingue claramente que las irregularidades denunciadas se cometen, en el sentir del recurrente, en el desarrollo de un procedimiento inspector por los órganos que poseen competencia para su tramitación; esto es existe una decisión legitimadora de la actividad desarrollada que le sirve de cobertura, por lo que de existir una vía de hecho esta se hubiera producido en el seno del procedimiento inspector por una irregularidad o ilegalidad manifiesta o flagrante, esto es, se precisa que la Administración haya incurrido en una ilegalidad agravada o exagerada, por carecer de competencia para actuar, que no es el caso, o porque teniéndola utiliza procedimientos manifiestamente irregulares, lo que tampoco es el caso cuando ha quedado acreditado que el procedimiento utilizado es el previsto para llevar a cabo las actuaciones inspectoras, encontrándonos en todo caso con irregularidades producidas en la tramitación de dicho procedimiento y desde luego las irregularidades que denuncia la parte recurrente no constituyen irregularidades absolutamente invalidantes.

Hubo un procedimiento inspector, que ha ido produciendo los consiguientes actos administrativos, seguido por los órganos competentes, que ha dado lugar a la regularización mediante el dictado de la liquidación correspondiente; liquidación y actos de los que procede que tienen su propio procedimiento de impugnación (recursos de reposición y reclamaciones económico administrativas y, posteriormente, recursos contencioso administrativos), y no la vía que pretende utilizar la recurrente.”

*(STS de 21 de marzo de 2013. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Montero Fernández)*

(ROJ: STS 1377/2013. N° Recurso: 2408/2012. <http://www.poderjudicial.es>)

## III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

## CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de confianza legítima prevalece frente a los efectos de la revisión-adaptación de un Plan General de Ordenación Urbana.

“En el primer motivo de casación se denuncia que la Sala de instancia ha infringido, al declarar ajustado a derecho el acuerdo impugnado, el principio de confianza legítima contemplado en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, debido a que la entidad recurrente había recibido una respuesta favorable de la Administración urbanística municipal en el trámite de información pública acerca de la alegación que había formulado, relativa al respeto del aprovechamiento urbanístico que a la parcela de su propiedad correspondía según las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana Municipal del año 2003, a pesar de lo cual, al aprobarse definitivamente la revisión-adaptación del Plan General mediante el acuerdo impugnado de 1 de junio de 2006, no se ha mantenido tal aprovechamiento, como se deduce del informe del técnico municipal emitido con fecha 14 de junio de 2006, que no ha sido valorado ni tenido en cuenta por la Sala de instancia, de manera que dicho aprovechamiento resulta disminuido en un 26,42 por ciento, por lo que el Tribunal a *quo* ha infringido también la doctrina recogida en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de fecha 15 de febrero de 2006, que se transcribe.

Efectivamente, la Sala de instancia no ha examinado el informe de la arquitecta municipal, emitido con fecha 14 de junio de 2006, según el cual ha disminuido el aprovechamiento privado para Marinelli en un 26,4282549 por ciento, que se presentó como prueba documental junto con la demanda bajo el nº 4 de orden, del que se deduce que la premisa sentada por la Sala de instancia, al asegurar que no consta la reducción de aprovechamiento, no es exacta y, por consiguiente, debemos nosotros integrar los hechos con la apreciación de la referida prueba documental, como nos autoriza el artículo 88.3 de la Ley de esta Jurisdicción, y así llegamos a la conclusión de que la Administración municipal demandada y ahora recurrida en casación ha vulnerado, en contra del parecer de la Sala sentenciadora, el principio de confianza legítima por las razones que seguidamente pasamos a exponer.

Al notificar el Ayuntamiento de Siero a la “UTE Lugones” la aprobación definitiva de la revisión-adaptación del Plan General de Ordena-

ción Urbana de Siero mediante acuerdo del Pleno de dicha Corporación de fecha 1 de junio de 2006, le hace saber también que su alegación había sido aceptada según la contestación a la misma, cuya copia se adjunta.

En esa notificación se recoge un resumen de la referida alegación de la “UTE Lugones” en los siguientes términos: «*Solicita que se mantengan y apliquen los aprovechamientos privados en la ficha de la UH16/ CP-5/NC a la solicitada y en trámite de concesión, dado que se modificaría a la baja en este proceso*», así como de la respuesta, del siguiente tenor literal: «*En tanto no se apruebe definitivamente y se publique en el BOPA esta Revisión-Adaptación, no entra en vigor, y en ningún caso lo hará con efectos retroactivos respecto a los desarrollos urbanísticos o proyectos que ya estuviesen **tramitados** en ese momento*» (documentos presentados con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo).

Si, con posterioridad al trámite de información pública y por las razones que el Ayuntamiento de Siero aduce en relación con la negativa de uno de los propietarios del ámbito a aceptar el sistema de actuación, se decidió alterar el aprovechamiento privado, como se deduce del referido informe de la arquitecta municipal, disminuyendo el que correspondía en el planeamiento anterior a la entidad, que conforma la UTE Lugones, Marinelli, es evidente que la Administración municipal demandada ha vulnerado el principio de confianza legítima que debe presidir su actuación, pues aseguró, al dar respuesta a la alegación, oportunamente formulada durante la información pública del procedimiento de aprobación de la revisión-adaptación del Plan General de Ordenación Urbana, que no se aplicaría reducción alguna con efectos retroactivos respecto de los desarrollos urbanísticos o proyectos que ya estuviesen tramitados en el momento de la publicación en el BOPA de la mentada Revisión-Adaptación.

Resulta que la entidad recurrente había presentado el 5 de marzo de 2004 un proyecto de urbanización y otro de construcción de viviendas en la Unidad Homogénea número 16 de Lugones, concretamente la denominada UH16/CP-5/NC, para lo que había abonado al arquitecto redactor sus honorarios y al Ayuntamiento de Siero las correspondientes tasas, cuya suma total, no discutida ni cuestionada por la Administración Municipal demandada y ahora recurrida, asciende a la cifra de 160.376,61 euros, pero determinados obstáculos, puestos por un propietario, impidieron la concesión de las oportunas licencias urbanísticas, produciéndose mientras tanto la aprobación definitiva de la revisión-adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Siero mediante el acuerdo impugnado del Pleno del Ayuntamiento de fecha

1 de junio de 2006, en el que, como se refleja en el informe, tantas veces citado, de la arquitecta municipal, se reduce el aprovechamiento privado de la entidad Marinelli respecto al reconocido en el Plan General de Ordenación Urbana publicado en el BOPA el 21 de junio de 2003 en un 26,4282549 por ciento, lo que ha impedido respetar la respuesta dada a la “UTE Lugones” en el trámite de información pública en cuanto a que la revisión-adaptación del Plan carecería de efectos retroactivos para los desarrollos urbanísticos o proyectos que estuviesen tramitados al publicarse en el BOPA la mentada revisión-adaptación. Como ya hemos expresado, todas las circunstancias expuestas evidencian que la Administración municipal no ha respetado el principio de confianza legítima, y, por consiguiente, al no considerarlo así la Sala de instancia, ésta ha infringido lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, lo que implica la estimación de este primer motivo de casación”.

*(STS de 6 de marzo de 2013. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate)*

(ROJ: STS 1291/2013. Nº Recurso: 5082/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## IV. BIENES PÚBLICOS

### ESPACIOS PORTUARIOS

No resulta conforme a Derecho el otorgamiento de una concesión para la construcción y explotación de un puerto deportivo en la zona de servicio, sin la previa aprobación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios de dicha zona de servicio.

“En su primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la Cofradía de Pescadores afirma que la sentencia “incurrir en una cristalina infracción de los artículos 18 y 19 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en consonancia con los artículos 94.1 y 2, 95, 96.1 y 106.2 y 3 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general además de los artículos 115.b de la Ley 22/1988, de 28-07, y artículos 91, 146, 151 y 208.b del Reglamento de la Ley de Costas”.

La premisa de la que debemos partir -tal como viene aceptada por la Sala de instancia- es que, efectivamente, la zona de servicios del puerto de Vigo correspondiente al término municipal de Cangas no contaba, en las fechas en que se otorgó el título concesional, ni con un plan de utilización de los espacios portuarios ni con un plan especial de ordenación. Es más, en el expediente administrativo (completado) consta un proyecto, fechado en octubre de 2001, del Plan de utilización de los espacios portuarios de la zona de servicio del Puerto de Vigo correspondiente al término municipal de Cangas. Se trata, repetimos, de un mero proyecto aún sin aprobación final.

La zona de servicio del Puerto de Vigo se distribuye en cinco términos municipales, dos situados en la ribera sur de la ría de Vigo (Vigo y Redondela) y tres en la ribera norte de la misma ría (Cangas, Moaña y Vilaboá). El documento al que hemos hecho referencia es el proyecto de Plan de Utilización de Espacios Portuarios de la zona de servicio del Puerto de Vigo precisamente en el término municipal de Cangas, que se encontraba en fase de tramitación, pero no aprobado, cuando se dictaron las resoluciones objeto de litigio.

En la memoria de aquel proyecto se lee cómo “[...] la zona de servicio del puerto de Vigo en Cangas puede considerarse portuaria industrial, ya que es la empresa concesionaria allí instalada, debido a su organización comercial, la que constituye el centro generador de tráfico, especializado en pescado congelado. Se debe destacar la gran importancia económica que para toda esta zona tiene la pesca. Como consecuencia de esta actividad se han creado gran cantidad de empresas relacionadas con este sector, que constituyen un centro generador para este tipo de tráfico. La pesca tiene en Vigo y su comarca una gran importancia económico-social, con efectos multiplicadores y reguladores destacados”.

Admitía, sin embargo, el proyecto que podría ser conveniente, junto a los tráficos comerciales, permitir la ubicación de futuras “zonas náutico-deportivas a lo largo de la zona de servicio, siendo Cangas una buena alternativa para ellas”. Por ello, en el epígrafe 5.2 del Plan (denominado “necesidades futuras”) se refería a las actividades náutico-deportivas, de ocio y servicios complementarios. Afirmaba en este sentido que se “debe considerar, dentro de la atribución de usos en la zona de servicio, la posibilidad de expansión de las actividades náutico-deportivas y de ocio, ya que la actual oferta se encuentra saturada en sus instalaciones específicas. No es necesario ampliar la zona de servicio para la ubicación de este tipo de instalaciones, pero se debe designar algún tramo de costa a lo largo de la actual zona de servicio para po-

derlas ubicar en un futuro”.

Pues bien, a partir de estas premisas no resulta conforme a Derecho, cuando no todavía están delimitadas, sino precisamente en fase de proyecto pendiente de aprobación definitiva, las superficies portuarias (y sus usos) en el Plan que a estos efectos ha de regir la ubicación de unas u otras infraestructuras e instalaciones, no es conforme a Derecho, decimos, que se otorgue un título concesional que permite por sí mismo la construcción y explotación de un puerto deportivo en la zona de servicio, alterando obvia y significativamente la configuración y el destino de buena parte de ésta.

(STS de 17 de abril de 2013. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona)

(ROJ: 1748/2013. Nº Recurso: 6849/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

### TUTELA CAUTELAR

La sentencia recoge el sistema general y los supuestos especiales de su regulación en nuestra LJ.

“Vistos los anteriores precedentes, y con la finalidad de responder al motivo de casación planteado, debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “la



*medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.*

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, “*la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.*

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial –y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia– sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la “*previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”*; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación “*en forma circunstanciada”* de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de “*numerus apertus”*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”*

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo “*en cualquier estado del proceso”* (129.1, con

la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, *“hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley”* (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse *“las medidas que sean adecuadas”* para evitar o paliar *los perjuicios de cualquier naturaleza”* que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma *“podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho”* (133.3).”

*(STS de 15 de febrero de 2013. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde)*

(ROJ: STS 562/2013. N° Recurso 960/2012. <http://www.poderjudicial.es>)

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

### DECLARACIÓN DE URGENCIA

Su carácter excepcional hace que se trate de una facultad reglada y suficientemente justificada.

“Parece oportuno recordar que constituye doctrina reiterada de esta Sala, recogida, entre otras, en las sentencias de 30 de septiembre de 1992, 3 de octubre de 1992, 3 de diciembre de 1992, 9 de marzo de 1993, 19 de septiembre de 1994 (recurso 815/1990, fundamentos jurídicos cuarto y quinto), 23 de enero de 1996 (recurso de casación número 1400/1993, fundamentos jurídicos primero y segundo) y 16 de marzo de 1996 (recurso número 6917/93), que para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada, conforme a lo establecido por los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, es necesario, en primer lugar, que concurren circunstancias excepcionales que exijan acudir a ese procedimiento, pues la declaración de urgencia, como concepto jurídico indeterminado, tiene unas connotaciones de excepcionalidad en la Ley de Expropiación Forzosa y en el Reglamento y por ello debe responder a urgencias rea-

les y constatadas a lo largo del expediente, en relación con una obra o finalidad concreta y determinada, suficientemente justificadas para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio; y, en segundo lugar, que el acuerdo en que se declare dicha urgencia esté debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que lo justifican.

No se trata, por consiguiente, de una facultad discrecional. Para su adopción por los órganos competentes de las Administraciones Públicas es menester la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la desposesión sin previo pago del justiprecio de los bienes expropiados. Es preciso, también, que exista la suficiente motivación del acuerdo mediante el que se haga dicha declaración. Este debe hacer mención expresa de las circunstancias que en cada caso aconsejen y justifiquen el acudir a ese excepcional procedimiento, como así lo exige el artículo 56.1 del Reglamento.

Y conviene recordarlo pues a la vista de la motivación del Decreto respecto a la urgencia, mal puede sostenerse que no esté fundamentado o cuestionarse que la justificación ofrecida no es de suficiente entidad.

Prevista la utilización de este procedimiento solo para aquellos supuestos en que se acredite la concurrencia de circunstancias de carácter excepcional que obliguen a la administración a hacer uso de esta vía, el Decreto explícita la urgencia de la construcción del colector en términos tales que vienen a justificar que su perentoria ejecución no puede amoldarse a los trámites del procedimiento ordinario.

Con respecto a la segunda consideración de la sentencia, la demora en la ejecución de las obras. procede indicar, siguiendo la sentencia ya citada de 30 de noviembre de 2011, que las vicisitudes posteriores a la declaración de urgencia carecen en el caso enjuiciado de relevancia para cuestionar tal declaración.

Ello es así porque el examen de la validez del acuerdo de declaración de urgencia debe atender al momento en que se adopta, mediante la comprobación de que concurren las circunstancias de carácter excepcional que aconsejan acudir a ese procedimiento y de que la motivación expresada al efecto es suficiente, esto es, sin que de un retraso en el inicio de las obras pueda inferirse sin más un desmentido de las razones que justificaron la urgencia, cuando de la motivación no surgen dudas sobre su adecuada declaración. Téngase en cuenta que en el supuesto de autos el proyecto de obra inicial, si bien exigió por razones técnicas sucesivas modificaciones que retrasaron el inicio de aquélla, por afectar las obras de manera sensible al medio ambiente, requerían el procedimiento elegido. Si alguna actuación de la Administra-

ción es reprochable no es la declaración de urgencia y si la demora en el inicio de unas obras que por su finalidad exigían prontitud.”

(*STS de 27 de febrero de 2013. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Alonso*)

(ROJ: STS 811/2013. Nº Recurso: 1888/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

### XIII. FUENTES

#### DESVIACIÓN DE PODER

El TS (control de legalidad) analiza en esta sentencia un supuesto que en el marco de la doctrina constitucional (STC 273/2000) podría encajar en las denominadas convalidaciones normativas.

“Pues bien, lo cierto es que, como razonaremos a continuación, en el caso examinado concurren esas dos circunstancias que acabamos de apuntar, como puede constatarse a la vista de la secuencia temporal en que tuvieron lugar las diferentes actuaciones así como el contenido de las mismas.

En efecto, conviene recordar que la Sentencia del Juzgado de este orden jurisdiccional nº 2 de Tarragona, de 6 de noviembre de 2006, anuló la resolución municipal que había concedido licencia para edificar 32 viviendas en suelo urbano, respecto de la que tiempo antes se había llegado a incoar un procedimiento de revisión de oficio, previo requerimiento dirigido al efecto por la Administración Autonómica, por haberse excedido la edificabilidad máxima permitida por el Plan General en un 255,5% y no respetarse, además, las distancias mínimas exigibles, sentencia que fue confirmada en apelación por la Sala de instancia.

Pues bien, el Plan Especial recurrido en la instancia –“Plan Especial de la parcela delimitada por las calles Codonyol, Buganvilla y Gessamí”– introdujo una serie de determinaciones (como las relativas al cómputo de edificabilidad de escaleras y terrazas o el número de plantas de las edificaciones) al exclusivo servicio (visible desde el mismo inicio de la tramitación del plan) de la regularización de unas edificaciones litigiosas; siendo este dato el que precisamente permite apreciar la desviación de poder constatada por la Sala de instancia.

No debe perderse de vista que la Administración era, con toda evidencia, perfectamente concedora de la pendencia de ese procedimiento judicial cuyas resultas se pretendían enervar mediante la nueva ordenación contenida en el Plan Especial; como también era consciente de la irracionalidad urbanística de las edificaciones que se pretendía consolidar, por tan palmaria razón como que fue la misma Administración urbanística autonómica la que, en fecha 21 de octubre de 2004, dirigió al Ayuntamiento de Alcanar un requerimiento intimando la revisión de oficio de las licencias controvertidas, según se pone de manifiesto el relato de antecedentes de la Sentencia de la Sala de instancia que confirmó en apelación la dictada por el Juzgado contencioso-administrativo número 2 de Tarragona con fecha 6 de Noviembre de 2006. Por esta razón la Administración autonómica, cuando menos, debió expresar las razones por las que se aprobaba un planeamiento urbanístico que legalizaba ex post *facto* edificaciones litigiosas, cuya ilegalidad había sido previamente reconocida de manera expresa por ella misma. Tal forma de proceder hubiera requerido una motivación esmerada y rigurosa que, sin embargo, no se ha aportado, pues tanto de la Memoria del Plan Especial impugnado como de la propia argumentación esgrimida por la parte recurrente se desprende que este Plan Especial no se puede considerar avalado por una motivación autónoma y suficiente en términos de racionalidad urbanística, más allá de la confesa finalidad de “*adecuar y regularizar edificaciones ya construidas*”.

La Administración autonómica recurrente en casación insiste una y otra vez en que el Plan Especial se inició y tramitó antes de que se dictara la sentencia que declaró la nulidad de aquellas licencias, pero por mucho que desde un punto de vista formal eso sea así, no cabe sino insistir en que la cadencia de acontecimientos revela que las Administraciones intervinientes no se guiaron al tramitar y aprobar el Plan por consideraciones atinentes al interés general del municipio, sino que buscaban tan sólo anticiparse a una inminente declaración judicial de nulidad. Desde esta perspectiva, la cita del artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción no se revela incorrecta, pues, sin temor a basar el juicio en conjeturas, puede tenerse por cierto que, al fin y al cabo, lo que procuró la Administración fue frustrar una sentencia estimatoria con la que ya contaba de antemano.

Así se acredita por la Memoria del Plan, obrante en el expediente, que comienza señalando literalmente que “*el presente pla especial de reforma interior es redacta condicional per un expedient de revisió de la llicencia d’obres otorgada per l’Ajuntament d’Alcanar per aconseguir per mitjà de la seva redacció i aprovació definitiva el donar un sosteniment legal a tota la situació esdevenida a la parce-*

la...”, y a continuación se extiende en la forma de salvar las ilegalidades determinantes de la nulidad de la licencia. En el mismo sentido, el Acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Terres d’Ebre, de fecha 19 de enero de 2006, de aprobación supeditada del plan especial, indicaba expresamente que se adoptaba de conformidad con la propuesta de la ponencia técnica, en la que se apuntaba expresamente que “*amb la redacció d’aquest pla especial es vol regularitzar la situació dels apartaments ja construïts a la parcel·la afectada*”. Estos y otros documentos obrantes en el expediente demuestran que la intención subyacente a la tramitación y aprobación del Plan no fue otra que dar cobertura legal a lo que ya se sabía que estaba afectado por vicios de nulidad. Por mucho que estas actuaciones procedimentales fueran anteriores a la sentencia del Juzgado que declaró la nulidad de la licencia, el dato verdaderamente relevante es que a través de ellas no se buscaba la satisfacción del interés general mediante el ejercicio de la potestad de planeamiento, sino simplemente anticipar la respuesta a una declaración de nulidad que se vislumbraba ineludible, a la vista de los antecedentes administrativos (que ya habían llamado la atención sobre esa nulidad) y de la pendencia del proceso judicial en el que se debatía justamente sobre la nulidad de la licencia.

El dato verdaderamente relevante para apreciar la desviación de poder es revelado por la propia documentación del Plan sin margen para la duda, al señalar la intención que subyacía al mismo desde el inicio de su tramitación.

En definitiva, la desviación de poder apreciada por la Sala de instancia es clara y evidente, y aun en el supuesto dialéctico de que se entendiera no estrictamente aplicable el artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción (en atención al dato de que la tramitación del Plan fue anterior a la sentencia), siempre cabría apreciar esa desviación de poder mediante la cláusula general del artículo 70 de la misma Ley, en el que también se apoya la sentencia de instancia para sostener su pronunciamiento estimatorio del recurso contencioso-administrativo.

En conclusión, la sentencia, recurrida, lejos de vulnerar los artículos 70.2 y 103.4 de nuestra Ley Jurisdiccional encuentra en ellos su justificación, por lo que debemos declarar que no ha lugar al recurso de casación”.

(*STS de 19 de febrero de 2013. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate*)

(ROJ: STS 1065/2013. Nº Recurso: 5525/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

## XIV. HACIENDA PÚBLICA

### SERVICIOS PÚBLICOS

Con independencia de que los servicios públicos sean prestados mediante concesión administrativa, la contraprestación es siempre la tasa.

Así a partir del 1 de Enero de 1999 y como consecuencia de la Ley 25/1998, de 13 de Julio, no hay duda que el servicio de recogida y tratamiento de residuos urbanos debe ser objeto de una tasa ante la nueva redacción dada a los artículos 20 y 41 de la ley 39/1988, de 28 de Diciembre, de Haciendas Locales. Poco importa que el servicio sea prestado mediante concesión administrativa. La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como ocurre en los supuestos de concesión. En conclusión, cuando se trata de la prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa, hay que entender que para su caracterización como tasa se requiere:

Que la prestación del servicio público o la realización de la actividad se lleve a cabo en régimen de derecho público, lo que se produce a tenor del art. 2 a) párrafo segundo de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de Diciembre, antes de su modificación por la ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de Marzo, cuando el servicio o la actividad se gestiona de cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa, y su titularidad corresponda a un ente público, lo que remite, en el caso de la legislación local, a los modos gestores, directos e indirectos, que regula y enumera el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de Abril.

Que el servicio público a actividad administrativa se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo; lo que se produce, según el art. 20.2 de la Ley de Haciendas Locales, cuando el servicio o actividad «haya sido motivado directa o indirectamente por éste en razón de que sus actividades u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbano o cualesquiera otras».

Que concurren alguna de las dos circunstancias siguientes:

Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos, expresa el art. 20.1 B) de la Ley de Haciendas Locales que no se considerara voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados cuando venga impuesta por disposiciones legales o re-

glamentarias, o cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

Frente a lo anterior, no cabe alegar la doctrina jurisprudencial que se invoca como infringida.

Es cierto que la jurisprudencia clásica había establecido una clara distinción entre las figuras de la potestad tributaria y la potestad tarifaria, sentencias, entre otras, de 29 de Enero de 1998 (re. 3915/91), de 27 de Septiembre de 1997 (rec. 9964/1991), 4 de Marzo de 1998 (rec. 2235/1992), 4 de Julio de 2006 (rec. 9880/2003), 7 de marzo y 19 de Diciembre de 2007 (recursos 1727/2002 y 3645/2002), pero no lo es menos que a partir de las sentencias de 30 de Julio de 2009 (rec. 4089/2003) y de 12 de Noviembre de 2009 (rec. 9304/2003) esta Sala, ante la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y teniendo en cuenta la nueva regulación, mantiene de forma clara que las contraprestaciones a los servicios deben configurarse como tasas, sea cual fuere el modo de gestión del servicio, incluso a través de concesión.

No obstante, en la actualidad hay que tener en cuenta la supresión del párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Tributaria por la Ley de Economía Sostenible de 2011, si bien no incluyó una referencia expresa a lo que no son tasas, como aparecía en la enmienda nº 443 del Grupo parlamentario catalán en el Senado de CIU.”

*(STS de 20 de marzo de 2013. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Frías Ponce)*

(ROJ: STS 1245/2013. Nº Recurso: 1628/2012. <http://www.poderjudicial.es>)

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### OBJETO DEL RECURSO

La sentencia pone de manifiesto la jurisprudencia relativa a la pérdida de objeto del recurso por la derogación sobrevenida de la disposición impugnada.

Esta Sala y Sección ya ha tratado los efectos que sobre el recurso contra una disposición general tiene la derogación sobrevenida de la misma (entre otras,



sentencias de 13 de mayo de 2.010, recurso contencioso-administrativo 80/2.004, y 16 de abril de 2.012, recurso contencioso-administrativo 6/2.008).

En concreto, razonábamos en la primera de las sentencias citadas lo que sigue (fundamento jurídico segundo):

“Al haberse acreditado en las actuaciones que el Real Decreto 1318/2004 de 28 de mayo, ha sido derogado por el Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, se hace necesario precisar los efectos que sobre la relación procesal ha de tener la derogación del Real Decreto 1318/2004, objeto directo del recurso contencioso-administrativo formulado ante esta Sala.

Como recordaban las SSTs de 28 de noviembre de 2008 y de 12 de septiembre de 2006, recursos de casación 565/2006 y 2012/2005, respectivamente, con cita de la de 16 de mayo de 2008, recurso 64/2005, constituye doctrina reiterada de esta Sala (SSTs de 18 de mayo de 2006, recurso directo 45/2004, 31 de enero de 2008, recurso directo 42/2005,<sup>1</sup> de febrero de 2008, recurso directo 49/2005,<sup>4</sup> de febrero de 2008, recurso directo 50/2005) que el recurso directo pierde su objeto cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada por cualquier otro medio del ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que el recurso entablado en instancia contra una disposición general tiene por finalidad eliminar del ordenamiento jurídico preceptos contrarios a derecho y no resolver acerca de pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica singular entre un recurrente y la administración.

Por ello debe reproducirse lo vertido en la STS de 14 de octubre de 1999, recurso directo 182/1996, que transcribe lo manifestado en la STS de 29 de abril de 1998, dictada en el recurso n° 445/1995, acerca de lo que acontece cuando un Real Decreto impugnado es derogado por otro posterior. Partiendo de tal hecho, razona así: “Tratándose el presente de un recurso directo contra aquel Real Decreto, y no contra actos de aplicación singular del mismo, y pretendiéndose la expulsión del ordenamiento jurídico de normas que a juicio del recurrente son ilegales, la derogación sobrevenida priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real al haber desaparecido su objeto; debiendo traerse a colación, a este respecto, la doctrina del TC, en relación con los recursos de inconstitucionalidad, pero que es perfectamente aplicable a los recursos directos contra Reglamentos, como es el del caso presente, según la cual (SSTC 111/1983, 199/1987 y 385/1993) “cuando a lo largo de la tramitación de un recurso de inconstitucionalidad –recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordena-

miento— pierda su vigencia el precepto legal controvertido, tal circunstancia sobrevenida habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda aplicabilidad de la Ley”, y añade, “si así fuera no habrá sino reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional”.

Lo anterior es asimismo mantenido en la STS 18 de mayo de 2006, recurso directo 45/2004, con cita de otras muchas sentencias del mismo tenor. Si bien añade un nuevo razonamiento que debemos también reproducir. Dice en su FJ 4º que “La pérdida de la finalidad del recurso queda más patente aún si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 72.2 de la nueva Ley de esta Jurisdicción, “las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”. Norma ésta que corrobora la innecesariedad de un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento jurídico, con eficacia general ex nunc, a una disposición que, por haber sido ya derogada, ha resultado excluida del propio ordenamiento jurídico antes del hipotético fallo judicial anulatorio, aunque es cierto, sin embargo, que dicha doctrina y sus consecuencias procesales deben ceder en los casos en que las normas reglamentarias objeto de recurso directo, pese a su derogación, mantienen una cierta ultraactividad posterior que se extienda hasta el momento de la sentencia. En tales supuestos —esto es, en aquellos en que se mantiene la aplicación de la norma derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia— un hipotético fallo anulatorio del reglamento impugnado responde a su finalidad y no puede entenderse que el recurso, sea en la instancia o en casación, haya sido privado de contenido.”

También hemos declarado que esta solución es igualmente aplicable cuando, en lugar de someterse a nuestro conocimiento el recurso directo contra el reglamento, por el rango o el origen de la disposición que contiene dicho reglamento —Orden ministerial o Decreto autonómico— conocemos del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que examinó aquel recurso (en este sentido, por ejemplo, sentencia de 8 de abril de 2.011, recurso de casación 4.381/2.009, que declaró sin objeto el citado recurso interpuesto contra la sentencia que examinaba la legalidad de un Decreto de la Generalidad de Cataluña).

No obstante, la Administración del Estado, AIE y AGEDI, defienden la pervivencia de interés del recurso, atendiendo, básicamente, a

los dos siguientes argumentos. Por un lado, a la incidencia que el pronunciamiento de este Tribunal pudiera tener en las reclamaciones “interpuestas o pendientes de interponer” en materia de compensación equitativa por copia privada, teniendo en cuenta que la supresión o derogación de la compensación equitativa por copia privada no tiene los efectos retroactivos que sí tiene la declaración de nulidad de una disposición general por los Tribunales. Y por otro, a la incidencia que este pronunciamiento pudiera también tener en la futura regulación que de esta compensación prevé la citada Disposición Adicional Décima del Real Decreto-Ley 20/2.011.

Sobre la primera cuestión también se pronunciaba la sentencia antes transcrita, razonando lo siguiente (fundamento jurídico tercero).

“No sirven para desvirtuar lo que se deduce de las resoluciones de reciente cita las alegaciones del recurrente, en que se opone a un posible archivo por las razones de haber producido efectos la norma derogada durante el tiempo que estuvo en vigor, como por la vinculación de la cuestión de fondo al contenido competencial en materia de educación, que demanda una resolución sobre el fondo del asunto.

Tiene razón la recurrente cuando afirma que la declaración de pérdida de objeto del procedimiento no es una consecuencia automática de la derogación de la norma reglamentaria objeto del recurso. Ello lo hemos dicho, verbigracia, en la Sentencia de 9 de diciembre de 2004, recaída en el recurso de casación 7893/99, en que manifestábamos que *“la pérdida de vigencia de las disposiciones generales, con posterioridad a su impugnación no determina necesariamente la desaparición sobrevenida del objeto del proceso. (...) La pérdida sobrevenida de vigencia de los preceptos reglamentarios impugnados ha de ser tenida en cuenta, en cada caso, para apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda aplicabilidad de aquéllos, pues si así fuera, habría que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto del proceso en el que se impugna directamente un reglamento que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la disposición reglamentaria, acaso ilegal o inconstitucional (Cfr. art. 73 LJCA y 40 LOTC, STC 199/1987). Por ello carece de sentido pronunciarse cuando el propio Ejecutivo expulsa la norma del ordenamiento jurídico de modo total, sin ultraactividad (Cfr. SSTC 160/1987, 150/1990 y 385/199). Pero por idéntica razón, para excluir toda aplicación posterior de la disposición reglamentaria controvertida, privándola del vestigio de vigencia que pudiera conservar, puede resultar necesario (útil o conveniente, dice la STC 233/1999, en relación con normas legales impugnadas por inconstitucionalidad) su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada (Cfr. SSTC 196/1997, 199/1987, 233/1999), si no puede descartarse una eventual aplicación del reglamento impugnado, en función del*

*tiempo en que estuvo vigente hasta su definitiva derogación (Cfr. 28 de abril de 2000), o si la norma derogatoria, al reproducir el contenido de la norma derogada, prolonga la aplicación de unos preceptos reglamentarios que pudieran estar aquejados de los mismos vicios que se atribuyen a la norma sustituida. Criterios estos que, aplicados al devenir normativo que se contempla en el presente proceso, no permiten concluir que se haya producido una pérdida sobrevenida del objeto de la pretensión impugnatoria”.*

Esta doctrina ha sido más recientemente aplicada en sentencias de 10 y de 17 de diciembre de 2008 (recs. 9258/2003 y 2474/2006), en cuanto al caso de pervivencia en la norma derogatoria de los aspectos jurídicos cuya nulidad era pretendida por la recurrente en la derogada, como también tienen su base en la posibilidad de no archivar el recurso a pesar de la derogación de la norma recurrida las sentencias de 4 de diciembre de 2008, dictadas respectivamente en los recursos contencioso-administrativos 50 y 52/2005, en cuanto a una posible ultraactividad de la norma derogada.”

*(STS de 22 de marzo de 2013. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Martínez-Vares García)*

(ROJ: STS 1269/2013. Nº Recurso: 2537/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### CADUCIDAD

Los plazos de caducidad y los requisitos de su posible ampliación, establecidos por la LRJPA, son aplicables a los procedimientos de deslinde marítimo-terrestre.

La Sala de instancia no accedió, sin embargo, a declarar la caducidad del procedimiento de deslinde que había sido invocada por la entidad mercantil aquí recurrente al haberse ampliado el plazo de resolución y notificación de ese procedimiento en “veinticuatro meses” en virtud de la Resolución de 6 de marzo de 2006, a la que antes se ha hecho mención, al amparo del artículo 42.6 de la LRJPA. En concreto, este precepto dispone: “*Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el su-*

perior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”.

En relación con el citado artículo 42.6 LRJPA esta Sala ha señalado lo siguiente en la STS de 15 de noviembre de 2012 (casación 4350/2011): “...Del examen del precepto de referencia (42.6 de la LRJPA), como ya hemos expuesto en la reciente STS de 20 de septiembre de 2012 (Recurso de casación 5959/2010) debemos destacar los siguientes aspectos reguladores de la habilitación que nos ocupa, que fueron introducidos en la reforma de la citada Ley, llevada a cabo por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero: La habilitación para la ampliación se encuentra limitada al órgano competente para resolver el deslinde (Ministro de Medio Ambiente), o bien a su superior jerárquico.

Tal habilitación cuenta con una doble posibilidad procedimental: En el caso de tratarse de una decisión del órgano competente para resolver el deslinde, resulta necesaria una “propuesta razonada del órgano instructor”; y, en el caso de decisión del superior del órgano competente para resolver, la norma exige la propuesta de este.

La habilitación legal de referencia se fundamenta, exclusivamente, en la concurrencia de una situación procedimental: Que antes del vencimiento del plazo para resolver y notificar se pueda “suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución”. Y es más, este incumplimiento tan solo puede derivarse de las dos concretas causas o circunstancias previstas en el precepto:

“El número de solicitudes formuladas”.

El número de “personas afectadas” por el procedimiento (en este caso, de deslinde del dominio público marítimo terrestre).

d) La habilitación que el artículo 42.6 de la LRJPA, que analizamos, cuenta, por su parte, con una doble dimensión o consecuencia:

La consecuencia natural o normal para cuando –con base en alguna de las dos causas expresadas– pueda suponerse “un incumplimiento del plazo máximo de resolución”, queda limitada a la posibilidad de “habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo”.

Y la consecuencia o posibilidad excepcional consiste en poder “acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación”.

e) El precepto, por su parte, para la viabilidad de esta segunda posibilidad excepcional consistente en la ampliación del plazo para resolver exige el cumplimiento de

dos requisitos, que no pueden situarse en el terreno de lo estrictamente formal, ya que la decisión ampliatoria debe llevarse a cabo:

1. “Mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes”, y
2. “Sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles”.

f) Por último, el precepto señala en el terreno de lo temporal y en el de su revisabilidad que

*El plazo máximo que finalmente pudiera acordarse “no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento”. Y que,*

*“Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de los plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”.*

Pues bien, tiene razón la parte recurrente en su alegación de que es ilegal la ampliación del plazo de notificación y resolución del expediente de deslinde en “veinticuatro meses”, efectuada en virtud de la Resolución de 6 de marzo de 2006, teniendo en cuenta el carácter excepcional de la ampliación del plazo que se contempla en ese artículo 42.6 y que en este caso no se ha acreditado que se hubieran agotado todos los medios a disposición posibles, no conteniendo tampoco esa Resolución una motivación adecuada de dicha ampliación.”

*(STS de 30 de enero de 2013. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde)*

(ROJ: STS 324/2013. Nº Recurso: 6753/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

### SUELO URBANO

La concurrencia de servicios no implica necesariamente la clasificación del suelo como urbano si, además, no aparece integrado en la malla urbana.

Nos corresponde seguidamente examinar los motivos alegados por el cauce del artículo 88.1.d) de la LJCA). En el motivo segundo y tercero, se denuncia, recordemos, infracción de los artículos 10 del TR de la Ley del Suelo 1992, 8 Ley del Suelo 1998, 21 Reglamento de Planeamiento Urbanístico 1978, 24 de la Constitución y de la jurisprudencia sobre el suelo urbano sobre la denominada “fuerza normativa de lo fáctico” y su carácter reglado.

Entiende que una vez acreditado que el terreno litigioso posee todos

los servicios de infraestructura a pie de parcela para ser considerado suelo urbano consolidado, además de insertarse en malla urbana, debe clasificarse, por tanto, como suelo urbano. Considera que la sentencia incumple las normas que cita cuando sustenta, la denegación de la reclasificación, en la falta de justificación sobre la necesidad o interés público inaplazable o en la aplicación del artículo 9.1.2.5 de las Normas Urbanísticas del Plan General. Siempre a juicio de la parte recurrente, dichos argumentos no pueden prevalecer ante la realidad recogida en la prueba pericial, que acredita que la parcela posee todos los servicios y está integrada en la malla urbana. Además, insiste que el “*control paisajístico*” es una mera subcategoría del suelo no urbanizable común.

Estos dos motivos tampoco pueden prosperar, porque la sentencia no incurre en las infracciones normativas que se denuncian, por las razones que seguidamente expresamos.

En primer lugar, cualquier cambio en la clasificación del suelo no urbanizable con algún nivel de protección, debe tener un plus de justificación que ahora no concurre, a tenor de la modificación del planeamiento propuesta por la aquí recurrente.

Recordemos que cuando estamos ante suelo no urbanizable de especial protección es necesario justificar que han desaparecido las circunstancias a las que legalmente se anuda tal caracterización del suelo, y que determinaron su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección paisajística, ex artículo 9 de la Ley 6/1998.

Además, de toda la prueba, incluida la pericial, se deduce, que la parcela efectivamente es colindante con un vial, en relación al cual se establece la alineación del suelo urbano, pero que, además de que la colindancia de la parcela no lo es en su totalidad, los servicios urbanísticos que tiene están vinculados exclusivamente a dicho vial, es decir, a la CALLE000. De manera que en la actualidad tiene servicios urbanísticos pendientes de ejecutar, por lo cual en ningún caso podríamos estar ante suelo urbano.

Y, en segundo lugar, en relación a que los servicios con que cuenta el terreno litigioso, lo son a pie de parcela. No está demás recordar al respecto que la interpretación jurisprudencial que venimos realizando del artículo 21 del Reglamento de Planeamiento y, en su caso, del artículo 8 de la citada Ley 6/1998, es que no basta con la existencia de los servicios para, de forma automática, clasificar un suelo como urbano, sino que es necesario el requisito de su integración en malla urbana. En este sentido, la sentencia hace referencia al Informe de 11 de abril 2001, emitido por el Departamento de Planeamiento y Ges-

tión Urbanística, que refiere que la parcela limita por un lado con un vial de suelo urbano, y por ello resulta lógico que disponga de los correspondientes servicios infraestructurales de las parcelas urbanas colindantes, sin que ello comporte una dotación de servicios de la finca de la allí alegante”.

*(STS de 15 de marzo de 2013. Sala 3ª, Sec. 5ª. F. D. 8º y 9º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella)*

(ROJ: STS 1537/2013. Nº Recurso: 4443/2010. <http://www.poderjudicial.es>)



# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(\*)

## III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Principios de mérito y capacidad. Integración en Agencias de la Junta de personal proveniente de Fundaciones.

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 tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO ISERN.

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 imprevisibilidad 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 necesi-

dad, 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 constatararse 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 publicas, 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 recu-

rente 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 traspaos 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 concorra en el actual caso, siendo así que al haber in-

tervenido 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 impugnada 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 las 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 huída 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 Consti-

tucional, 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 publica 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 respecti-

va 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 1/2001 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 publicas 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 funciones públicas, y cuando no esté en juego ninguna de las circunstan-

cias 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 desprecio al Estado de Derecho, porque el propio Estatuto Básico, reco-

nociendo 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 entidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido

do 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 mas de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo público y por tanto 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 mas 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 copiosa jurisprudencia tanto del TS como del TC en relación a la posi-

bilidad 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 de 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 Jorge Rafael Muñoz Cortés)*

#### IV. BIENES PÚBLICOS

Deslinde vías pecuarias. Sanciones. Falta de procedimiento del deslinde. Consecuencias.

En el acuerdo sancionador se señalan como obras realizadas sin autorización las de construcción de un muro de contención de piedra, así como otro de manpostería de 37 metros de longitud y acondicionamiento de un patio en terrenos correspondientes a la vía pecuaria denominada “Cañada Real Algeciras Tarifa Medina”, en el monte de utilidad pública “La Peña”, sita en el término municipal de Tarifa.



Se reprocha por la Administración apelante a la sentencia de instancia la circunstancia de haber tomado en consideración la alegación del demandante sobre falta de deslinde de la vía pecuaria como motivo determinante de la nulidad de la sanción cuando ni dicho motivo fue invocado en demanda, sino improcedente y extemporáneamente en conclusiones y que además, no es cierto la afirmación de la ausencia de deslinde pues el mismo tuvo lugar el 11 de julio de 2005. Por otro lado se añade que en cualquier caso no haría falta el acto de deslinde para entender cometida la infracción, bastando a tal fin con la clasificación de la vía pecuaria y, desde luego, lo que no sería en absoluto necesario es el acto de amojonamiento.

En realidad, el recurso de apelación interpreta de forma incorrecta la sentencia de la juzgadora de instancia. La declaración de nulidad de la sanción se fundamenta, según resulta de la completa lectura de la sentencia, en la falta de prueba de la realización de las obras denunciadas en terrenos correspondientes a la vía pecuaria y ello por cuanto se desconoce su trazado real, el mismo agente denunciante pone de manifiesto las dudas sobre si el terreno afectado por las obras corresponde o no con la vía pecuaria y, por último, la circunstancia de que el propio sancionado hubiera solicitado con anterioridad autorización para el acondicionamiento de caminos no acredita que el lugar donde se han ejecutado las obras no autorizadas corresponda con la misma zona.

Esta conclusión, resultado de la valoración de la prueba practicada la consideramos correcta por cuanto del expediente administrativo resulta que los dos únicos elementos de cargo en que podría justificarse la sanción impuesta adolecen de una imprecisión que los desvirtúa como tales. Así la denuncia del Agente de Medio Ambiente, y en la que posteriormente se ratifica sin mayor añadido, ya pone de manifiesto que tiene dudas sobre si el terreno sobre el que se llevan a cabo las obras, que por lo demás se ejecutan con licencia municipal, se ubica dentro de la cañada real dada la existencia de dos planos de deslinde que discrepan respecto a su trazado. Además, admitiendo que el deslinde se practicó el 11 de julio de 2005, sin embargo no consta ningún informe que afirme con claridad que los terrenos afectados por las obras están incluidos en la vía pecuaria deslindada, sino que el emitido por Ingeniero Técnico Agrícola del Departamento de Vías Pecuarias el 4 de diciembre de 2003 (folio 29 del expediente administrativo) se mueve en la imprecisión de afirmar el deslinde y que parte de la finca ya figuraba como ocupación e intrusión según planos que aporta, pero sin particularizar nada respecto del lugar donde se acometen las obras por las

que se sanciona ni solventar las dudas que el Agente de Medio Ambiente ya puso de manifiesto en su escrito que, tal de vez de una manera rigorista, fue considerado denuncia.

*(St. de 17 de diciembre de 2012. Sala de Sevilla. Ponente José Ángel Vázquez García)*

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Administración Local. Servicio retirada grúa. Procedimiento telemático. Funciones agentes y auxiliares.

Constituye el objeto del presente recurso la Ordenanza de circulación en su particular referido a la inmovilización, retirada y depósito de vehículos del Ayuntamiento de Sevilla publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de 27 de noviembre de 2010.

La recurrente pretende en la demanda que se declare que dicha norma es contraria a derecho, se anule y se deje sin efecto.

Para conocer la pretensión última y los motivos que la fundamentan, cebe señalarse que el recurrente actúa en autos en representación del Comité de Empresa de Aussa, empresa que en virtud de contrato con la sociedad municipal TUSSAM, es la encargada de la retirada de vehículos de la vía pública y su posterior depósito.

Dicho esto, debe advertirse que efectivamente los argumentos esgrimidos en la demanda por la parte recurrente se dirigen a combatir solo dos artículos de la ordenanza impugnada, de lo que debemos concluir que serán esos los que en su caso puedan ser enjuiciados y eventualmente anulados, pero no el resto de la ordenanza que no ha sido combatida.

Así, son dos los artículos expresamente combatidos en la demanda.

El artículo 4 que lleva por rúbrica “Personal al servicio de la retirada de vehículos” y que señala: “El personal del servicio de retirada de vehículos de la vía pública deberá poner en conocimiento de la Policía Local, a través del Servicio Telemático de Retiradas, la concurrencia de alguno de los supuestos de inmovilización o retirada previstos en la presente Ordenanza. Para proceder a la inmovilización o retirada de un vehículo de la vía pública se requerirá, cuando proceda, la previa denuncia de la infracción por un Agente de la Policía Local y, en todo caso orden expresa del Agente, que podrá dictarse por cualquiera de los medios previstos en la misma”.

Este artículo es impugnado por cuanto que la recurrente considera que

establece una obligación para los encargados del servicio de retirada de comunicar la existencia de infracciones, lo que equivale tanto como a imponerles la obligación de denunciar, esto es, un deber que carece de cobertura en la legislación de tráfico.

La representación del Ayuntamiento de Sevilla, se opone a esta interpretación, considerando que no existe realmente deber de denuncia, dado que la misma será en todo caso del agente de la autoridad.

El artículo 14.3 respecto al procedimiento para la retirada y depósito de vehículos, establece un sistema telemático de retirada e inmovilización de vehículos, señalando: “En caso de no encontrarse presente ningún agente de la Policía Local en los supuestos previstos en las letras a) en relación con el art. 10 anexo I, e), f) y g) del artículo 9 de la presente Ordenanza, el personal del servicio de retirada de vehículos procederá a la toma de fotografías que, en tiempo real, serán enviadas al Sistema Telemático de Retirada e Inmovilización de Vehículos.

El agente de servicio, funcionario público, a la vista de la información recibida mediante las fotografías, contrastará los datos del vehículo (matrícula, marca, modelo y color) y podrá optar entre ordenar su retirada, denegarla por no estar acreditados los hechos o solicitar nueva información complementaria para tomar la decisión precedente.

En caso de ordenarse la retirada del vehículo, el personal encargado del servicio de grúa ejecutará la orden y dará traslado del mismo al lugar de depósito. Si fuera necesario, solicitará el auxilio de la Policía Local”.

Este artículo se combate por cuanto que permite, sirviéndose de un servicio telemático al que se enviarán las fotos tomadas por personal de la grúa, que la operación de retirada material del vehículo de la vía pública o lugar en que esté estacionado, la lleve a cabo el personal del servicio de grúa, sin la presencia física en el lugar de agentes de la policía local. En la medida que la intervención de estos se limita a verificar de forma telemática la concurrencia de los presupuestos de la infracción y/o supuestos de retirada, se convierte asimismo al personal del servicio de retirada en agentes de la autoridad, condición de la que carecen.

La representación de la administración local impugna este argumento considerando que la verificación de las circunstancias habilitantes para la retirada del vehículo la realiza en todo caso al agente de policía, quedando todo el procedimiento documentado y contemplando que se pueda requerir la presencia de agentes de la autoridad.

Por último la recurrente denuncia que las nuevas obligaciones que la ordenanza le impone en estas operaciones, conculcan el convenio co-

lectivo que es de aplicación a la actividad laboral del personal del servicio de la grúa.

Examen del artículo 4 de la Ordenanza. Debemos señalar que este artículo se encuadra dentro del capítulo que la ordenanza dedica a los diversos intervinientes en el procedimiento de retirada y depósito de vehículos que se encuentren en los supuestos del artículo 9 de la misma norma.

Así se señala en primer lugar (artículo 3) las funciones de los agentes de la policía local, les cuales tienen evidentemente entre sus funciones la de velar por la observancia de la normativa de circulación aplicable en las vías urbanas, y consecuentemente el deber de formular las correspondientes denuncias anta hechos constitutivos de infracciones. El artículo 5 por su parte contempla la posibilidad de que cualquier persona pueda formular denuncias, sin que por otra parte esta facultad suponga realmente como parece desprenderse de la rúbrica de este artículo que se reconozca en este materia algún tipo de acción pública. El artículo 4, ya transcrito, en lo que se impugna y en la parte que aquí nos interesa, señala como el personal de la grúa deberá comunicar las infracciones que aprecie en los supuestos previsto en la ordenanza.

Pues bien, si acudimos directamente a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, observamos como respecto al inicio de los procedimientos de oficio, y el procedimiento sancionador y el susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen en el administrado lo es siempre, señala en su artículo 69: “1. Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo de órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”.

Se debe pues distinguir entre el acuerdo de incoación del procedimiento que lo deberá adoptar el órgano competente, de aquellos actos por media de los cuales dicho órgano tenga conocimiento de la existencia de la posible infracción o supuesto legal. Y entre esta forma de conocimiento se contempla la denuncia, como noticia críminis, que en general cualquier ciudadano y/o administrado está facultado para formular ante la administración competente. Sin perjuicio, de que también dicha denuncia pueda proceder de agentes, funcionarios, o particulares, estos últimos con una relación especial de sujeción con la administración, a lo que a la vista de sus funciones se acompaña el deber de denunciar. (sic).

Esta idea, es reproducida por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Trá-

fico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial. El cual, en primer lugar y como competencias municipales señala en su artículo 7 c): “La inmovilización de los vehículos en vías urbanas cuando no se hallen provistos de título que habilite el estacionamiento en zonas limitadas en tiempo o excedan de la autorización concedida hasta que se logre la identificación de su conductor.

La retirada de los vehículos de las vías urbanas y el posterior depósito de aquellos cuando obstaculicen o dificulten la circulación o supongan un peligro para ésta o se encuentren incorrectamente aparcados en las zonas de estacionamiento restringido, en las condiciones previstas para la inmovilización en este mismo artículo.

Igualmente, la retirada de vehículos en las vías interurbanas y el posterior depósitos de éstos, en los casos y condiciones que reglamentariamente se determinen.”

Ya dentro de lo que es propiamente el procedimiento sancionador, señala en el artículo 73, siguiendo lo adelantado más arriba: “1. El procedimiento sancionador se incoará de oficio por la Autoridad competente que tenga noticia de los hechos que puedan constituir infracciones tipificadas en esta Ley, por iniciativa propia o mediante denuncia de los Agentes encargados del servicio de vigilancia de tráfico y control de la seguridad vial o de cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos.

2. No obstante, la denuncia formulada por los Agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico y notificada en el acto al denunciado, constituye el acto de iniciación del procedimiento sancionador, a todos los efectos.”

Para a continuación señalar el artículo 74 y 75 el deber de denunciar por parte de los agentes de la autoridad, así como la presunción de veracidad del contenido de la denuncia.

Por su parte, el Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial, en su artículo 4, que lleva por rúbrica “Denuncias de carácter obligatorio y voluntario”, señala: 1. Los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico deberán denunciar las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la circulación vial (art. 75 apartado 2 del texto articulado).

2. Cualquier persona podrá, igualmente, formular denuncias por hechos que puedan constituir infracciones a los preceptos del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial o de sus reglamentos.

Esto es, distingue entre el deber de denunciar de los agentes de la autoridad, y la denuncia voluntaria como así expresamente se define que cualquier persona podrá formular ante hechos constitutivos de infracción. Respondiendo con ello a la regla de habilitar a los ciudadanos para que puedan denunciar conductas contrarias a las normas que estén expresamente tipificadas como infracciones, pero sin imponerlo como deber, considerado que ello va más allá de lo que pueda ser exigible al ciudadano o administrado.

Volviendo al tema que aquí nos ocupa, la ordenanza impone el deber de denunciar a los agentes de la autoridad, y faculta para denunciar a cualquier persona. También imponer el deber de denunciar (artículo 14.2) a los controladores de la zona ORA, quienes no son agentes ni funcionarios, pero que precisamente en virtud de la relación laboral que tienen con la empresa concesionaria de la gestión el aparcamiento rotatorio o regulado, asumen la función de, valga la redundancia, controlar la observancia de las ordenanza en este punto y el deber de denunciar las posibles infracciones.

Pero ocurre que en el caso del personal del servicio de la grúa, no existe por las funciones que tienen encomendadas, ningún deber de advertir o comunicar la existencia de infracciones, y sí como señala el artículo 3, la de colaborar con los agentes de la autoridad. Pero este deber de colaborar, no implica por lo que aquí se discute, que los mismos tengan el correlativo deber de formular denuncias de carácter obligatorio en la terminología del real decreto citado.

Y es que como claramente se infiere del artículo 3 de la ordenanza, la colaboración material lo es con la inmovilización o retirada de los vehículos, sin prejuzgar como y el medio por el cual se podrá acordar por el agente correspondiente dicha orden de retirada. Pero lo que sí es claro, es que en esa división de denuncias obligatorias y voluntarias, no pueden calificarse las de los encargados de la grúa como de las primeras.

Es cierto que en la ordenanza no se anuda ninguna sanción ni consecuencia jurídica al hecho de que por el personal de la grúa que advierta alguna de las infracciones tipificadas, no se formule la correspondiente denuncia. Pero también lo es que la forma verbal empleada, “deberá”, deja pocas dudas a este Tribunal sobre cual sea la intención de la administración a la hora de imponer un efectivo deber a este colectivo. Deber que se impone finalmente sin que exista precepto legal habilitante a la administración local para su imposición.

Por ello debemos efectivamente, estimar el recurso en cuanto se refiere a este artículo 4, inciso primero y dado que nos está vedada la re-

dación de los artículos anulados (art. 71.2 LJCA), o sentar fallos interpretativos, acordar la nulidad de dicho artículo en lo que se refiere a la parte inicial del párrafo.

Examen del artículo 14.3 de la ordenanza.

Somos conscientes de que anulado el artículo 4 de la ordenanza impugnada, la efectividad del sistema de control remoto que en el artículo 14 se establece se reduce sensiblemente. Ahora bien, como analizado el texto de la ordenanza caben otros supuestos en los que sin presencia de agentes de la autoridad pueda darse el presupuesto de la retirada y depósito de vehículos estacionados en la vía pública, debemos necesariamente entrar a analizar las pretensiones de la recurrente contra este artículo 14.

A este sistema de control remoto, utilizando medios telemáticos, de los supuestos de retira y depósito de vehículos de la vía pública, se refiere ya la exposición de motivos de la propia ordenanza recurrida al señalar: “El tráfico de vehículos a motor se ha generalizado y extendido de tal manera que forma parte de la vida cotidiana, si bien al efectuarse de forma masiva y simultánea, lleva consigo una serie de problemas que es necesario regular para que su ejercicio no lesione intereses individuales o colectivos que deben ser objeto de protección pública, de ahí que sea obligada la intervención de los poderes públicos en el mantenimiento de la seguridad, de la circulación vial en general y en el establecimiento de las medidas correctoras necesarias para evitar el entorpecimiento del tráfico.

Dicha intervención pública ha de incorporar en su gestión las modernas tecnologías de modo que la hagan más operativa, pero sin que la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos pueda mermar las garantías de otros.

En este sentido, con la presente Ordenanza se pretende otorgar un marco jurídico que permita agilizar la gestión del servicio de retirada de vehículos por la grúa, mediante la introducción de un Sistema Telemático de Retirada e Inmovilización de Vehículos dotado de la necesaria seguridad jurídica, en el que, con colaboración del personal que presta dicho servicio mediante la toma material de fotografías en tiempo real de los hechos descritos en la presente norma, las envíe al agente de la autoridad, quien decidirá si se producen los supuestos que dan lugar o no a la inmovilización o retirada del vehículo y en su caso las ordenará, sin necesidad de desplazarse al lugar donde se encuentra aquél.”.

Dicho sistema se caracteriza principalmente por no resultar ya necesaria la presencia de un agente de la autoridad en el lugar donde se

encuentre al vehículo mal estacionado, ni para verificar o comprobar la existencia de infracción o supuesto de retirada del vehículo, ni durante la maniobra de su enganche por la grúa. Y ello como ya hemos visto, por establecer un sistema telemático al que se enviarán las imágenes tomadas y en el que, ahora sí, un agente de la autoridad comprobará de forma remota si se dan los presupuestos para la retirada del vehículo.

Este sistema de control remoto, debemos previamente señalar que venía ya previsto en la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. La cual en su artículo 41 y respecto a las medidas cautelares que podrán adoptarse en materia de tráfico y ordenación vial señala la retirada de toda clase de vehículos y su posterior depósito, estableciendo al respecto que: “La comprobación de la concurrencia del supuesto legitimante de la retirada y la orden de que se lleve a cabo ésta pueden efectuarse de forma remota, a través de fotografías, filmación digital y otros medios tecnológicos. Por ordenanza municipal, y de acuerdo con la legislación vigente en la materia, se regulen las garantías que deben reunir los aparatos a través de los cuales se realice la captación y transmisión de estas imágenes y su incorporación al expediente administrativo”.

Aprovechamos la cita de este artículo y de esta ley, para advertir que este sistema se basa a su vez en la figura del personal auxiliar de la policía municipal (artículo 44), figura que por otra parte está legalmente prevista que la puedan implantar otros municipios.

Disponemos además de al menos un pronunciamiento judicial previo sobre la legalidad de un sistema de control idéntico al de autos, respecto de los vehículos que no observen las disposiciones en materia de aparcamiento regulado. En concreto se trata de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2005 (nº recurso 82/2002), que en su Fundamento Cuarto tras señalar que efectivamente la retirada de un vehículo en los supuestos previstos en la ordenanza constituye un ejercicio de autoridad, ampara el sistema de control remoto por tres razones: el control de la decisión por parte de los agentes de policía; el principio de eficacia de la actuación administrativa; y las garantías que derivan del sistema al quedar almacenadas en todo caso las imágenes y ordenes adoptadas.

La parte recurrente alega que el sistema de control remoto, en cuanto que no exige la presencia física de agente de la autoridad, y prevé que sea el empleado de la grúa el que tome las fotografías y proceda posteriormente a retirar el vehículo, conculca las reglas establecidas en el procedimiento de retirada y depósito de vehículos que se establece en



la legislación de tráfico. Además de infringir las disposiciones laborales sobre las funciones que están encomendadas a los empelados del servicio de la grúa.

Efectivamente la acción por la cual se retira un vehículo de la vía pública en los supuestos legalmente previsto, reviste la consideración de acto administrativo, adoptado de forma cautelar en el seno de un procedimiento sancionados El cual por la mecánica de los acontecimientos, se incoa casi de forma simultanea a la orden de retirada, y así lo exige por otra parte la necesidad de garantizar el normal desarrollo del tráfico viario. Con lo que a la incoación de un procedimiento se añade la adopción de medidas provisionales que exigen de su ejecución inmediata, para lo que la administración local está habilitada al amparo de la ley 30/92 (artículos 95 y siguientes) y de las competencias que en materia de ordenación del tráfico le atribuyen las diversas leyes de régimen local y sobre tráfico y seguridad vial. Así, el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial señala en sus artículos 83, 84 y 85 contempla las diversas medidas provisionales de inmovilización y retirada de vehículos que podrán ser adoptadas y siempre acordadas por agentes de la autoridad. Lo que aquí se discute es, como ya se ha dicho, si resulta necesaria la presencia física del agente de le autoridad en el lugar donde se encuentra el vehículo, o caso que la operación la realice por si solo el empleado de la grúa. Pues bien, y recordando nuevamente lo que se ha dicho sobre la inexistencia de deber por parte de estos empleados de formular denuncia, no se advierte que por lo establecido se conculque por la ordenanza precepto legal o reglamentario de rango superior. El control sobre los hechos determinantes de la retirada del vehículo y la decisión de que esta se lleve a cabo la mantienen de forma exclusiva por implicar ejercicio de autoridad, los agentes de policía. Además el apartado 4 del artículo 14 prevé el almacenamiento de todas las imágenes enviadas, así como de las órdenes que los agentes impartan respecto a la retirada o envío de nuevas fotografías. Este nuevo sistema además, en la medida que permite almacenar imágenes del vehículo, además de mayor seguridad jurídica para el ciudadano, también la reporta para el servicio de la grúa, en cuanto que; permitirá almacenar con las debidas garantías por ejemplo, imágenes sobre el estado del vehículo antes de ser retirado. En la medida que la toma de decisión se mantiene por parte de los agentes, la función del servicio de grúa se mantiene igual que antes, encargados de la retirada de los vehículos y colaboradores materiales de los mismos en esa actividad. El que por

otra parte, el nuevo sistema establecido por la ordenanza vaya a exigir de los empleados de la empresa concesionaria de este servicio que realicen fotografías y las envíen al sistema telemático, dará lugar en su caso a las consecuencias mercantiles o laborales que procedan, pero en modo alguno limitan la potestad normativa y de organización que ex lege corresponde a los municipios.

Con lo dicho procede pues desestimar en este punto el recurso deducido por la recurrente contra el artículo 14.3 de la ordenanza impugnado.

*(St. 11 enero 2013. Sala de Sevilla. Ponente Juan María Jiménez Jiménez)*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Aborto. Objeción de conciencia. La objeción no es un derecho fundamental. Juego del derecho a la objeción en el marco de su legitimación legal.

La sentencia apelada estimó la pretensión de la hoy parte apelada, dentro del proceso especial de protección de los derechos fundamentales, en orden a reconocer su objeción de conciencia por motivos deontológicos y, como consecuencia, su negativa a implicarse directamente en cualquier acto relacionado con la interrupción voluntaria del embarazo, tanto en la fase consultiva como en la preparatoria y en la ejecutiva, desde el entendimiento de que la negativa de la Administración a esa solicitud vulneraba el derecho fundamental consagrado en el art. 16.1 de la Constitución,

La Administración sanitaria andaluza insiste en su recurso de apelación desde la base de que en el Texto Fundamental no se contiene la objeción de conciencia respecto del aborto, no pudiéndose incluir ésta en el texto en pro de la libertad religiosa que se consagra en el referido, art. 16.

Plateada así la cuestión que ha de abordar la Sala, ésta, hace suyas las consideraciones de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 1 de julio de 2012 (Recurso 1049/11). Las siguientes: “En principio debemos recordar que, como ha señalado la STC 154/2002, de 18 de julio, siguiendo la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3, que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran

de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (STC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras)”, y que, “en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, FJ 3)”.

De lo expuesto se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6)”.

Ya se dijo en la STC 15/1982, fundamento 7.º, que, a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de libertad de conciencia, el derecho a la objeción no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta (la del servicio militar), sino que ese derecho introduce una excepción que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso. Es decir, que no se garantiza una abstención, sino el derecho a ser declarado exento el objeto del servicio militar, que habrá de cumplirse de no mediar esa declaración. De ahí, añade la citada Sentencia, que “la objeción de conciencia exija para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el art. 30.2 de la Constitución, con las debidas garantías, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud”.

De ahí la necesidad de la *interpositio legislatoris*. Por un lado, el legislador, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común. De otro, el objeto, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE.), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo —frente a la coacción externa— en la intimidad personal, en cuando nadie está “obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” (art. 16.2 CE.). La idea de que el derecho, incluso el fundamental, repudia toda regulación legal no parece conformarse con la técnica constitucional; el propio art. 16 ya admite la entrada legislativa al determi-

nar que las libertades que reconoce pueden ser limitadas por el orden público protegido por la Ley, lo que es independiente, por otra parte, de la mínima regulación precisa para que el derecho sea viable, como antes se ha indicado. Conclusión que es mucho más clara y terminante cuando se trata de un derecho, si bien constitucionalmente reconocido, no fundamental”.

No obstante sería bueno recordar la STC 15/1982, de 23 de abril, que, además de calificarlo como derecho constitucional, dijo que el derecho a la objeción de conciencia era una “concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16”, después de haber indicado la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia.

El Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en sentencias (cuatro) de 11 de febrero de 2009 dictadas en los recursos de casación 948/08, 949/08, 905/08 y 1013/08, examinó, entre otras cuestiones, si existe o no en nuestro ordenamiento un reconocimiento de alcance general del derecho a la objeción de conciencia. De la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el recurso de casación 948/08 extraemos los siguientes párrafos:

“(…) Sobre lo primero, además de recordar que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado. Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo.

Desde luego, nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. Lo que ocurre es que se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo -no constitucional- y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, que podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno. Para sostener que, más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, de ésta surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador, suele invocarse –como se ha hecho en el caso ahora exa-

minado— el artículo 16 de la Constitución. La idea básica de quienes sostienen esta postura es que la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Pero ésta es una idea muy problemática, al menos por dos órdenes de razones. En primer lugar, una interpretación sistemática del texto constitucional no conduce en absoluto a esa conclusión, incluso, pasando por alto que la previsión expresa de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 30.2 no tendría mucho sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16, es lo cierto que el tenor de este último precepto constitucional dista de abonar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a las propias creencias. En efecto, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Constitución “el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Pues bien, por lo que ahora importa, independientemente de la mayor o menor extensión que se de a la noción de orden público, es claro que ésta se refiere por definición a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas pueden comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público.

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1 “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Este es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en la Constitución española es el elaborado por procedimientos propios de una democracia moderna. A ello hay que añadir que el reconocimiento de ir derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afir-

mar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, es preciso verificar si podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional.

Comenzando por los precedentes jurisprudenciales, la verdad es que distan de ser nítidos y lineales. Es indiscutible que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, relativa a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo, Pero a partir de aquí sería muy difícil extraer un principio general por constituir claramente un supuesto límite.

Más clara, como precedente en materia de objeción de conciencia, es la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció. Ciertamente, el Tribunal Constitucional consideró que dicha condena penal supuso una violación de la libertad religiosa de los padres; lo que, al menos implícitamente, implica admitir que la libertad religiosa puede tener algún reflejo en el modo de comportarse. Pero tampoco sería fácil extraer de aquí un principio general, por varios motivos; se trata de una sentencia atinente a cuestiones específicamente religiosas, no morales en general; se trata de una sentencia aislada; y se trata, sobre todo, de una sentencia muy ligada a las innegables exigencias de justicia material del caso concreto.

Y, en cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, se contemplaban casos en que un militar y un policía fueron obligados a participar en actos religiosos. Cuando alguien sometido a una especial disciplina es obligado a participar en un acto religioso, hay sencillamente una violación de su libertad religiosa.

La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y es probable que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica

1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor. Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. El artículo 10.2 de la Carta, además, requiere expresamente una “interpositio legislatoris” para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule (...).

De la anterior exposición, pues, se puede deducir que para el caso de que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no se exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión. Resulta imposible poder predeterminar el alcance subjetivo que para cada médico supondrá en relación con sus creencias religiosas o ideológicas, por ejemplo, el hecho de tener que informar a una mujer que haya decidido abortar de los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión, y ello partiendo de la base de que en ningún caso se puede ofender a quien está en contra del aborto y debe informar sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho caso de seguir con su embarazo.

Por tanto, el médico, que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que tiene derecho según su norma reguladora, no queda eximido de informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia.

En realidad el planteamiento de la demanda parte de estimar la objeción de conciencia como un derecho absoluto frente a cualquier otro derecho, incluso sobre el derecho a la vida pues no se puede entender de otro modo que se cuestione la posibilidad de solventar un riesgo vital derivado de la práctica de una interrupción del embarazo. El problema es que la determinación del contenido del derecho es individual y es el individuo quien debe afrontar su posición frente a la norma y desde esa posición confrontar su libertad con la obligación legal que se le impone. A priori, pues, no se puede sostener que las obligaciones del personal sanitario respecto de la interrupción voluntaria del embarazo vulnera el art. 16 de la Constitución porque parte de una prioridad absoluta de la objeción de conciencia que equivale a su consideración como derecho primario y absoluto que deben respetar el resto de los derechos reconocidos.

Debemos recordar que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de

3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece que en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes; el médico se sitúa frente a una decisión personal del individuo que afecta a su esfera personal en ejercicio de un derecho fundamental, (art. 16.1 CE) y que la sociedad protege a través de un sistema de protección expresamente establecido (Ley Orgánica 2/2010) y ante la que solamente se le exige informar sobre unos derechos que anudados a otros configuran esa decisión personal.

Al hilo de estos razonamientos se ha de tener presente que el art. 19 de la LO 2/10, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, dispone que los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia, El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

De lo que se deduce que, ante todo, que el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinarlo en el art. 16.1 de la Constitución que, por el contrario es objeto de una regulación legal ordinaria, a la que el interesado debe sujetarse en cada caso concreto estando excluida de la misma la atención médica anterior y posterior a la intervención propia de la interrupción del embarazo.

Por todo lo anterior procede la estimación del presente recurso y, en cuanto al pago de las costas procesales causadas en el recurso de apelación y visto el resultado favorable para la parte apelante, no procede condenar a su pago a la misma, según lo dispuesto en el art. 139 de la Ley 29/98.

*(St. 18 de febrero de 2013. Sala de Málaga. Ponente José Baena de Tena).*



## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoración de suelos. Interpretación de la Disposición Transitoria Tercera punto 1 de la Ley 8/2007 respecto a la fecha de valorización.

El Jurado Provincial de Expropiación fijó el justiprecio de acuerdo con el siguiente detalle:

1,4370 has. labor de regadío. x 36.000 €/ha	51.732,00 €
Valor de cosechas	431,10 €
Sistema de riego	50.871,64 €
Pozo: 12ml x 180,30 €/ml	2.163,60 €
Afección 5% s/51.732 €	2.586,60 €
Total	107.784,94 €

El Jurado parte de la clasificación del suelo como no urbanizable y entiende aplicable el artículo 26 la Ley 6/1998, aunque no aclara cual de los métodos valorativos (comparación o capitalización de rentas) aplica.

La propiedad entiende que se trata de un suelo expropiado para la realización de un sistema general, por lo que la valoración ha de hacerse, como si de suelo urbanizable se tratase, por el método residual, de acuerdo con lo cual aporta valoración realizada por arquitecto a tenor de la cual el valor del suelo sería el reclamado en su hoja de aprecio.

Con carácter previo, tendremos que pronunciarnos sobre la Ley aplicable, ya que, cuando se inicia el incidente de justiprecio ya estaba en vigor la Ley 8/2007.

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 citado 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, ya que el requerimiento aludido se produce en el mes de febrero de 2008, cuando ya estaba en vigor la Ley 8/2007, habrá que estar a las disposiciones que sobre valoración del suelo se contienen en dicha norma.

Ciertamente, 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, ya que el requerimiento aludido se produce en el mes de febrero de 2008, cuando ya estaba en vigor la Ley 8/2007, habrá que estar a las disposiciones que sobre valoración del suelo se contienen en dicha norma.

Podría plantearse si, de acuerdo con la doctrina que hace valer la entidad expropiada, el suelo afectado por la expropiación puede considerarse incluido 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 interpretar la misma como una red de carácter supramunicipal de ámbito metropolitano, añadiendo a continuación que dicho tramo no forma parte de entramado urbano alguno.

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.

Y, 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.

Valor del suelo.- Dice la actora que, aun partiendo de su clasificación como suelo no urbanizable, el suelo tiene un valor muy superior a las 36.000 euros por hectárea tenido en cuenta por la Comisión, citando como testigo el precio de venta de terrenos por la actora a la compañía H. E., S.A. Y el precio acordado con la misma en transacción judicial.

Sin embargo ya hemos dicho que el método de comparación queda excluido en la vigente Ley de Suelo. Aparte de que en la venta que se cita, para instalación industrial, se aprecian intereses distintos de los de la pura explotación agrícola, lo que no ocurre con los terrenos de los que aquí nos ocupamos.

Valor por capitalización de renta.- Es el único cálculo que se hace ajustado al sistema de la Ley aplicable y debe tenerse en cuenta que la pericia es 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 que separa el suelo urbanizable sectorizado del no sectorizado. Por tanto, no estaríamos ante el supuesto de la disposición transitoria tercera número dos de la Ley 8/2007.

Pero es más, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3a, Sección 6a, 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 vengan 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 auto-

pistas 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 que justifica la expropiación, al menos en el tramo correspondiente a la finca de la sociedad actora, pues como se indica en el informe pericial emitido por Arquitecto y que obra en el ramo de prueba: “tal y como se aprecia en la planimetría de la red viaria del municipio, podemos dictaminar en base a las determinaciones del PGOU que el tramo de la autovía SE-40 que discurre por los terrenos expropiados actualmente no está integrado en la red viaria del municipio, debiéndose una prueba más a valorar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que exige que en la pericia se contengan las premisas y razonamientos que permitan al juez, sin necesidad de ser experto, formar una convicción adecuada acerca de lo ajustado de los razonamientos del perito y de lo que concluye. Esta exigencia solo se cumple en el informe pericial aportado por Ingeniero Agrónomo en el periodo probatorio y cuya conclusión sobre el valor del suelo destino a labor de regadío aceptamos. De este modo, valorado a razón de 54.645,92 €/Ha. el correspondiente al suelo expropiado (1,4370 Has) alcanza la cifra de 78.526,18 €.

Respecto a la posibilidad de incrementar el valor así determinado en un 20% como se recoge en el informe pericial, aplicando lo señalado en el art. 22 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo y como razón el factor localización particularizado en su cercanía a la barriada de Torreblanca de Sevilla, ciertamente a la fecha de emisión del informe no se había publicado el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Valoraciones del suelo, pero esta circunstancia no exime de la obligación de concretar en el dictamen pericial los elementos tomados en consideración para el incremento del valor del suelo (número de habitantes, infraestructuras cercanas, facilidad en la conexión con vías de comunicación etc.), no bastando con la mención, sin mayor detalle, de su cercanía a una barriada de la ciudad de Sevilla.

Resto de conceptos. Junto con el valor del suelo, el Jurado Provincial de Expropiación incluye en su acuerdo el valor de conceptos tales como cosechas pendientes, pozo y sistema de riego. En el informe pericial

aportado existe coincidencia respecto a las cosechas y valor del pozo y sólo hay una muy ligera variación respecto del sistema de riego y que no justifica la modificación de lo acordado por el órgano de valoración, máxime cuando coincide con el indicado en la hoja de aprecio de la expropiada.

De lo expuesto se concluye que el valor del suelo ha de incrementarse hasta la cantidad de 78.526,18 €, a lo que hay que añadir 2.163,60 € por el pozo y 50.871,64 € por el sistema de riego. A la suma de estas cantidades (131.561,42 €) se debe añadir el 5% del premio de afección (6.578,07 €) y no solo respecto del valor del suelo como erróneamente considera el Jurado de Expropiación. De esta forma, añadido el valor de las cosechas pendientes, el justiprecio se elevará a la suma total de 138.570,59 €.

*(St. de 10 de diciembre. Sala de Sevilla. Ponente José Ángel Vázquez García).*

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Justiprecio. Legitimación de la expropiación. Decaída la causa expropiandi pero no alegada por las partes la Sala revisa y modifica al alza el justiprecio.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Cádiz, en sesión celebrada el día 15 de octubre de 2009, fijando en la cantidad de 73.657,87 € el justiprecio correspondiente a la expropiación por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda de la edificación destinada a bar, con una superficie de 147,78 m<sup>2</sup>, con nº de finca registral 12.818 en ejecución del Proyecto de expropiación de la Unidad de Ejecución UE-BT-1 “Botánico”.

Con carácter previo al enjuiciamiento de la legalidad del acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones sobre fijación del justiprecio, debemos poner de relieve que en las sentencias dictadas por este Tribunal y Sección en los recursos contencioso-administrativos nº 1124 y 1125/2009 y que van referidos a idéntico proyecto expropiatorio, ya dijimos que “la posibilidad de hacer decaer la validez del justiprecio poniendo de relieve la existencia de infracciones del procedimiento expropiatorio tan esenciales que de su cumplimiento depende la verificación de que concurre la causa expropiandi esta pacíficamente admitida por la jurisprudencia, y por ejemplo, en la STS de 05 de Diciembre del 2007 (STS 9067/2007) expone, “*que la falta de causa expropiandi que aca-*

*rra la nulidad del expediente expropiatorio y que como causa de nulidad de pleno derecho puede alegarse por los propietarios-expropiados al impugnar el acuerdo de justiprecio del Jurado, pues como dijimos, entre otras, en nuestra sentencia de veintisiete de junio de dos mil seis -recurso de casación 3247/2003 -, «para proceder a la expropiación forzosa será indispensable según determina el artículo 9 de la Ley de Expropiación Forzosa, la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin que haya de afectarse el objeto expropiado, declaración que no es un simple requisito para que pueda iniciarse el procedimiento expropiatorio, sino que es el presupuesto necesario -"indispensable" es el término utilizado por la Ley que legitima dicho procedimiento-. La declaración de utilidad pública o interés social forma parte del mismo instituto expropiatorio, de tal modo que su falta determina la inexistencia de la causa expropiandi y la consiguiente carencia de potestad en la Administración para realizar actos válidos con eficacia expropiatoria. Faltando la declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado, los actos que con una pretendida finalidad expropiatoria verifique la Administración no tienen validez jurídica alguna, por lo que deben calificarse de nulos de pleno derecho... En este caso, la legitimación de la expropiación vino dada por el planeamiento urbanístico de Sanlúcar de Barrameda, o para más precisión, del denominado Plan Especial de Reforma Interior de la Unidad de Ejecución U.E. BT1 "Botánico" con la finalidad de mejorar las condiciones de urbanización mediante la incorporación de dotaciones comerciales y la mejora de la accesibilidad con el área oeste de la ciudad. Lo cierto es que la sentencia de esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla de 2 de noviembre de 2007 (recurso 763/2005 de su Sección 2ª) ha estimado el recurso interpuesto por R. contra la aprobación definitiva del mencionado Plan Especial de Reforma Interior, por motivos y razones que ahora no resulta necesario discutir. Por tanto, el expediente expropiatorio y, en su caso, la ocupación efectiva de los bienes se han llevado a cabo sin el amparo de la causa expropiandi válida que representaba la modificación del planeamiento declarado nulo, requisito que la LEF configura expresamente como previo de toda operación expropiatoria" Como consecuencia de la declaración antecedente, en los recursos indicados y en correspondencia con la pretensión articulada por los respectivos demandantes, declaráramos nulo el acuerdo de fijación del justiprecio ante la nulidad sobrevenida del expediente expropiatorio y la ausencia de causa habilitante. No obstante, ninguna de las partes en el presente recurso han hecho valer la nulidad del planeamiento en que se justifica la expropiación como motivo de nulidad del acuerdo de fijación del justiprecio y la controversia se ha limitado a discrepar sobre el importe del mismo. Debiendo esta Sala dictar sentencia de conformidad con*

las pretensiones de las partes y sin que sea posible modificar las mismas, el pronunciamiento que debemos hacer debe ir referido a la procedencia o no en Derecho del justiprecio determinado por el órgano de valoración, sin ninguna otra consideración y sin perjuicio de la virtualidad que pudiera tener en el pago del mismo la declaración de nulidad del título habilitante de la expropiación y la circunstancia de que hubiera podido tener lugar la ocupación del bien expropiado sin soporte legal alguno.

Sobre la base de lo expuesto en el fundamento anterior, la Comisión Provincial de Valoraciones distingue entre el valor del suelo y el de la edificación, aplicando los criterios establecidos en la Ley 6/1998, de 13 de abril. Respecto del suelo y dado que se trata de un suelo urbano sin urbanización consolidada, con sujeción a lo establecido en el art. 28.2 de la Ley 6/98 fija el justiprecio aplicando al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido, el valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastrales.

La demandante, por el contrario, considera que ha aplicarse el método residual para la determinación del valor del suelo al entender que han perdido vigencia las ponencias de valores para el municipio de Sanlúcar de Barrameda puesto que anualmente, y a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la Administración Autonómica ha venido actualizando dichos valores.

La Ponencia de valores catastrales de municipio de Sanlúcar de Barrameda se aprobaron en el año 1998, entrando en vigor en el año 1999, por lo que a la fecha de valoración del bien expropiado, no habrían transcurrido los diez años a que se refiere el art. 28.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario como de pérdida de vigencia y sin que se hayan advertido modificaciones sustanciales en el planeamiento que impliquen tácitamente dicha pérdida de vigencia y tampoco cabe considerar que la misma hubiera tenido lugar como consecuencia del incremento que a efectos impositivos hubiera llevado a cabo la Administración autonómica, pues tal circunstancia no implica su alejamiento sustancial del valor de mercado. Por otro lado indicar que respecto a la discrepancia sobre la superficie expropiada (147,78 m<sup>2</sup> según la Administración expropiante y 152,56 m<sup>2</sup> según la expropiada), la propia Comisión de Valoraciones justifica la aceptación de la primera de estas cifras, a falta de prueba precisa en contrario y por encontrarse dentro del margen de tolerancia, de un 5% de error,

en el levantamiento de planos de parcelas respecto del fijado a efectos catastrales.

Nada opone la demandante respecto del valor de la edificación fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones por lo que hemos de aceptar el señalado por dicho órgano. Donde si discrepa la recurrente es en el hecho de que no se hayan valorado otros conceptos tales como los de acondicionamiento de un nuevo local en el que desarrollar la actividad de bar, la indemnización por pérdida de beneficios durante el traslado, la pérdida de clientela derivada de la nueva ubicación y paralización de la actividad y los costes financieros inherentes al traslado de industria, cifrando todos ellos en 72.292,65 €.

El motivo esgrimido por la Comisión de Valoraciones para no establecer indemnización alguna por estos conceptos es su falta de acreditación. Dicho argumento estimamos que es correcto respecto a costes como el pérdida de beneficios, lucro cesante o costes financieros, pues nada se acredita al respecto e incluso respecto del traslado e instalación de la maquinaria para la elaboración de mosto dado el precario estado de conservación de la misma. Sin embargo, tal y como se recoge en el informe pericial resultado de la prueba practicada en el proceso, en cualquier caso sí existe un coste de transporte del utillaje, maquinaria y mobiliario que el perito valora en 3.518,88 € y que debe formar parte el justiprecio, incrementando éste en dicha cantidad respecto de lo fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones.

*(St. de 24 de diciembre de 2012. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García).*



# CRÓNICA PARLAMENTARIA



## Crónica Parlamentaria

### **La tramitación parlamentaria del decreto-ley 6/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda**

Probablemente ninguna otra medida adoptada por el Ejecutivo andaluz en el año 2013 ha tenido mayor repercusión pública que la aprobación del Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Norma que, en lo esencial, viene a modificar la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, pero que, concebida en una coyuntura bien diferente, parte de una filosofía mucho más ambiciosa que la que inspiró a aquélla. De hecho, el impacto de este Decreto-ley no solo desbordó las fronteras regionales para alcanzar al conjunto del Estado, sino que su incidencia incluso se hizo notar a escala de la Unión Europea, dado el temor de que la misma pudiera tener efectos negativos en un sector bancario cuya supervivencia depende del apoyo financiero europeo. Efectivamente; en respuesta al requerimiento efectuado por el Gobierno central a Bruselas para que se pronunciase sobre el Decreto-Ley, la Comisión Europea alertó de que temía una “caída en el valor de los activos inmobiliarios”, de tal suerte que la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb; en román paladino: *banco malo*) tendría muchas dificultades para cumplir con su mandato de vender los activos recibidos. Así pues, de acuerdo con el razonamiento de la Comisión, el Decreto-Ley podría generar que se incrementasen las dudas sobre el mercado inmobiliario español, lo que obstaculizaría la culminación del proceso de reforma del sector financiero, provocaría subidas en la prima de riesgo y, en última instancia, terminaría afectando negativamente al conjunto de la economía.

Pero ya antes de que se hiciera pública esta valoración de las instituciones europeas el impacto mediático de la norma que nos ocupa estaba absolutamente justificado: uno de los principales problemas sociales a resolver en esta dura etapa de larga y profunda crisis económica es el de los desahucios. Y el Gobierno andaluz no ha regateado esfuerzos a fin de hacer frente a esta lacra.

De hecho, durante el debate en el Pleno sobre la convalidación del Decreto-Ley, el principal miembro del Ejecutivo impulsor de la medida, a saber, la Consejera de Fomento y Vivienda, Sra. Cortés Jiménez, subrayó la centralidad de la misma en el marco del programa del gobierno de coalición: “Desde que Izquierda Unida es Gobierno andaluz, explicamos que esto suponía un cambio en las políticas que hasta ese momento se habían puesto en práctica y que era un objetivo innegociable en la lucha contra los desahucios. Dichos cambios están recogidos en el acuerdo de Gobierno que tanto Izquierda Unida como el Partido Socialista Obrero Español suscribieron y que dieron paso a la formación de este Gobierno andaluz”<sup>1</sup>. Y, obviamente, en su intervención destacó las radicalmente diferentes perspectivas desde la que partían la Junta de Andalucía y el Gobierno nacional en punto a la cuestión capital de la vivienda: “Ambos... gobiernan en un contexto de crisis económica, una crisis-estafa que dura ya más de seis años y que está teniendo consecuencias devastadoras para la mayoría social, por mor de las recetas que la Troika está imponiendo; a saber: reforma de la Constitución para que antes que nada cobre la banca europea, ayudas públicas a la banca, y son ya 274.927 millones de euros, en ayudas de varios tipos (...) Y, señorías, en lo concerniente a la vivienda, la mayoría del Congreso de los Diputados y el Gobierno central han optado por: la constitución del Banco Malo, que contiene activos tóxicos de la banca, esto es, suelo y vivienda, casa sin gente, en definitiva. Su objetivo es sanear los balances de las entidades financieras y mantener artificialmente el precio de la vivienda, al tiempo que preparan la segunda burbuja inmobiliaria”.

El Decreto-ley se presenta, pues, por su principal impulsor en el seno del Ejecutivo, como un instrumento central en el programa de gobierno de la coalición. Pero toda empresa ambiciosa tiene sus riesgos; y esta no es desde luego una excepción. Con independencia de la seria advertencia formulada desde Bruselas –que no corresponde a esta sección comentar– de que España está obligada a “hacer honor a los compromisos contraídos” para la puesta en marcha del Memorándum de Entendimiento de ayuda a la banca (100.000 millones de euros disponibles para recapitalizar al sector, de los que se han utilizado 41.300 millones); salta a la vista que esta decisión entrañaba también sus riesgos desde el punto de vista del ordenamiento interno: elegir el Decreto-Ley como la vía jurídica para articular las potentes medidas pergeñadas por el Ejecutivo conlleva ciertas dosis de osadía. Pero vayamos por partes.

---

<sup>1</sup> *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, IX Legislatura, núm. 38, 8 de mayo de 2013, pág. 32.

Ciñéndonos a los más relevantes aspectos del Decreto-Ley, debemos comenzar mencionando que uno de sus principales objetivos es combatir el elevado número de viviendas desocupadas existente en nuestra Comunidad Autónoma. Como apuntaría la Sra. Cortés Jiménez, Consejera de Fomento y Vivienda, en el Pleno del Parlamento con motivo de la convalidación del Decreto-Ley, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, el montante de viviendas deshabitadas en Andalucía roza las seiscientos cuarenta mil. Y buena parte de sus disposiciones gira en torno a la finalidad de que aquellas sean destinadas al uso natural para el que fueron concebidas: “Siendo... finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo, bajo el que las personas puedan desarrollarse con normalidad dentro de la sociedad, su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social” [Exposición de Motivos (I)]. Y una vez constatado que “la intervención de las Administraciones Públicas competentes mediante el incremento del parque público de viviendas no puede satisfacer, por sí misma, las necesidades habitacionales de toda la población, máxime en un estado de crisis presupuestaria y financiera como las que nos envuelve, (...) deben dirigirse los esfuerzos hacia el efectivo cumplimiento de la función social de la propiedad promovida por particulares” (*ibídem*).

Desplazada, así, buena parte de la “solución habitacional” al sector privado, el siguiente paso en el proceso lógico que articula el Decreto-Ley consiste en distribuir la “carga habitacional” dentro de dicho sector. Y aquí se establece una nítida —y razonable— distinción entre personas físicas y jurídicas: “Entre las distintas formas de desocupación de viviendas, merece un mayor reproche la del conjunto de viviendas que son propiedad en sus diferentes formas de personas jurídicas, en especial entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria y entidades inmobiliarias siendo, además, supuesto de importancia cuantitativa. La notoriedad de la utilización de viviendas como bien de inversión que se predica en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas, sustancia junto a otros de índole económica y social un elemento diferenciador que cualifica el incumplimiento por las personas jurídicas titulares del deber de dar efectivo destino habitacional a las viviendas” (*ibídem*). Esta distinción entre viviendas propiedad de personas físicas y de personas jurídicas tendrá una nítida proyección en la diferente naturaleza, intensidad y alcance de las medidas aplicables en uno y otro supuesto a fin de lograr la ocupación de las viviendas: si la actuación pública en el primero se concentra en una actuación de fomento, en el caso de las personas jurídicas entra en juego la potestad

sancionadora de la Junta de Andalucía<sup>2</sup>. Pero esto precisa una mayor aclaración.

De entrada, es preciso acotar con precisión el concepto de “vivienda deshabitada” a los efectos de la aplicación de las medidas –algunas severas– previstas en el Decreto-ley. Y a esta tarea se encomienda el nuevo art. 25 de la Ley 1/2010, en cuyo segunda apartado se apunta una definición genérica de esta categoría: “Se presumirá que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación. A estos efectos, se entenderá como último día de efectiva habitación el que ponga fin a, al menos, seis meses consecutivos de uso habitacional. Para las viviendas que no hayan sido nunca habitadas, dicho plazo comenzará a computarse desde que el estado de ejecución de las mismas permita solicitar las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o, si estas se han otorgado, desde la notificación de su otorgamiento”. Y el art. 25.3 da un paso más en la delimitación del concepto de vivienda desocupada: “Se presumirá que la vivienda no está habitada cuando la misma no cuente con contrato de suministro de agua o de electricidad o presente nulo o escaso consumo de suministros, calculados con base en la medida habitual de consumo por vivienda y por año. Dichos valores serán facilitados por las compañías suministradoras que presten servicio en el municipio, si bien, en defecto de información más específica, podrá considerarse como deshabitada aquella vivienda en la cual los consumos de agua y electricidad sean inferiores a los establecidos en el Anexo de esta Ley, que podrá ser modificado reglamentariamente”. El régimen se completa con la fijación de un listado de vi-

---

<sup>2</sup> De acuerdo con la Exposición de Motivos, el hecho de que las personas jurídicas ostenten viviendas como bien de inversión, junto a otras motivaciones económicas y sociales, “justifica que este Decreto-Ley articule una acción pública de policía dirigida a estas viviendas desocupadas; pero junto a lo anterior habrá de tenerse en cuenta que con esta norma se estructura un procedimiento de inspección fundamentado en la técnica de la planificación, que debe producir de forma inmediata una respuesta eficaz en defensa del bien jurídico protegido, siendo el conjunto de viviendas desocupadas de titularidad de personas jurídicas objeto prioritario de la actuación inspectora que asegura la mayor eficiencia de la misma”. E insistirá más adelante la Exposición de Motivos: “Este Decreto-Ley supone un compendio de iniciativas de actuación sobre la vivienda deshabitada, reformando y adecuando las herramientas normativas de que se dispone en el marco competencial de la Comunidad Autónoma, para que, desde la política incentivadora y de fomento, cuya limitación a las personas físicas trae causa del alcance necesariamente limitado de los recursos disponibles para esta finalidad y para lograr su mayor eficiencia, en primer lugar, y posteriormente desde medidas coercitivas, sancionadoras, se potencie el acceso a la vivienda desde el arrendamiento, dirigidas, fundamentalmente, a quienes no pueden mantener su vivienda por una situación de mayor endeudamiento sobrevenido”.

viendas que quedan excluidas de la categoría, aunque fueran reconducibles a los dos grandes supuestos genéricos referidos; casos de exclusión entre los que descuellan “las viviendas de las personas físicas cuyo uso exclusivo sea el de esparcimiento o recreo” [art. 25.4 b)]<sup>3</sup>.

La piedra angular sobre la que se construyen y fundamentan las principales medidas pergeñadas por el Ejecutivo autonómico para poner fin al elevado número de viviendas deshabitadas es operar en la acotación del alcance mismo del derecho de propiedad. Así se admite de forma abierta y sin ambages, e incluso se reitera con cierta complacencia, en el propio Decreto-ley 6/2003: “El artículo 33 de la Constitución –se afirma en su Exposición de Motivos– consagra el derecho a la propiedad privada, estableciendo que se trata de un derecho cuyo contenido viene delimitado por su ‘función social’, que es básica para la generalización de los derechos sociales. La Constitución no tutela, por tanto, usos ‘antisociales’ del derecho de propiedad. [...] La función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiendo que la fijación de dicho contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales. La función social de la vivienda, en suma, no es un límite externo a su definición o a su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social, por tanto, componen de forma inseparable el contenido del derecho de propiedad. [...] Con este Decreto-ley se da un paso hacia adelante en la definición de la función social de la propiedad de la vivienda y se contribuye a señalar las consecuencias del incumplimiento de dicha función”.

Y el articulado del Decreto-ley no defrauda las altas expectativas despertadas tras la lectura de la Exposición de Motivos. La nueva redacción que se da al apartado tercero del artículo 1 de la Ley 1/2010 no puede ser más esclarecedor al respecto: “Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y

---

<sup>3</sup> A las que habría que añadir: “a) Las edificaciones destinadas a un uso regulado en la legislación turística siempre que cuenten con las correspondientes licencias urbanísticas y de apertura, además de los requisitos exigidos por la legislación vigente en materia de turismo... c) Las viviendas que sean usadas de forma efectiva mediante su arrendamiento como fincas urbanas celebrado por temporadas, sea ésta de verano o cualquier otra y el celebrado para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, siempre que cuenten con los requisitos legales para su ejercicio, y tengan, al menos, una ocupación no inferior a treinta días en un año”.

rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así se establezca el planeamiento y la legislación urbanística”. Y es sobre esta nueva delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad sobre la que puede asentarse la legitimidad de las sanciones previstas en caso de incumplimiento de su –ahora renovada– función social. En especial, la sanción –solo prevista para los titulares que sean personas jurídicas<sup>4</sup>– del nuevo art. 53.1 a) de la Ley 1/2010, tipificada como muy grave: “No dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en el artículo 25, siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica, bien en régimen de pleno dominio, bien como titular de una participación mayoritaria en un condominio sobre la misma. Igual determinación rige para las sociedades irregulares”.

Admitida, pues, la voluntad del Decreto-ley de operar constitutivamente en la propia configuración del contenido del derecho de propiedad, la pregunta que cae por su propio peso es la siguiente: ¿en qué medida no está vedada a esta fuente del Derecho autonómica intervenir en la propia delimitación del contenido de uno de los derechos garantizados en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución? En línea de principio, la regulación que de esta figura hace el Estatuto no incluye expresamente esta materia entre sus restricciones. Y es que, aunque en general la redacción del art. 110 EAA es claramente deudora de la propia regulación constitucional, obviamente la circunscribe al ámbito autonómico y, por ende, no se proyecta en iguales términos a la esfera de los derechos: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Consejo de Gobierno podrá dictar medidas legislativas provisionales en forma de Decretos-leyes, que no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía. No podrán aprobarse por decreto-ley los presupuestos de Andalucía”.

¿Debe entenderse que los límites materiales de la figura del Decreto-ley autonómico se circunscriben a los mencionados en el Estatuto, siendo resistente a los que el art. 86.1 CE vincula solo expresamente con el Ejecutivo nacional? Parece evidente que cualquier jurista que se incline por una respuesta afirmativa debería con extraordinaria y urgente necesidad emprender la tarea de recuperación del sentido común<sup>5</sup>. Como atinadamente afirmó el Ejecutivo andaluz prácticamente la primera vez que tuvo ocasión de llevar a efecto lo previsto en el art. 110.1 del nuevo Estatuto, también se halla sometido a tales res-

---

<sup>4</sup> El art. 25.5 ya disponía sobre el particular: “Las viviendas deshabitadas de titularidad de personas físicas no serán objeto del ejercicio de la potestad sancionadora, en los términos establecidos en el artículo 53.1 a)”.



tricciones: “Adopta la redacción de este apartado una configuración similar a la definida en el artículo 86.1 de la Constitución. Por un lado, se exige un presupuesto de hecho habilitante... y, por otro, se limita la aplicación del decreto-ley, en el sentido de que están vedados para este cauce de normación determinados ámbitos materiales... Esta similar configuración determina que sea de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en múltiples Sentencias, tanto por lo que respecta al presupuesto de hecho habilitante como en lo que hace referencia a la designación de los límites materiales del decreto-ley” (Exposición de Motivos del Decreto-ley 1/2008, de 3 de junio, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía).

En suma, carecería de toda lógica que el Ejecutivo autonómico pudiera hacer aquello que está prohibido al Ejecutivo central, que es precisamente quien está competencialmente llamado, en primera instancia, a regular los derechos de la Sección Segunda del Título I de la Constitución. O para decirlo con palabras que tomo prestadas: “De alguna manera, el art. 86, además de un límite frente al decreto-ley estatal, formula un principio general aplicable a toda la legislación de urgencia, a la cual quedaría vedada la regulación de los elementos esenciales de los derechos fundamentales. Idea ésta que cuadra perfectamente con la comprensión del estatuyente, que también veda al decreto-ley autonómico la intervención sobre los derechos estatutarios”<sup>6</sup>.

Así pues, inevitable es concluir afirmando que los decretos-leyes que apruebe la Junta de Andalucía no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, incluyendo, pues, al derecho de propiedad. Pero: ¿realmente el Decreto-ley “afecta” al derecho de propiedad? El examen de la jurisprudencia constitucional recaída sobre este concreto límite material *ex art. 86.1 CE* se hace de todo punto obligada. Pues bien, la doctrina que se ha mantenido ininterrumpidamente desde que se fijó en la STC 111/1983 es que dicha cláusula restrictiva no permite que “por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni de pie para que por Decreto-ley se vaya contra el contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos” (FJ 8º). La ordenación del con-

---

<sup>5</sup> De acuerdo con los términos empleador por Miguel Azpitarte: “Formalmente, podría sostenerse que el decreto-ley autonómico estaría en condiciones de ‘afectar’ ciertos derechos fundamentales, algo indisponible para el decreto-ley estatal. Sin embargo, me atrevo a afirmar que una conclusión de este tipo choca contra el sentido común” (Comentario al art. 110 EAA, en Cruz Villalón/Medina Guerrero, *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tomo III, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012 § 32).

<sup>6</sup> Miguel Azpitarte Sánchez, comentario al art. 110 en Cruz Villalón/Medina Guerrero, *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tomo III, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012 § 32.

tenido o de los elementos esenciales del derecho de propiedad queda, pues, extramuros del ejercicio constitucionalmente legítimo de la legislación de urgencia por parte de los Ejecutivos. En suma, desde esta perspectiva, es francamente difícil sostener la constitucionalidad del Decreto-ley 6/2013, que de forma explícita reitera su vocación de definir el contenido esencial del derecho de propiedad.

Las restantes decisiones claves incorporadas al Decreto-ley, aun cuando puedan debatirse desde el punto de vista de su conveniencia, utilidad, oportunidad política o, incluso, la bondad de la técnica legislativa empleada, no parecen tan cuestionables en el plano estrictamente jurídico. Tal es el caso de la regulación contenida en la Disposición adicional segunda, que declara de interés social a efectos de expropiación forzosa la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social. Más concretamente, se trata de proteger a personas “incurtas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria”, contemplándose la “expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente” (primer apartado de la citada Disposición adicional segunda). Por lo que hace a su ámbito de aplicación material, se circunscribe “a las viviendas incurtas en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal” (apartado segundo). Y en lo concerniente a la delimitación de los posibles beneficiarios, el Decreto-ley les exige los siguientes requisitos: a) tener su residencia habitual y permanente en la vivienda en cuestión, ser su única vivienda en propiedad y no poseer ningún miembro de la unidad familiar que conviva en la vivienda la titularidad de ninguna otra; b) tener la condición inicial de propietarios y deudores hipotecarios; c) que el lanzamiento pueda generar una situación de emergencia o exclusión social; d) que se cumplan determinados requisitos de orden económico, entre los que descuellan que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea consecuencia del impago de un préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda, y que el conjunto de ingresos de la unidad familiar no supere el 3 del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (apartado tercero). Naturalmente, las expectativas que abre esta Disposición adicional segunda tienen como límite inesquivable la realidad económica: “En todo caso, lo establecido en esta disposición estará en función de las disponibilidades presupuestarias” (apartado decimocuarto).

Otro de los aspectos destacables del Decreto-Ley (véase su art. 2.3) es que incorpora una nueva Disposición adicional séptima a la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y de suelo, en cuya virtud se impone a las entidades financieras el deber de informar en materia de viviendas protegidas. Más concretamente, la nueva disposición adicional prevé que, en el plazo de un mes desde su entrada en vigor, las entidades financieras estarán obligadas “a comunicar a la Consejería competente en materia de vivienda un inventario de las viviendas protegidas que integren su balance radicadas en la Comunidad Autónoma, con indicación de su ubicación, precio y fecha de adquisición y situación administrativa”. El objetivo central de esta disposición es hacer frente al hecho de que miles de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública están actualmente en manos de las entidades bancarias; situación sobre la que ya mostró su preocupación el Informe del Defensor del Pueblo que se sometió al Pleno el mismo día en que se sustanció la convalidación del Decreto-Ley que nos ocupa. Pues, en efecto, como reflejó el Defensor del Pueblo en dicho informe, en estos casos “al drama ya provocado en su día con motivo del desahucio o la entrega voluntaria por parte de los propietarios, que no podían afrontar el pago del crédito, se unía la incongruencia, en términos sociales, de que las viviendas que fueron construidas para dar respuesta a los sectores de la población que no podían satisfacer el derecho constitucional contemplado en el artículo 47 de la Constitución Española, permanecen durante mucho tiempo como un activo inmobiliario de las entidades financieras, incumpliendo así la función social que justificó su construcción”.<sup>7</sup>

Llegados a este punto, procede detenerse en la tramitación parlamentaria del Decreto-ley 6/2013. Pues bien, ha de dejarse constancia de que el Pleno del Parlamento, en lugar de optar sin más por su pura convalidación, prefirió acordar su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, tal y como permite hacer el art. 110.2 del Estatuto: “Los decretos-leyes quedarán derogados si en el plazo improrrogable de treinta días subsiguientes a su promulgación no son convalidados expresamente por el Parlamento tras un debate y votación de totalidad. Durante el plazo establecido en este apartado el Parlamento podrá acordar la tramitación de los decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”. En efecto, el Pleno del Parlamento apoyó su convalidación por 56 votos a favor y ninguno en contra (47 abstenciones); y acto seguido acordó su tramitación como proyecto de ley por

---

<sup>7</sup> Véase la intervención de la Consejera de Fomento y Vivienda, Sra. Cortés Jiménez, en la sesión plenaria del 8 de mayo de 2013 (*Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, IX Legislatura, núm. 38, págs. 34-35).

unanimidad de los miembros presentes en la Cámara (103 votos a favor, ningún voto en contra, ninguna abstención).

Como es bien sabido, la elección de una u otra vía dista mucho de ser una decisión intrascendente: Si la primera –a saber, la convalidación por el Parlamento– conduce únicamente a que el Decreto-ley pierda la nota de provisionalidad que caracteriza por naturaleza a estos productos normativos elaborados por el Ejecutivo, incorporándose en consecuencia con vocación de permanencia al ordenamiento jurídico; la determinación de proseguir su tramitación, una vez convalidado, como proyecto de ley supone que aquél será finalmente sustituido por una Ley, a la que obviamente no serán de aplicación las restricciones materiales que el art. 110.1 del Estatuto fija en relación con la figura del Decreto-Ley. De otra parte, mientras que la sola convalidación parlamentaria supone que la norma que termina incorporándose definitivamente al ordenamiento jurídico es *idéntica* a la que aprobó el Consejo de Gobierno; decidir su tramitación como proyecto de ley entraña obviamente que, como todo proyecto o proposición de ley, pueda sufrir alguna modificación a su paso por el Parlamento.

No parece, sin embargo, dada la centralidad que ocupa en toda la arquitectura del Decreto-ley, que vaya a modificarse la configuración que hace del contenido del derecho de propiedad. Por consiguiente, la futura Ley que vendrá a derogar y sustituir en el ordenamiento jurídico al Decreto-ley 6/2013 mantendrá esta regulación esencial; regulación que, obviamente, será impecable en cuanto inserta en una Ley formal del Parlamento, ya que al mismo lógicamente no se extienden las restricciones del art. 86.1 CE. ¿Servirá esta conversión en Ley para subsanar los vicios de inconstitucionalidad que tenía en cuanto Decreto-ley?

Sin duda ninguna, este interrogante encierra la cuestión más compleja que plantea esta singular fuente del Derecho, a saber, precisar qué relación existe entre el decreto-ley inicial y la ley que lo sustituye, particularmente si cabe atribuir a ésta eficacia retroactiva y, en consecuencia, legitimar los efectos que produjeron sus mismos preceptos cuando no eran “más” que legislación de urgencia obra del Ejecutivo. Complejidad que ya se hizo patente en la STC 111/1983, según se puso de manifiesto en la formulación de un voto particular suscrito por varios magistrados, y que en buena medida aún no ha recibido un tratamiento absolutamente perfilado en la jurisprudencia constitucional. Pues bien, como razonó Ignacio de Otto con su agudeza habitual, dos son esencialmente las posiciones dogmáticas de las que cabe partir para elucidar la cuestión. Si se considera que el decreto-ley y la ley que la sustituye son dos nor-

mas distintas, que cuentan con sustantividad propia, la relación entre ellas se rige estrictamente con base en el criterio temporal y, por ende, el decreto-ley sencillamente queda derogado desde la aprobación de la ley. Y, en consonancia con esta eficacia derogatoria, ésta solo genera efectos *pro futuro*, de tal suerte que la ley no tiene ningún efecto sanatorio de los posibles vicios de inconstitucionalidad de que adolecía el decreto-ley. Por el contrario, si se parte de la idea de que el decreto-ley (en cuanto “proyecto” de ley) y la ley definitivamente aprobada son dos momentos de la misma norma, las consecuencias varían ostensiblemente: en esta hipótesis, cabría sostener la eficacia retroactiva de ésta y, con ella, admitir su eficacia sanatoria de los preceptos del decreto-ley reputados inconstitucionales por contradecir lo dispuesto en el art. 86.1 CE<sup>8</sup>. Como a nadie se le oculta, esta última tesis de la retroactividad conlleva el riesgo de hacer ilusorios los límites del art. 86.1 CE, toda vez que impediría al Tribunal Constitucional examinar si el Ejecutivo se atuvo, o no, a los mismos en el momento del dictado del correspondiente decreto-ley.

Quizá precisamente por esta razón la posición que parece haber arraigado en la jurisprudencia en los últimos años es la de potenciar al máximo las posibilidades de control que corresponde desempeñar al juez constitucional. Línea doctrinal que ha quedado perfectamente sintetizada en el fundamento jurídico cuarto de la STC 1/2012:

“Constituye reiterada doctrina constitucional, recordada por la citada STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 4 (con cita de la STC 155/2005, de 9 de junio, en su FJ 2) que “es algo fuera de duda” que “el control del Decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la Ley, siguiendo lo que dispone el art. 86.3”, pues el interés constitucional “de ajustar el uso del instrumento del Decreto-ley al marco del art. 86.1 ...no puede considerarse satisfecho por la derivación del Decreto-ley hacia el cauce del art. 86.3”, ya que si bien “pudiera ...pensarse que una eficacia retroactiva de la Ley que diera cobijo a los efectos producidos por el Decreto-ley puede privar de sentido a la impugnación dirigida ... al Decreto-ley, ... esto no es así, pues ... velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes, dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del art. 86.3 (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 3; en el mismo sentido, más recientemente, STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 1)”. Insistiendo en esta línea, hemos afirmado también que “la Constitución únicamente admite la legislación de urgencia bajo condiciones cuya inobservancia

---

<sup>8</sup> Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1988, págs. 206-209.

constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad, sin que los efectos derogatorios de la legislación sobrevenida o los convalidantes de la asunción del Decreto-ley por el Congreso de los Diputados puedan corregir un defecto que ha de concebirse como necesariamente insubsanable, pues, en otro caso, los límites del art. 86 CE sólo serían operativos en el tiempo que media entre el Decreto-ley y su convalidación o su conversión en ley, esto es, en un tiempo en el que este Tribunal nunca podrá materialmente pronunciarse” (STC 155/2005, de 9 de junio, FJ 2”).

En atención a cuanto se lleva dicho, parece evidente que parte de las decisiones que puedan adoptarse en aplicación del Decreto-ley 6/2013 hasta el momento de su derogación por la Ley que venga a sustituirlo, estarán lastradas por elevadas dosis de inseguridad jurídica.

Manuel Medina Guerrero

# DOCUMENTOS Y CRÓNICAS





# Los Consejos de Justicia Autonómicos. El Consejo de Justicia Andaluz

*Miguel Ángel Pareja Vallejo*

Magistrado, Doctor en Derecho y  
Máster en Derecho Autonómico y Local.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DE LOS CONSEJOS DE JUSTICIA AUTONÓMICOS. III. EL CONSEJO DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA. 1. Introducción. 2. Regulación Estatutaria. 3. Naturaleza jurídica. 4. El Gobierno del Poder Judicial en la Constitución. 5. Posición del Tribunal Constitucional sobre el Consejo de Justicia de Cataluña. 6. El caso andaluz. 7. Propuestas. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar los Consejos de Justicia autonómicos y, en particular, el Consejo de Justicia de Andalucía. Por último, el autor ofrece una serie de propuestas para una mejor integración entre el Poder Judicial y las Comunidades Autónomas.

Palabras clave: Poder Judicial, Comunidades Autónomas, Consejos de Justicia autonómicos.

## ABSTRACT

The aim of this work is to analyse the Regional Justice Councils and, in particular, the Justice Council of Andalucía. Finally the author delivers a series of proposals for a better integration between the Judiciary and the regional governments.

Key words: Judiciary, "Autonomous Regions", Regional Justice Councils.

## I. INTRODUCCIÓN

Los Estatutos de Autonomía de nueva generación han creado los Consejos de Justicia autonómicos, siendo el primero de ellos el Estatuto de Autonomía de la

Comunidad Valenciana, modificado mediante Ley Orgánica 1/2006 de 10 de abril, que dedica el Capítulo V del Título III a la Administración de Justicia, estableciendo su artículo 33.3 que “se crea el Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana. Una Ley de Les Corts determinará su estructura, composición, nombramiento y funciones dentro del ámbito de las competencias de la Generalitat en materia de administración de justicia en los términos que establece el presente Estatuto y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

El siguiente Estatuto de Autonomía en crear un Consejo de Justicia Autónomo ha sido el Catalán, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que se refiere en su Título III al Poder Judicial en Cataluña, preceptuando, en su redacción original, el artículo 97, que “el Consejo de Justicia de Cataluña es el órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña. Actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las competencias de este último, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

A ellos les han seguido otros, como son el Estatuto balear (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears, que dedica el Título VI al Poder Judicial, cuyo artículo 96 establece que “se crea el Consejo de Justicia de las Illes Balears. Una Ley del Parlamento de las Illes Balears determinará su estructura, composición, nombramientos y funciones en el ámbito de las competencias de las Illes Balears en materia de administración de justicia en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial.”), el Estatuto andaluz (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que se refiere en su Título V al Poder Judicial en Andalucía, cuyo artículo 144, que lo define como “el órgano de gobierno de la Administración de Justicia en Andalucía, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”), el Estatuto aragonés (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que dedica el Capítulo I del Título IV al Poder Judicial, cuyo artículo 64 “crea el Consejo de Justicia de Aragón. Una Ley de las Cortes de Aragón determinará su estructura, composición, nombramientos y funciones dentro del ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de Administración de Justicia en los términos que establece el presente Estatuto y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”), el Estatuto castellano leonés (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que se refiere en el capítulo V del Título II al Poder Judicial y si bien este Estatuto no llega a crearlo sino que prevé su posible creación al establecer su artículo 42 que “mediante ley de las Cortes de Castilla y León se podrá crear el Consejo de Jus-

ticia de Castilla y León y establecer su estructura, composición y funciones dentro del ámbito de competencias de la Comunidad y de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal.”), habiendo sido el último el Estatuto extremeño (Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que dedica su Título III al Poder Judicial en Extremadura, cuyo artículo 52 crea el Consejo de Justicia de Extremadura como “el órgano de participación institucional de la Comunidad Autónoma en el gobierno y la administración de la justicia en la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial.”).

Ahora bien, el debate sobre la creación de los Consejos de Justicia no es nuevo, como no lo es tampoco la posibilidad de crear órganos de gobierno del Poder Judicial externos y de base territorial, al margen o diferentes de las Salas de Gobierno, habiéndose realizado diferentes propuestas sobre la conveniencia de su introducción en nuestro ordenamiento a nivel político y doctrinal. Por tanto con carácter previo es preciso entrar a enumerar los antecedentes de dichos Consejos.

## II. ANTECEDENTES DE LOS CONSEJOS DE JUSTICIA AUTONÓMICOS

El primer intento de creación se produjo durante la tramitación de la LO 1/1980, de 10 de enero, del CGPJ, donde el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda, la nº 22, al art. 1, en la que solicitaba que “en el ámbito de cada Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Territorial se creará un Consejo Territorial con las competencias establecidas en la presente ley, sin perjuicio de lo que al respecto establezcan los Estatutos de Autonomía”. Dicha enmienda no fue finalmente discutida, sí lo fue la presentada por el Grupo Parlamentario Comunista, en la que solicitaba “la descentralización del gobierno del Poder Judicial que deberá quedar plasmada en los Consejos Territoriales”, y como quiera que el constituyente lo que realmente quiso establecer es un gobierno del Poder Judicial único para todo el Estado, dicha enmienda fue rechazada por amplia mayoría parlamentaria<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En el mismo sentido puede leerse LÓPEZ JIMÉNEZ, J. “Especial referencia a los Consejos Autonómicos de Justicia y su constitucionalidad. El CGPJ: pasado, presente y futuro del órgano de gobierno de la administración de justicia.” *El Derecho Editores, Base de Datos Bibliográfica, Jurisprudencia, Jurisdicción Derecho Administrativo*. Julio 2008.

Aunque no llegó a ser discutido ni tramitado, si podemos encontrar otro antecedente en el texto del Borrador de Anteproyecto de LOPJ redactado por el Ministerio de Justicia durante la V Legislatura (1993/1996), que regulaba un Libro III, bajo la rúbrica “Del gobierno del Poder Judicial en las Comunidades Autónomas” en el que preveían los Consejos de Gobierno del Poder Judicial, configurándose como órganos de gobierno externo.

En noviembre de 1998, a instancias del Grupo Parlamentario Catalán, el Congreso de los Diputados tramitó una Proposición no de ley sobre medidas para afrontar la reforma de la Justicia. En ella, los debates se centraron en aspectos referentes al establecimiento de órganos y mecanismos de cooperación y colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y sus órganos territoriales (con competencia descentralizada o desconcentrada) y las Comunidades Autónomas, no haciéndose referencia alguna a la instauración de este tipo de órganos de gobierno judicial.

Fuera del ámbito parlamentario, el Consejo General del Poder Judicial en el Libro Blanco de la Justicia de 1997<sup>2</sup>, a propósito de “El gobierno de la Administración de Justicia” afirma que los artículos 122 y 149.1.5º de la Constitución, “impiden la existencia de órganos autonómicos del gobierno del Poder Judicial desvinculados o independientes del Consejo General”, aunque “no excluyen que las potestades de gobierno del poder Judicial se ejerzan de forma desconcentrada en aquellas materias que, por referirse al gobierno interno de los jueces y Tribunales puedan asumir las Salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, en todo caso, subordinadas al Consejo General del Poder Judicial.”

La discusión sobre la creación de estos Consejos de Gobierno del Poder Judicial no fue tratada explícitamente en el documento de Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de mayo de 2001. De tal manera que la Conferencia Sectorial de ese año, a propósito de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Justicia, se centraron básicamente en el modelo de oficina judicial, posteriormente reguladas en la LO 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la LOPJ<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> *El libro blanco de la Justicia* aprobado por el Pleno de este Consejo General del Poder Judicial el 8 de septiembre de 1997, p. 147. [http://www.icam.es/web3/docs/ob/libro\\_blanco\\_justicia.pdf](http://www.icam.es/web3/docs/ob/libro_blanco_justicia.pdf) [última visita 24 de noviembre de 2012].

<sup>3</sup> En el mismo sentido puede leerse el Voto Particular formulado por el Vocal del CGPJ LUIS AGUIAR DE LUQUE en relación al Anteproyecto de LO de modificación de la LO 6/1985, de 1 de ju-

Posteriormente, en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de justicia de proximidad y de Consejos de Justicia de diciembre de 2005<sup>4</sup> se regulaban los Consejos de Justicia, configurándolos como órganos colegiados, cuya elección de sus miembros se atribuía a las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas por mayoría de tres quintos, insertados en la estructura del gobierno del Poder Judicial que sustituirían a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y destinados a ejercer, de manera desconcentrada y subordinada al Consejo General del Poder Judicial, las funciones delegadas de gobierno que la propia ley establecía, así como las que los respectivos Estatutos de Autonomía les atribuyesen dentro de su ámbito competencial.

Por lo demás, los Estatutos de Autonomía de nueva generación han creado los denominados “Consejos de Justicia” en los términos recogidos en el epígrafe anterior.

Desde la doctrina también ha sido tratada la conveniencia o no de instaurar los Consejos de Justicia. Así ÁLVAREZ CONDE<sup>5</sup> señalaba que “aunque esta posibilidad [la creación de los Consejos de Justicia autonómicos] puede producirse mediante la reforma de la LOPJ y es reclamada desde diversos sectores doctrinales, creemos que su instauración no debe considerarse con un carácter prioritario, ya que muchas de las competencias que tendrían estos Consejos Autonómicos corresponden hoy día a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, no pareciendo su hipotética existencia resolver ningún problema.”

---

lio, del Poder Judicial en materia de organización de la Administración de Justicia (Consejos de Justicia Autonómicos) y al que se adhieren los Vocales del CGPJ JUAN CARLOS CAMPO MORENO, M<sup>a</sup> ANGELES GARCÍA GARCÍA, FÉLIX PANTOJA GARCÍA y FERNANDO SALINAS MOLINA, así como MONTSERRAT COMAS, quien a su vez formula un voto particular propio y complementario a éste. [http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/VOTO%20PLENO%20loj%20\\_3\\_\\_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/VOTO%20PLENO%20loj%20_3__1.0.0.pdf) [última visita 28 de septiembre de 2012].

<sup>4</sup> Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de justicia de proximidad y Consejos de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de diciembre de 2005 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 71, de 27 de enero de 2006).

<sup>5</sup> ÁLVAREZ CONDE, E. “El ámbito competencial del Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Núm. 16. Septiembre-diciembre 1993, p. 11.

Por su parte REQUERO IBÁÑEZ<sup>6</sup> afirmaba que estos Consejos implicarían “multiplicar por diecisiete el viciado esquema de LOPJ, implicaría llevar la politización del gobierno judicial, no ya a su órgano central, sino a cada una de las regiones, dando lugar a una visión autonomizada de la Justicia, sujeta a los intereses políticos locales de todo signo a la par que implicaría no sólo suprimir el verdadero autogobierno de la Justicia, que es el desempeñado por los órganos de gobierno interno, sino politizar ese mismo ámbito.”

Refiriéndose al Proyecto de LO de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial de diciembre de 2005, al que antes se ha hecho mención, señalaba VEGAS TORRES<sup>7</sup> que “parece previsible que, igual que viene sucediendo con la designación parlamentaria de los vocales del CGPJ, la designación de estos nuevos miembros de los Consejos de Justicia se vea envuelta en polémicas sobre el perfil político de los candidatos, con el daño consiguiente a la imagen de la Justicia.”

A favor de la creación de los Consejos de Justicia Autonómicos, señalaba XIOL RÍOS<sup>8</sup> que “podrían ver la luz como Delegaciones Territoriales del CGPJ, que no vendrían a reemplazar el papel del Consejo General del Poder Judicial pero que contarían con cierta participación en el mismo, dejando la presidencia de dichas Delegaciones al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y quedando relegado al Reglamento la composición de las mismas.”

Para HERNÁNDEZ GÓMEZ<sup>9</sup> “en cualquier caso, y para salir al paso de los detractores de éstos órganos que alegan la descentralización de la Justicia y la pérdida de la Unidad Jurisdiccional, entendemos que son órganos de gobierno de aspectos accesorios de la prestación de la función jurisdiccional, que en nada afectan al ejercicio de la Potestad Jurisdiccional y a la exigible independencia de la que constitucional y legalmente gozan los integrantes del Po-

---

<sup>6</sup> REQUERO IBÁÑEZ, J., “El Gobierno Judicial y el Consejo General del Poder Judicial” *Fundación para el Análisis y Estudios Sociales*. Papeles de la Fundación N° 28, Madrid, 1996. [http://www.fundacionfaes.org/record\\_file/filename/284/00297-00.pdf](http://www.fundacionfaes.org/record_file/filename/284/00297-00.pdf) [última visita 3 de octubre de 2012].

<sup>7</sup> VEGAS TORRES, J., “Consejos de Justicia y Justicia de Proximidad” *Revista De derecho Procesal*, 2006, [http://www.jaimevegas.es/cms/downloads/2006\\_Consejos%20de%20Justicia%20y%20justicia%20de%20proximidad.pdf](http://www.jaimevegas.es/cms/downloads/2006_Consejos%20de%20Justicia%20y%20justicia%20de%20proximidad.pdf) [última visita 3 de octubre de 2012].

<sup>8</sup> XIOL RÍOS, J. “El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho” *Premios Poder Judicial (I)*, CGPJ, 1986, pp. 116 y ss.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. “Estatuto de Autonomía y Administración de Justicia en Canarias” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas* N° 10/1, 2005/06, p. 104.

der Judicial a la hora de ejercitar, de manera exclusiva y excluyente, el mandato constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a través de las resoluciones judiciales.”

Posteriormente, una vez publicado el Estatuto Andaluz, DEL RÍO MUÑOZ<sup>10</sup> escribía que “también es posible estimar, en una crítica de fondo, que la creación de estos órganos no es conveniente por que puede crear disfuncionalidades y diferencias de apreciación e incluso que, económicamente su existencia no se justifica por el incremento de gasto que supondría, lo que se contrapone a las ventajas de que también en el Poder Judicial se refleje la estructura territorial del Estado y los beneficios de una mayor cercanía en la toma de decisiones, pero lo que no cabe duda es de la constitucionalidad de su creación.”

Tampoco le cabe duda de su constitucionalidad a BALLESTER CARDELL<sup>11</sup> para quien, “las regulaciones estatutarias que acabamos de transcribir no plantean problemas propiamente de constitucionalidad y, por consiguiente, son perfectamente incardinables en el modelo constitucional.”

En consecuencia, señala COLOMER HERNÁNDEZ<sup>12</sup> que “la valoración que debe hacerse en su conjunto del sistema de reparto de competencias relativas al gobierno de la Administración de Justicia en Andalucía entre el Consejo andaluz de justicia y el Consejo General del Poder Judicial debe ser positiva. Dado que el propio sistema de reparto se basa en reconocer que las competencias y facultades relativas al gobierno de la justicia corresponden al CGPJ por reserva expresa del artículo 122.2 de la CE, y que las competencias previstas para el Consejo andaluz serán ejercitables de acuerdo a la previsión que sobre ellas contenga la LOPJ. En otras palabras, es la LOPJ la que determina los límites y características que puede llegar a alcanzar el Consejo de Justicia en relación con el ejercicio de una concreta competencia o facultad.”

---

<sup>10</sup> DEL RÍO MUÑOZ, F. “El Poder Judicial y reformas estatutarias. El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía.” *Centro de Estudios Andaluces*. Núm. 22, p. 14.

<sup>11</sup> BALLESTER CARDELL, M., “Las reformas de los Estatutos de Autonomía y el Poder Judicial. La progresiva adaptación de la administración de justicia al estado de las autonomías.” <http://www.acoes.es/pdf/la%20reforma%20de%20los%20estatutos%20de%20autonomia%5B1%5D.def.pdf>, [última vista 30 de septiembre de 2012].

<sup>12</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, I. “El Consejo de Justicia de Andalucía.” En MANUEL JOSÉ TEROL BECERRA *et alii*, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 472.

### III. EL CONSEJO DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

#### 1. Introducción.

La Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía, vigente hasta el 20 de marzo de 2007, dedicaba el Título III a la Administración de Justicia (artículos 47 a 53)<sup>13</sup>, siendo dicha regulación respetuosa con el bloque de constitucionalidad y con las competencias reservadas por la Constitución al Estado, referidas a la Administración de justicia (artículo 149.1.5<sup>a</sup> de la CE) y a la legislación procesal (artículo 149.1.5<sup>a</sup> de la CE), y, es que como señala DEL RÍO MUÑOZ<sup>14</sup> “la verdad es que en materia de Administración de Justicia queda poco margen para su inclusión en un Estatuto de Autonomía. El artículo 149.1.5 C.E. reserva a la competencia estatal la Administración de Justicia a lo que se une la regulación del Poder Judicial en el Título VI, artículos 117 a 127”.

Sin embargo, el Estatuto vigente, dedica el Título V al Poder Judicial en Andalucía, el cual se estructura en tres Capítulos, el Capítulo I dedicado al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (artículos 140 a 143), el Capítulo II regula el Consejo de Justicia de Andalucía y se forma de un solo artículo, el 144, y por último el Capítulo III, el más extenso, se refiere a las competencias de la Junta de Andalucía en materia de Administración de Justicia, artículos 145 a 155.

En este trabajo tan solo vamos a analizar el Capítulo II, no obstante, no puede comprenderse la regulación del Consejo de Justicia Andaluz sin hacer referencia a la regulación efectuada por el Estatuto Catalán, ya que el andaluz va de la mano de éste habiéndose dado a muchos de sus preceptos idéntica o semejante redacción<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Sobre el proceso de construcción de la Comunidad Autónoma y sus instituciones *Vid.* CLAVERO ARÉVALO, M. “Andalucía veinticinco años del Estatuto de Autonomía” *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, Núm. 1, 2003, pp. 23-28.

<sup>14</sup> DEL RÍO MUÑOZ, F., “El Poder Judicial y reformas estatutaria...” *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>15</sup> Así se puede observar de la propia sistemática y contenido del actual Estatuto de Autonomía para Cataluña que ha sido aprobado mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el cual dedica el Título III al Poder Judicial en Cataluña, que se estructura en tres Capítulos, el primero sobre el Tribunal Superior de Justicia y el Fiscal o la Fiscal Superior de Cataluña (artículo 95 y 96), el segundo trata del Consejo de Justicia en Cataluña (artículos 97 a 100) y el tercero, el más extenso, comprende las competencias de la Generalitat sobre Administración de Justicia (artículos 101 a 109).



## 2. Regulación Estatutaria.

Centrándonos el Estatuto Catalán, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su redacción originaria establecía en su artículo 97 que “el Consejo de Justicia de Cataluña es el órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña. Actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las competencias de este último, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

Por tanto nos encontramos ante un órgano que tiene por finalidad desempeñar el gobierno del Poder Judicial en el territorio de Cataluña, afirmándose que actuará como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las competencias de éste y conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo el Estatuto andaluz, en su artículo 144.1, lo define como el órgano de gobierno de la Administración de Justicia en Andalucía, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo primero que llama la atención es que los redactores del Estatuto andaluz definen, en principio, al Consejo de Justicia, de manera diferente a como lo hace el Estatuto de Cataluña, al configurarlo como el órgano de gobierno de la Administración de Justicia en Andalucía, lo que podría entenderse conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>16</sup>, que dicho precepto se refiere al “Gobierno de la Administración de la Administración de Justicia”, o sea a los medios personales y materiales puestos a disposición del Poder Judicial para poder ejercer su función. Sin embargo la naturaleza de un órgano no le viene dada por la denominación que el legislador le dé, si no por las atribuciones concretas que le otorgue la ley. Por tanto habremos de esperar a la exposición de dichas atribuciones para determinar si ambos Consejos gozan de la misma naturaleza.

En cuanto a la composición de dichos Consejos, ambos Estatutos de Autonomía (artículo 99.1 del EAC y 144.2 del EAA), señalan que estarán constituidos por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia que lo presidirá y por los miembros que se nombre, de acuerdo con lo previsto en la Ley

---

<sup>16</sup> Vid. STC 56/1990, de 29 de marzo (BOE de 4 de mayo), Ponente: Díaz Eimil, E., FJ 6º.

Orgánica del Poder Judicial, entre Jueces, Magistrados o juristas de reconocido prestigio, correspondiendo a los Parlamentos autonómicos la designación de los miembros que determine dicha Ley.

Por lo que respecta a las atribuciones de estos Consejos de Justicia, uno y otro Estatuto de Autonomía las regulan en similares términos (artículo 99.2 del EAC y 144.4 del EAA), de tal manera que DEL RÍO MUÑOZ<sup>17</sup> las clasifica en los siguientes grupos:

a) Nombramiento: participar en la designación de la Presidencia del Tribunal, Presidentes de Sala y Presidentes de las Audiencias Provinciales, así como proponer los nombramientos y ceses de jueces y Magistrados incorporados temporalmente en funciones de apoyo o sustitución y la adscripción de los mismos a los órganos que requieran refuerzo.

b) Personal: Instruir expedientes y ejercer funciones disciplinarias.

c) Gobierno: participar en la planificación de la inspección de juzgados y tribunales, ordenar estas y realizar propuestas en este ámbito, así como atender las órdenes de inspección que inste el Gobierno.

d) Asesoramiento: informar los recursos de alzada interpuestos contra los acuerdos de los órganos de gobierno de los tribunales y juzgados e informar de las propuestas de revisión, delimitación y modificación de las demarcaciones territoriales y las propuestas de creación de Secciones y Juzgados.

Asimismo se incluye en ambos supuestos la presentación de una memoria anual a los Parlamentos autonómicos correspondientes sobre el estado y funcionamiento de la Administración de Justicia y las demás funciones que les atribuyan la LOPJ u otras leyes, así como las que les delegue el Consejo General del Poder Judicial.

A su vez podemos distinguir con COLOMER HERNÁNDEZ<sup>18</sup> entre competencias complementarias de las que son de titularidad del CGPJ (las relacionadas en la clasificación anterior en las letras a), c), d) y la presentación de

---

<sup>17</sup> DEL RÍO MUÑOZ, F. "El Poder Judicial y reformas estatutaria..." *Op. Cit.*, p. 14-15.

<sup>18</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, I. "El Consejo de Justicia de Andalucía." En MANUEL JOSÉ TEROL BECERRA *et alii*, *Comentarios al Estatuto...*, *Op. Cit.*, pp. 477-478.

una memoria anual) y de otra parte, las competencias que sustituyen a las del CGPJ (las relacionadas en la letra b) y las que les delegue el Consejo General del Poder Judicial).

Luego vistas las competencias que ambos Estatutos de Autonomía otorgan a sus Consejos de Justicia, entendemos que los dos Consejos gozan de la misma naturaleza jurídica, independientemente de que el Estatuto Catalán lo defina como el “órgano de gobierno del Poder Judicial en Cataluña” y que el andaluz se refiera a él como el “órgano de gobierno de la Administración de Justicia en Andalucía”, ya que el legislador autonómico no se está refiriendo a la “Administración de la Administración de Justicia” sino al Poder Judicial, o sea a la Administración de Justicia en sentido estricto.

### 3. Naturaleza jurídica de los Consejos de Justicia.

A la vista de la regulación estatutaria expuesta cabe preguntarse cual es la naturaleza jurídica de los Consejos de Justicia autonómicos, o sea si nos encontramos ante órganos descentralizados o ante órganos desconcentrados, si nos encontramos ante órganos estatales o autonómicos.

En esta materia la doctrina está dividida, planteándose COLOMER HERNÁNDEZ<sup>19</sup> la cuestión de que es difícil fijar la naturaleza jurídica de los Consejos de Justicia, ya que la regulación estatutaria de los mismos no permite formarse una idea adecuada sobre ello. Sin embargo, para que puedan existir como tales integrados en el Gobierno del Poder Judicial deben estar regulados o previstos en la LOPJ y de esta manera se convertirían en órganos esenciales para la gestión y el gobierno de la Administración de Justicia en los términos que la LOPJ les pueda atribuir si es que llega a hacerlo.

Por tanto, podría pensarse que estos Consejos de justicia se configuran como una desconcentración administrativa de un órgano estatal en el ámbito autonómico, siendo por consiguiente órganos desconcentrados del Consejo General del Poder Judicial.

Otros como GONZÁLEZ PÉREZ<sup>20</sup> los consideran como una manifesta-

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido COLOMER HERNÁNDEZ, I. “El Consejo de Justicia ...”, *Op. Cit.*, pp. 472-473.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Los atentados al modelo de justicia de la Constitución de 1978” en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, Núm. 134, abril/junio 2007.

<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina/constitucional-comunitario/los-atentados-al-modelo-de-justicia-de-la-constitucion-de-1978> [última vista 1 de octubre de 2012].

ción de autonomía política en el ámbito de la Administración de Justicia, conceptuándolos como órganos autonómicos propios de las Comunidades Autónomas y no como órganos desconcentrados del CGPJ.

Por nuestra parte, vista la regulación que se les ha dado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía y por el Estatuto de Autonomía de Cataluña en su original redacción, nos inclinamos por considerarlos como órganos descentralizados y no simplemente desconcentrados del CGPJ, coincidiendo en que se trata de órganos autonómicos y no estatales, pues qué duda cabe que los Estatutos de Autonomía lo que pretenden con los Consejos de Justicia es descentralizar el Poder Judicial al definirlos como órganos de Gobierno del Poder Judicial o de la Administración de Justicia [Administración de Justicia en sentido estricto] en la Comunidad Autónoma.

Así, si bien es cierto que algunas de sus atribuciones son respetuosas con el bloque de constitucionalidad como las contenidas en los apartados f), g), h), i) del artículo 98.2 del Estatuto de Autonomía para Cataluña y las relacionadas en los apartados f), g), h), i) del artículo 144.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (o sea las que consisten en precisar y aplicar, cuando proceda, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, los reglamentos del Consejo General del Poder Judicial. Informar sobre las propuestas de revisión, delimitación y modificación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales y sobre las propuestas de creación de secciones y juzgados. Presentar una memoria anual al Parlamento sobre el estado y el funcionamiento de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma. Todas las funciones que le atribuyan la Ley Orgánica del Poder Judicial y las Leyes del Parlamento, y las que le delegue el Consejo General del Poder Judicial).

No es menos cierto que se les otorgan otras competencias que son típicas de un órgano de gobierno del Poder Judicial como son las contenidas en los apartados a), b), c) d) y e) del artículo 98.2 del EAC y las relacionadas en los apartados a), b), c) d) y e) del artículo 144.4 del EAA (o sea las que consisten en la participación en la designación de presidentes de órganos judiciales, la expedición de nombramientos y ceses de Jueces y Magistrados temporales, funciones disciplinarias sobre Jueces y Magistrados<sup>21</sup>, inspección de Tribunales y infor-

---

<sup>21</sup> Sobre esta materia COLOMER HERNÁNDEZ, I. "El Consejo de Justicia ...", *Op. Cit.*, p. 478, señala que "la competencia para el ejercicio de las funciones disciplinarias constituye una atribución exorbitante a favor del Consejo de Justicia que contradice frontalmente lo dispuesto en el artículo 421 LOPJ que al determinar el órgano competente para la imposición de las diversas sanciones disciplinarias no tiene en consideración a los órganos autonómicos. Por otra parte, la atribución que realiza el Estatuto de An-

mación sobre recursos de alzada contra acuerdos de los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados de la Comunidad Autónoma), ya que estas atribuciones afectan, sin duda, a la función jurisdiccional propiamente dicha y a la ordenación de los elementos consustanciales a la determinación de la garantía de la independencia en su ejercicio.

#### **4. El Gobierno del Poder Judicial en la Constitución.**

A quien solo leyera la constitución le sorprendería la regulación del gobierno del Poder Judicial realizada por los Estatutos de nueva generación y materializada a través de los Consejos de Justicia Autonómicos, ya que si analizamos el Título VI de nuestra Norma Suprema, aunque no mencione expresamente que el Poder Judicial es un Poder único y unitario para todo el Estado, podemos concluir que si lo configura de esa manera.

En primer lugar, hemos de partir del artículo 117.5 de la Constitución que señala que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, que por tanto el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado. Además el Gobierno de ese Poder Judicial también es único y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (artículo 122.2 de la CE).

En segundo lugar, respecto del Tribunal Supremo, es suficientemente claro y contundente el artículo 123.1 al definirlo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

Y en tercer lugar, existe en nuestro ordenamiento una remisión al legislador orgánico, a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en todo lo que se refiera a la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, siendo el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo (artículo 122 CE).

Tampoco, podemos dejar pasar por alto, que la propia noción de los Tribunales Superiores de Justicia avala la concepción constitucional de que el Po-

---

dalucía de competencia para sancionar disciplinariamente a jueces y magistrados a favor del Consejo de Justicia andaluz puede llegar a implicar una lesión de la independencia judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional al posibilitar que el personal jurisdicente pueda verse sometido a sanciones disciplinares impuestas por un órgano no legitimado conforme a la previsión de la LOPJ.”

der Judicial es único para todo el Estado, ya que el propio artículo 152.1 CE señala que un Tribunal Superior de Justicia culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. Con ello, podemos concluir que los Tribunales Superiores de Justicia están dentro de las Comunidades Autónomas pero no son órganos de éstas<sup>22</sup>.

Además, lo afirmado no constituye ninguna anomalía dentro de los Estados compuestos. Así en cuanto a los Estados Regionales de nuestro entorno podemos observar que todos ellos conceptúan la organización del Poder Judicial como unitaria. Tal es el caso de Italia<sup>23</sup> o Reino Unido<sup>24</sup>, donde no existen Tribunales regionales, dependientes de las regiones, sino que su organización judicial culmina en un Tribunal Supremo o de Casación.

Respecto de los Estados Federales, éstos tienden, como señala VIRGALA FORURIA<sup>25</sup>, “a la uniformización de sus entes territoriales y les repelen las diferencias excesivas entre ellos, pues su objetivo no es otro que la construcción de una nación común y no la desmembración de una existente, mientras que en España los máximos promotores de la introducción del federalismo son los paladines de la diferencia y de las soluciones confederales en los que la parte y el todo se relacionan de igual a igual.”

No obstante, si nos fijamos en la organización del Poder Judicial en estos Estados, puede observarse que no siguen un patrón uniforme<sup>26</sup>. En este sentido

---

<sup>22</sup> En el mismo sentido GUZMÁN FLUJA, V. “El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.” En MANUEL JOSÉ TEROL BECERRA *et alii*, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 443.

<sup>23</sup> Sobre el sistema judicial de Italia, resulta interesante la lectura de SAIZ GARITAONANDIA, A., “Otras formas de gobierno en Estados compuesto. Los casos de Italia y los Estados Unidos de América.” *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 83, 2009, pp. 165-166.

<sup>24</sup> Sobre el Derecho Orgánico Judicial es relevante la lectura de AGIRREAZKUENAGA, I., “Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados” *Revista Poder Judicial*, N° 75, 2004, pp. 10-56, donde analiza y compara el autor los sistemas anglosajón (Inglaterra, Australia, Canadá y Estados Unidos) y continental (Alemania, Holanda, Noruega y Finlandia, Francia, Italia, Portugal) y el caso especial e inclasificable de Suiza. Sobre el sistema judicial y la organización judicial en el Reino Unido resulta interesante la visita de [https://e-justice.europa.eu/content\\_ordinary\\_courts-18-uk-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-uk-es.do?member=1) [última visita 20 de agosto de 2012].

<sup>25</sup> VIRGALA FORURIA, E. “El Poder Judicial en las Comunidades Autónomas” *Estudios de Derecho Judicial*. Vol. 90, 2006, p. 406.

<sup>26</sup> En el mismo sentido puede leerse CÁMARA VILLAR, G., *et alii*, *Por una reforma Federal del Estado Autonómico*, Fundación Alfonso Perales, 2012, p. 48, donde señala el autor que “sin embargo, la estructu-

puede decirse que el modelo de poder judicial de Estados Unidos<sup>27</sup> es la excepción al prever la existencia de dos poderes judiciales, el federal y el federado. Pero no podemos dejar pasar por alto que también existen Estados Federales donde el sistema de organización judicial es unitario. Estos Estados son Bélgica<sup>28</sup>, con Tribunales de primera instancia, apelación y casación, o Austria<sup>29</sup>, con Tribunales de Distrito, de primera instancia, apelación y casación.

ración del poder judicial en los Estados federales no sigue un patrón uniforme. La primera posibilidad, y la más habitual en los Estados federales, como Estados Unidos, Canadá y otros países latinoamericanos, como México, consiste efectivamente en prever la existencia de dos poderes judiciales: el federal, llamado a conocer de las causas fundadas en derecho federal, y el federado, responsable del conocimiento de las controversias que dirimen la aplicación del derecho federado. Existen, con todo, Estados federales con un poder judicial unitario, como Austria y Bélgica, donde el poder judicial de la unidad federada conoce de todas las controversias, estén fundadas en derecho federal o en derecho periférico. En otros casos, la primera instancia es servida por tribunales territoriales, con independencia del origen del derecho aplicable, mientras que las instancias superiores corresponden a tribunales de la federación, como ocurre en Alemania, Suiza y Australia.”

Sobre la organización del Poder Judicial en los modelos federales señala BALLARÍN IRIBARREN, J., “Poder judicial y estado compuesto: el caso de los Estados Unidos” en MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, *et alii*, *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 2025, que “la organización del Poder Judicial sigue distintos modelos en los sistemas federales; básicamente puede hablarse de sistemas «duales» y de sistemas «integrados». El modelo «dual» es el propio de los ordenamientos federales americanos (con la excepción del Canadá). En este modelo, existe una estructura judicial federal paralela a la de la Estados miembros, o, en otras palabras, órganos judiciales federales no sólo en la cúspide de la organización jurisdiccional, sino también en sus niveles inferiores o intermedios. Así, en los Estados Unidos existen, además de la Corte Suprema, otros tribunales federales: las district courts, las courts of appeals y varios tribunales federales especializados. En los sistemas «integrados» existen tan sólo órganos judiciales federales superiores, de suerte que, en principio, la aplicación del derecho federal corresponde, en primera instancia, a los órganos judiciales de los Estados miembros. Sentada esta característica común pueden distinguirse dos variantes: a) La integración entre el sistema judicial federal y el estatal (de los Estados miembros) es total cuando los órganos del último se ven sujetos al control del tribunal (o tribunales) federales tanto si aplican derecho federal como si aplican derecho estatal. Este es el caso de los ordenamientos federales de Canadá y Australia. b) La integración es parcial cuando los tribunales estatales se ven sujetos al control de los federales sólo cuando aplican derecho federal. Este es el caso de la República Federal de Alemania y de Suiza. Por último debe hacerse mención de otra posibilidad la organización exclusivamente federal del poder judicial. El artículo 82.1 de la Constitución austriaca establece: «Toda jurisdicción emana de la Federación.»”

<sup>27</sup> Sobre el sistema judicial de Estados Unidos, puede leerse SAIZ GARITONANDIA, A., “Otras formas de gobierno en Estados compuesto...”, *Op. Cit.*, pp. 180-181.

<sup>28</sup> Sobre la organización de los tribunales y los juzgados en Bélgica puede consultarse [https://e-justice.europa.eu/content\\_judicial\\_systems\\_in\\_member\\_states-16-be-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-be-es.do) [última visita 27 de agosto de 2012]. Igualmente puede verse [http://ec.europa.eu/civiljustice/org\\_justice/org\\_justice\\_bel\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/org_justice/org_justice_bel_es.htm) [última visita 27 de agosto de 2012].

<sup>29</sup> Para tener una visión de conjunto de los órganos jurisdiccionales de Austria véase [https://e-justice.europa.eu/content\\_judicial\\_systems\\_in\\_member\\_states-16-at-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-at-es.do?member=1) [Última visita 27 de agosto de 2012].

## 5. Posición del Tribunal Constitucional sobre el Consejo de Justicia de Cataluña.

Contra la regulación del Consejo de Justicia de Cataluña, así como contra la práctica totalidad del Estatuto, se interpuso recurso de inconstitucionalidad, habiendo dictado el Alto Tribunal la sentencia 31/2010<sup>30</sup>. Y siguiendo su contenido, en lo relativo al artículo 97 del EAC (que define al Consejo de Justicia de Cataluña como el órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña que además actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las competencias de este último, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial) y concretamente el FJ 47, podemos afirmar que dada la configuración constitucional del Poder Judicial, es notorio que el Estatuto Catalán incurre en un evidente exceso al crear el Consejo de Justicia de Cataluña al que califica de “órgano de gobierno del Poder Judicial en Cataluña” y cuyos actos los serían de un “órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial”, añadiendo que “el Poder Judicial no puede tener más que un órgano de gobierno, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico.” Por tanto el Estatuto vulnera lo dispuesto en los artículos 122.2 y 149.1.5 de la C.E., “pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Esta-

---

<sup>30</sup> STC 31/2010, de 28 de junio (BOE de 16 de julio). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez, J. De la lectura de la sentencia parece inferirse que lo único que pretende el Tribunal Constitucional es *salvaguardar al legislador* y ello se observa con claridad en la gran cantidad de aspectos ambiguos o abiertos que deja y en su pobre argumentación jurídica, seguramente derivada por el elevado número de artículos impugnados y por el difícil acuerdo o consenso logrado entre los magistrados para sacarla adelante. Todo ello puede llevarnos a una gran conflictividad en el futuro, pues hay muchos preceptos que el Alto Tribunal reescribe lo que supone, en palabras de DELGADO BARRIO (Voto particular formulado el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 28 de junio de 2010, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006. Apartado 3.) que “en esta sentencia el Tribunal ha operado no como lo que es –un órgano jurisdiccional– sino como lo que no es –un órgano legislativo–, pues crea un Estatuto nuevo”, llevando este tipo de interpretación a un vaciamiento del contenido normativo del Estatuto y con remisiones en otras ocasiones a Leyes estatales como ocurre en la regulación del Consejo de Justicia.

En Cataluña la sentencia cayó como un *cántaro de agua fría*, pues no contentó a las fuerzas políticas catalanas que han visto malogradas sus aspiraciones de mayor autogobierno y de un reconocimiento más profundo de la singularidad del pueblo catalán. Tampoco ha contentado a la doctrina jurídica catalana, así puede verse APARICIO PÉREZ, M. A. “Comentarios a la Sentencia 31/2010. Sobre el Poder Judicial.” *Revista Catalana de dret públic*, Núm. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006, pp. 199-205. también puede leerse CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. “Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.” *Revista Catalana de dret públic*, Núm. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006, pp. 206-211.



do, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados.”

Ahora bien, siguiendo lo expuesto en el citado fundamento jurídico, que dicho precepto sea inconstitucional y nulo “no significa fatalmente la inconstitucionalidad misma del órgano en cuestión, pues sólo si todas y cada una de sus concretas atribuciones se correspondieran, además, con esa cualificación impropia, sería inevitable la inconstitucionalidad y nulidad de un órgano cuya existencia únicamente tendría razón de ser para el ejercicio de unos cometidos constitucionalmente inaceptables<sup>31</sup>. El art. 97 EAC es, por tanto, inconstitucional en la medida en que califica al Consejo de Justicia de Cataluña como “órgano de gobierno del poder judicial” que “actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial”. La pervivencia del Consejo de Justicia de Cataluña, una vez excluida su inconstitucional concepción, dependerá del juicio que merezcan las atribuciones que se le confieren en el art. 98 EAC.

En todo caso, la inconstitucionalidad de principio advertida ya en el art. 97 EAC ha de implicar, por conexión o consecuencia, la de los arts. 98.3 y 100.1 EAC, no impugnados, en cuanto el primero parte de la posibilidad de que el Consejo de Justicia dicte resoluciones en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos de Jueces y Magistrados y toda vez que la recurribilidad en alzada de determinados actos del Consejo de Justicia de Cataluña ante el Consejo General del Poder Judicial resulta lógicamente de la definición de aquél como órgano desconcentrado de este último.

Por tanto, el art. 97 EAC, así como el apartado 3 del art. 98 EAC y el apartado 1 del art. 100 EAC, son inconstitucionales y nulos (*Vid.* FJ 47).

Luego el Tribunal constitucional no afirma que no puedan existir en las Comunidades Autónomas Consejos de Justicia, si no que lo que señala es que di-

---

<sup>31</sup> Una crítica muy acertada a este párrafo de la sentencia la encontramos en APARICIO PÉREZ, M. A. “Comentarios a la Sentencia 31/2010...”, *Op. Cit.*, p. 205, donde señala que “o sea, un órgano inexistente (¿“rampante”?) es además amputado en su composición y finalmente diezmado en sus atribuciones. Tal vez haya existido un exceso de influencia literaria en la redacción de estos extremos de la Sentencia.”

chos Consejos no pueden ser órganos de Gobierno del Poder Judicial y por tanto no se pueden arrogar competencias que invadan las del Consejo General del Poder Judicial en esta materia, sin perjuicio de las competencias que en el futuro pudiera otorgarles la Ley Orgánica del Poder Judicial si finalmente llega a regularlos<sup>32</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de varios apartados del artículo 98 relativos a las atribuciones del Consejo de Justicia de Cataluña, concretamente los apartados 2. a), b), c), d), e) y apartado 3(o sea las que consisten en la participación en la designación de presidentes de órganos judiciales, la expedición de nombramientos y ceses de Jueces y Magistrados temporales, funciones disciplinarias sobre Jueces y Magistrados, inspección de Tribunales e información sobre recursos de alzada contra acuerdos de los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados de la Comunidad Autónoma).

También declara la inconstitucionalidad del artículo 95.5 y 6, y, por las mismas razones (*Vid.* FJ 48), en lo que refiere a la frase “y con la Participación del Consejo de Justicia de Cataluña” por dar participación a éste en el nombramiento del Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Igualmente, declara (*Vid.* FJ 49) que incurre en exceso el Estatuto de Autonomía catalán, cuando en el artículo 99.1, a propósito de fijar la composición del Consejo de Justicia, establece que estará presidido por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia, declarando dicho inciso inconstitucional, ya que el Consejo de Justicia de ninguna manera puede arrogarse funciones de gobierno de los jueces.

Las únicas atribuciones que declara el Tribunal Constitucional que puede arrogarse el Consejo de Justicia de Cataluña son las siguientes:

#### “Artículo 98. Atribuciones

1. Las atribuciones del Consejo de Justicia de Cataluña son las que establecen el presente Estatuto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, las leyes que apruebe el Parlamento y las que, si procede, le delegue el Consejo General del Poder Judicial.

---

<sup>32</sup> Sobre la territorialización del Poder Judicial, *Vid.* BERLANGA RIBELLES, E. “El Gobierno del Poder Judicial. Consejo General y Consejos Territoriales”, *Estudios de derecho judicial*, Núm. 90, 2006, pp. 339-346. Igualmente es ilustrativo el artículo de CÁMARA VILLAR, G, “La descentralización del Gobierno del Poder Judicial y el proyecto de reforma de la LOPJ”, *Estudios de derecho judicial*, Núm. 90, 2006, pp. 313-338.

2. Las atribuciones del Consejo de Justicia de Cataluña respecto a los órganos jurisdiccionales situados en el territorio de Cataluña son, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las siguientes:

- f) Precisar y aplicar, cuando proceda, en el ámbito de Cataluña, los reglamentos del Consejo General del Poder Judicial.
- g) Informar sobre las propuestas de revisión, delimitación y modificación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales y sobre las propuestas de creación de secciones y juzgados.
- h) Presentar una memoria anual al Parlamento sobre el estado y el funcionamiento de la Administración de Justicia en Cataluña.
- i) Todas las funciones que le atribuyan la Ley Orgánica del Poder Judicial y las leyes del Parlamento, y las que le delegue el Consejo General del Poder Judicial.

4. El Consejo de Justicia de Cataluña, a través de su presidente o presidenta, debe comunicar al Consejo General del Poder Judicial las resoluciones que dicte y las iniciativas que emprenda y debe facilitar la información que le sea pedida”<sup>33</sup>.

Como podemos observar, las funciones que restan a favor del Consejo de Justicia de Cataluña, respecto a los Órganos Jurisdiccionales situados en su territorio, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son las relativas a cualquier materia que no afecte a los órganos jurisdiccionales, en sentido estricto, y que tampoco afecten al estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados, o sea que no invadan la Administración de Justicia en sentido estricto.

En cuanto a la composición del Consejo de Justicia (artículo 99 del EAC), después de la citada sentencia, queda fuera del mismo el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia, a quien en su redacción originaria se le atribuía la presidencia de dicho Consejo, a resultas de lo que diga el legislador orgánico.

## 6. El caso andaluz.

Analizada la posición del Tribunal Constitucional respecto del Consejo de Justicia de Cataluña, cabe preguntarse como afecta el contenido de la STC

---

<sup>33</sup> A *sensu* contrario CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. “Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto...”, *Op. Cit.*, pp. 209-210, donde critica en este aspecto la sentencia, pues para él la poda de atribuciones hecha al Consejo de Justicia es injustificada, toda vez que el EAC no regula el Consejo de Justicia de Cataluña como un órgano de gobierno del Poder Judicial autonómico sino como un órgano desconcentrado del CGPJ.

31/2010 a la regulación estatutaria andaluza a pesar de no haber sido recurrida de inconstitucionalidad, dado que como antes hemos dicho el Estatuto andaluz va de la mano del catalán habiéndose dado a muchos de sus preceptos idéntica o similar redacción.

Así el Estatuto de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, que dedica el Título V a “El Poder Judicial en Andalucía”, debiéndonos centrar nuestro estudio en lo que aquí interesa, en su Capítulo II que lleva por rúbrica “El Consejo de Justicia de Andalucía”<sup>34</sup>. De tal manera que el artículo 144.1 del Estatuto, lo define como el órgano de gobierno de la Administración de Justicia en Andalucía, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que está integrado, entre otros, artículo 144.2, por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia que lo presidirá, fijándose sus atribuciones en el apartado 4º del artículo 144 en idénticos términos a como lo hace el Estatuto de Autonomía catalán en su artículo 98.

Sin mayor esfuerzo, podemos afirmar, de la lectura de la sentencia de 28 de junio de 2010 del Tribunal Constitucional, que el artículo 144.1 incurre en exceso al crear el Consejo de Justicia en Andalucía al que califica de “órgano de gobierno de la Administración de Justicia en Andalucía, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, ya que el Poder Judicial no puede tener más que un órgano de gobierno, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico<sup>35</sup>.

Sin embargo, al igual que hemos afirmado para Cataluña, que dicho precepto pueda ser inconstitucional no significa la inconstitucionalidad misma del órgano en cuestión, ello dependerá de que las concretas atribuciones otorgadas se correspondieran además con esa calificación impropia, ya que la existencia del órgano únicamente tendría razón de ser para el ejercicio de unos cometi-

---

<sup>34</sup> Sobre esta cuestión *Vid.* CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M., *et alii*, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Centro de Publicaciones no Oficiales. Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012. TEROL BECERRA, M., *et alii*, *Comentarios al Estatuto de autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Así como AGUDO ZAMORA, M., *et alii*, *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces, 2008. Igualmente BALAGUER CALLEJÓN, F., *et alii*, *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, 2007.

<sup>35</sup> Si es respetuoso con el bloque de constitucionalidad el Estatuto de Autonomía de Aragón, ya que en éste existe una remisión sin condiciones a lo que disponga el legislador orgánico, estableciendo el artículo 64.2 que “el Consejo de Justicia de Aragón tendrá la consideración, naturaleza, competencias y facultades que le atribuya la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, participará en todos los procesos de designación que le atribuya dicha Ley.”

dos constitucionalmente aceptables y siempre y cuando no invadan la Administración de Justicia en sentido estricto.

Lo que ocurre, en el presente caso, es que las atribuciones que se le confieren el apartado 4, del artículo 144, con las letras a), b), c), d) y e) son sustancialmente iguales, en su redacción, a las que han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, por lo que estas atribuciones deberían correr igual suerte que las del Estatuto Catalán.

De la misma manera e idéntico razonamiento, podrían ser declarados inconstitucionales los apartados 2 y 5 del artículo 144 ya que así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional a propósito del Estatuto Catalán, afirmando el Alto Tribunal que son contrarios a la Constitución y nulos, en la medida en que el Consejo de Justicia no puede ser órgano de Gobierno del Poder Judicial y por tanto no se puede arrogar competencias que invadan las del Consejo General del Poder Judicial en esta materia que afecten a los Órganos Jurisdiccionales, en sentido estricto, o que afecten al estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados.

Sin embargo el Estatuto Andaluz no ha sido recurrido de inconstitucionalidad por lo que a nuestro entender, en aras de la seguridad jurídica, la consecuencia de la STC 31/2010, es que no sería correcto ni deseable que la Comunidad Autónoma Andaluza aplicase los preceptos idénticos o semejantes a los del Estatuto de Autonomía catalán, que han sido declarados inconstitucionales por el Alto Tribunal, o que aquellos que han sido reinterpretados los aplicase de forma diferente a como ha dicho el Tribunal Constitucional que se deben de interpretar, ya que si así lo hiciera cualquier legitimado podría acudir a los Tribunales ordinarios de justicia recurriendo la correspondiente aplicación y pedir que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, cuestión que, por otra parte, de no reformarse el ordenamiento jurídico vigente, debería ser estimada sin mayores esfuerzos por nuestro Alto Tribunal.

Ahora bien, cabe preguntarse que ocurre con los otros Consejos de Justicias creados por las otras Comunidades Autónomas. Así respecto de Valencia, Baleares y Aragón, sus Estatutos los crean, pero no los definen como órganos de gobierno del Poder Judicial. Es más cuanto a su estructura, composición y funciones se remiten a lo que dispongan futuras leyes, autonómicas y estatales, de acuerdo con lo que prevea la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro del ámbito de las competencias en esta materia de cada Comunidad Autónoma. En cuanto a Castilla y León ha de decirse otro tanto, si bien su Estatuto prevé su creación pero no llega a crearlo. Y por último Extremadura lo crea igualmen-

te pero no como un órgano del Poder Judicial en su territorio, sino como un órgano de participación institucional en el Gobierno y Administración de Justicia de la Comunidad Autónoma y conforme a lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por tanto, a nuestro juicio, para el caso de que el legislador orgánico decida crear los Consejos de Justicia autonómicos, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional, los Estatutos de Autonomía de Valencia, Baleares, Aragón, Castilla y León y Extremadura son congruentes con lo dispuesto en los artículos 122.2 y 149.15 CE y acordes con el bloque de constitucionalidad, pues no los definen como órganos de Gobierno del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma.

### **7. Propuestas.**

Lo primero que hemos de preguntarnos es si es posible la descentralización del Poder Judicial o de su órgano de gobierno. La respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues como hemos afirmado anteriormente de la regulación constitucional del Poder Judicial se infiere, sin albergarse duda alguna, que el mismo es único para todo el Estado. Por tanto, encontrándonos ante un órgano que es único no cabe que el mismo sea descentralizado, ya que el propio concepto de descentralización lo impide. Tampoco puede descentralizarse su órgano de gobierno por las misma razón y además por que sería imposible que pudiese controlar a los diferentes órganos de gobierno del Poder Judicial de las Comunidades Autónomas<sup>36</sup>.

La segunda cuestión que habría de plantearse es si es posible la desconcentración administrativa del Poder Judicial, siendo la respuesta afirmativa. Pero esta desconcentración administrativa sólo puede decidirla el legislador orgánico y no a través de cualquier ley orgánica sino que ha de ser a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122.2 CE)<sup>37</sup>.

Aun aceptando lo anterior, cabe preguntarse si podría ahora el legislador orgánico, a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, crear los Consejos de Justicia Autonómicos en los términos en los que los ha regulado el legislador autonómico en los Estatutos de Autonomía de Cataluña o de Andalucía.

---

<sup>36</sup> En el mismo sentido puede leerse VIRGALA FORURIA, E. "El Poder Judicial...", *Op. Cit.*, p. 402.

<sup>37</sup> En el mismo sentido la STC 31/2010, FJ 47.

Con anterioridad ha quedado suficientemente claro, salvo que se modifique la Constitución, que el Poder Judicial es único para todo el Estado y que no puede tener más que un órgano de gobierno, el CGPJ, y como quiera que esos Estatutos de Autonomía lo que pretendían era una verdadera descentralización del Poder Judicial en vez de una desconcentración, la respuesta a dicha cuestión es negativa de necesidad<sup>38</sup>.

Es más, aun aceptando la posibilidad, de una regulación desconcentrada del Poder Judicial, que es posible desde la perspectiva constitucional, tenemos que preguntarnos si resultaría conveniente la creación de los Consejos de Justicia Autonómicos como órganos desconcentrados del gobierno del Poder Judicial.

A nuestro juicio no resulta conveniente. En primer lugar, por que supondría multiplicar por diecisiete el sistema fallido de elección parlamentaria de los integrantes del Consejo General del Poder Judicial al haber propiciado la politización de dicho órgano de gobierno y es que debemos tener presente la experiencia del sistema de designación parlamentaria de los vocales del CGPJ establecido en la LOPJ de 1985, siendo patente que este sistema ha facilitado que las fuerzas políticas tengan abierta una vía para ejercer cierta influencia en la actuación del órgano de gobierno del Poder Judicial<sup>39</sup>. Desde esta perspectiva, la creación y puesta en funcionamiento, en su caso, de los Consejos de Justicia, facilitaría que las Comunidades Autónomas entrasen en esa dinámica de influencias políticas sobre el Poder Judicial, que hasta ahora sólo se produce en el ámbito estatal.

---

<sup>38</sup> En el mismo sentido, CÁMARA VILLAR, G., “Reformas estatutarias y consejos de justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional” *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 27, 2011 (Ejemplar dedicado a: La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña), p. 197-220. Señala el autor en la p. 202 “esta insuprimible estatalidad, conforme al principio de unidad, del gobierno del poder judicial impediría la existencia de órganos autonómicos de gobierno del poder judicial desvinculados o independientes del CGPJ, pero no quedan excluidas ni la delegación ni la desconcentración. Se excluye, pues, el establecimiento de órganos de gobierno del poder judicial de naturaleza propiamente autonómica en analogía con lo ocurrido con otras instituciones constitucionalmente dispuestas en la esfera institucional y funcional de los otros poderes, ejecutivo y legislativo, ya que éstos sí son objeto específico y necesario de la descentralización política en sentido propio para que la autonomía constitucionalmente garantizada sea posible.”

<sup>39</sup> Sobre esta cuestión *Vid.*, RUI VERDE, “El Poder judicial en las Constituciones de Portugal y España” *Anuario de la Facultad de Derecho*, Núm. 21, 2003, p. 617-628, donde señala el autor que “el autogobierno de los jueces portugueses es fuerte e independiente, en cuanto en el caso de los jueces españoles se verifica una completa dependencia del poder político, lo que amenaza la real independencia de las magistraturas.”

En segundo lugar, por la más que probable falta de coordinación que se produciría desconcentrando el gobierno de un Poder, que es único para todo el Estado, en diecisiete Consejos de Justicia e incluso económicamente su existencia no se justifica por el incremento de gasto que supondría.

Y en tercer lugar, porque de crearse estos Consejos, suponemos que vendrían a sustituir el verdadero autogobierno de la Justicia, que es el desempeñado por los órganos de gobierno interno (Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia), ya que prácticamente todas las competencias que les otorgan los Estatutos de Autonomía actualmente las ostentan las Salas de Gobierno<sup>40</sup> y ¿Qué razón puede haber para que se proceda a dicha sustitución?

La respuesta quizás esté en que lo que se pretende es reforzar la influencia de las fuerzas políticas autonómicas en el Poder Judicial dentro de su territorio, pero ello, a nuestro juicio, llevaría a la debilitación de la autonomía e independencia judicial.

Entendemos, que si el legislador orgánico, con respeto a la Constitución y con plena libertad, decidiese crear los Consejos de Justicia Autonómicos, como órganos desconcentrados administrativamente del Gobierno del Poder Judicial y con plena subordinación al Consejo General del Poder Judicial, a la vista de lo expuesto anteriormente, supondría desconcentrar un problema para crear otros diecisiete problemas iguales.

Por tanto, aunque tan solo sea para evitar la multiplicación de un problema, consideramos que la creación de dichos Consejos no es urgente ni menos aún necesaria<sup>41</sup>.

No obstante, si el legislador orgánico decide su creación, señala LUCAS MURILLO DE LA CUEVA<sup>42</sup> que “gestionar todo el conjunto que resulte de

---

<sup>40</sup> En el mismo sentido, CÁMARA VILLAR, G., “Reformas estatutarias y consejos de justicia autonómicos...”, *Op. Cit.*, p. 208.

<sup>41</sup> Es más nos atrevemos a invitar al legislador orgánico para que solucione el problema antes de multiplicarlo. ¿Cómo? Dejando en manos de los Jueces y Magistrados la elección de los doce Vocales del CGPJ de procedencia judicial, donde la base de la elección sea un juez/un voto. No nos encontramos ante el clásico dilema de Politización *versus* Corporativismo, pues el CGPJ está mejorado con los ocho vocales de procedencia no judicial que tienen una visión de la Justicia diferente y que sin duda enriquecen la Institución.

<sup>42</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “El Poder Judicial en Andalucía.” En SANTIAGO MUÑOZ MACHADO y MANUEL REBOLLO PUIG *et alii*, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, p. 981.



la implantación de este diseño requerirá dosis importantes de trabajo, habilidad y prudencia a pesar de las cuales habrá que contar con complicaciones importantes no sólo en el periodo de establecimiento y desarrollo de los Consejos, sino, también, una vez que se hayan instalado y comiencen a funcionar regularmente.”

Siendo así las cosas, cabe preguntarse ¿Por qué se ha llegado a esta situación? Nos estamos refiriendo a la creada por los Estatutos de nueva generación en los que se ha intentado forzar la territorialización el Poder Judicial y su Gobierno desde abajo, o sea desde la modificación de los Estatutos de Autonomía.

A este respecto, es preciso tener que presente que el problema de la adecuación del Poder Judicial al Estado Autonómico, como señala VIRGALA FORURIA<sup>43</sup> “hay que contemplarlo desde dos puntos de vista complementarios: en primer lugar, la existencia de un modelo constitucional de Poder Judicial y, en segundo lugar, la necesidad permanente de intentar forzar ese modelo para que los poderes políticos de determinadas Comunidades Autónomas puedan influir o condicionar a los órganos judiciales situados en esos territorios.”

Desde el segundo punto de vista, se puede afirmar que el interés de la Comunidades Autónomas por el Poder Judicial no es ajeno al progresivo fortalecimiento que éste ha venido experimentando desde la entrada en vigor de la Constitución. Y este robustecimiento del Poder Judicial, puede deberse al proceso natural de desarrollo del Estado de Derecho o bien a la tendencia *obsesiva* de las fuerzas políticas de judicializar la vida política, lo que sin duda influye en la politización de la justicia, debiendo los Jueces resolver estos pleitos, lo que les coloca en un primer plano de la vida pública, otorgándoles una relevancia que no debieran ostentar en el funcionamiento normal del sistema.

Qué duda cabe y no debe sorprendernos, que quienes gobiernan las Comunidades Autónomas, en estas circunstancias, lo que pretendan y quieran sea adecuar el modelo constitucional de Poder Judicial a la realidad territorial del Estado, autonomizando el Poder Judicial, creando un órgano de gobierno del Poder Judicial propio de cada Comunidad Autónoma.

Las Comunidades Autónomas ya no se conforman con potenciar las funciones jurisdiccionales de sus Tribunales Superiores de Justicia, sino que lo que han pretendido, a través de los Estatutos de segunda generación, es poner más

---

<sup>43</sup> VIRGALA FORURIA, E. “El Poder Judicial...”, *Op. Cit.*, p. 399.

énfasis en los aspectos gubernativos que en los jurisdiccionales, de tal manera que el legislador estatutario ya no habla de Administración de Justicia sino de Poder Judicial.

Solo así puede comprenderse la regulación estatutaria de estos Consejos, debiendo tenerse en cuenta que es, en la propia designación de sus miembros, uno de los lugares, donde se aprecia con mayor claridad ese intento de influir y/o controlar al Consejo de Justicia, o sea al Poder Judicial en el ámbito autonómico, ya que según el artículo 144.2 del Estatuto de Autonomía andaluz este Consejo de Justicia estará integrado “por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que lo preside, y por los miembros elegidos entre Jueces, Magistrados, Fiscales y juristas de reconocido prestigio que se nombren de acuerdo con lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, correspondiendo al Parlamento de Andalucía la designación de los miembros que determine dicha Ley.”

No podemos olvidar que es previsible, al igual que ocurre con la designación parlamentaria de los Vocales del CGPJ, que la designación de estos nuevos miembros de los Consejos de Justicia se viera envuelta en polémicas sobre el perfil político de los candidatos, con el daño consiguiente a la imagen de la Justicia (cuya primera consecuencia sería un mayor socavo de la misma, politizándola aun más y dando lugar a una visión del Poder Judicial sujeto a los intereses políticos autonómicos). Y es que la reforma facilita que las Comunidades Autónomas entren en esa dinámica de influencias políticas sobre el Poder Judicial, que hasta ahora sólo se ha producido en el ámbito estatal.

A nuestro juicio, los Estatutos de Autonomía no pueden atribuirse, como ha ocurrido en el presente caso, una competencia que constitucionalmente corresponde al Estado y salvo que se produzca una reforma constitucional<sup>44</sup>, de-

---

<sup>44</sup> En el mismo sentido puede leerse la propuesta sobre la federalización del Poder Judicial por parte de CÁMARA VILLAR, G., *et alii*, *Por una reforma Federal del Estado Autonómico...*, *Op. Cit.*, p. 51-53, donde señala el autor después de afirmar que “un desarrollo federalizante del poder judicial en España precisaría, pues, de una reforma del texto constitucional” que “la federalización del poder judicial, contemplada arriba como tercera solución [se está refiriendo a lo expuesto en la p. 48, cuando señala que En otros casos, la primera instancia es servida por tribunales territoriales, con independencia del origen del derecho aplicable, mientras que las instancias superiores corresponden a tribunales de la federación, como ocurre en Alemania, Suiza y Australia], parece la alternativa más coherente con el deseo de avanzar en la territorialización del poder judicial de acuerdo con los principios federales. Una reforma constitucional en este sentido debería guiarse por los siguientes criterios: 1. Se mantendrían los principios generales sobre el

ben limitarse, por su propia naturaleza, a regular los aspectos relativos a la “Administración de la Administración de Justicia”<sup>45</sup>, pues solo a la Ley Orgánica del Poder Judicial le corresponde regular los aspectos relativos al Poder Judicial (Administración de Justicia en sentido estricto).

Quizás, a nuestro entender, habría que buscar otras soluciones y formas de integración entre el Poder Judicial y la realidad jurídico política del Estado de las Autonomías, en vez de empeñarse en influir directamente en las funciones de gobierno que tiene encomendadas el Consejo General del Poder Judicial en la Constitución.

Una solución intermedia, constitucionalmente aceptable, visto que a las Comunidades Autónomas no les es legítimo crear un Órgano de Gobierno

---

estatus constitucional y el ejercicio de la función jurisdiccional comunes a todos los miembros del poder judicial y a todos los órganos judiciales, tanto de las unidades federadas como de ámbito federal: apartados uno a cuatro del artículo 117 y artículo 127 CE. 2. La Constitución continuaría reservando a la legislación federal la regulación que diera un mínimo de unidad al ejercicio de la función jurisdiccional y a la organización del poder judicial en ambos ámbitos. 3. El Consejo General del Poder Judicial conservaría las funciones de garantía del estatus constitucional de los miembros del poder judicial, reservadas a la determinación del ingreso en el cuerpo y materia disciplinaria (potestad ésta que podría ser delegada). Las unidades federadas podrían participar, en su caso, en la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. 4. Se admitiría la posibilidad de crear poderes judiciales autónomos en las unidades federadas, a los que pertenecerían los órganos judiciales con competencia territorial sobre el territorio de aquellas o inferior y Jueces, Juezas, Magistradas y Magistrados que ejercieran sus funciones en dichos órganos. Igualmente, se admitiría la posibilidad de que existieran Consejos de Justicia del ámbito territorial federado con funciones relativas al gobierno del poder judicial correspondiente, así como mecanismos de coordinación entre estos y el Consejo General del Poder Judicial. 5. Las unidades federadas se responsabilizarían íntegramente de la gestión del poder judicial, incluido todo lo referente a los jueces, salvo lo atinente a su estatus constitucional.”

<sup>45</sup> Es más, nos atrevemos a afirmar que bastante tenemos ya con la sutil interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 149.1.5 CE, cuando en su sentencia 56/1990, FJ 6º, diferenció entre *Administración de Justicia en sentido estricto* y *Administración de la Administración de Justicia*, pues no se entiende bien como es posible que tanto el Ejecutivo, como el Legislativo cuenten con autonomía suficiente para gestionar los medios personales y materiales que necesitan para el desarrollo de las funciones públicas que les asigna la Constitución y que por el contrario el Poder Judicial tenga que estar bajo la tutela y dependencia del Ejecutivo (Ministerio de Justicia y Consejerías de las Comunidades Autónomas). En este sentido puede leerse GARCÍA HERRERA, M. y LÓPEZ BASAGUREN, A. “Constitución y Poder Judicial la incompleta realización del Poder Judicial”, *Estudios de derecho judicial*, Núm. 90, 2006, p. 194 que señalan que “con ello, se opta por configurar un Poder Judicial que está constreñido a utilizar medios administrativos que dependen de poderes externos, bien sea el Ministerio de Justicia o las correspondientes Comunidades Autónomas con competencias en la materia. Y esto es algo absolutamente excepcional en relación con la realidad de otros poderes del Estado, como, muy relevantemente, el Poder Legislativo, en cuyo ámbito se considera, precisamente, que la autonomía administrativa, la disponibilidad de una administración propia bajo su exclusiva dependencia, es una consecuencia de su independencia.”

propio del Poder Judicial en su ámbito territorial, podría ser, que al igual que ocurre con la designación de Magistrados del Tribunal Constitucional por el Senado (artículo 184.7 del Reglamento del Senado), que las Comunidades Autónomas tuviesen una participación activa en la elección de los Vocales del CGPJ por parte de la Cámara Alta que cumpliría así su función de ser la Cámara de representación territorial (artículo 69.1 CE).

#### IV. CONCLUSIONES

La regulación constitucional del Poder Judicial impide la existencia de órganos autonómicos del gobierno de Poder Judicial descentralizados, desvinculados o independientes del Consejo General, aunque no excluye que las potestades de gobierno del Poder Judicial se ejerzan de forma desconcentrada, pero, en todo caso, éstos órganos deben estar subordinados al Consejo General del Poder Judicial.

No obstante, pensamos que su creación por el legislador orgánico no debe considerarse con carácter prioritario, pues vendrían a sustituir el verdadero autogobierno de la Justicia (Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia) y su hipotética existencia no parece que vaya a resolver ningún problema, más bien al contrario, pues conlleva multiplicar por diecisiete el viciado esquema de LOPJ e implicaría llevar la politización del gobierno judicial, no ya a su órgano central, sino a cada una de las Comunidades Autónomas.

Quizás, a nuestro entender, haya que buscar otras soluciones y formas de integración entre el Poder Judicial y la realidad jurídico política del Estado de las Autonomías. Una solución intermedia, constitucionalmente aceptable, visto que a las Comunidades Autónomas no les es legítimo crear un órgano de gobierno propio del Poder Judicial en su ámbito territorial, sin perjuicio de que el legislador orgánico lo haga, podría ser que al igual que ocurre con la designación de Magistrados del Tribunal Constitucional por el Senado, que las Comunidades Autónomas tuviesen una participación activa en la elección de los Vocales del CGPJ por parte de la Cámara Alta que cumpliría así su función de ser la Cámara de representación territorial.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AGIRREAZKUENAGA, I., “Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados” *Revista Poder Judicial*, Núm. 75, 2004.

AGUDO ZAMORA, M., *et alii*, *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces, 2008.

ÁLVAREZ CONDE, E. “El ámbito competencial del Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* Núm. 16. Septiembre-diciembre 1993.

APARICIO PÉREZ, M. “Comentarios a la Sentencia 31/2010. Sobre el Poder Judicial.” *Revista Catalana de dret públic*, Núm. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *et alii*, *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, 2007.

BALLARÍN IRIBARREN, J., “Poder judicial y estado compuesto: el caso de los Estados Unidos” en MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, *et alii*, *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Universidad Complutense, Madrid, 1992.

BALLESTER CARDELL, M., “Las reformas de los Estatutos de Autonomía y el Poder Judicial. La progresiva adaptación de la administración de justicia al estado de las autonomías” en FRANCISCO JAVIER GARCÍA ROCA, *et alii*, *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch, 2010.

BERLANGA RIBELLES, E. “El Gobierno del Poder Judicial. Consejo General y Consejos Territoriales”, *Estudios de derecho judicial*, Núm. 90, 2006.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. “Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.” *Revista Catalana de dret públic*, Núm. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006.

CÁMARA VILLAR, G., “La descentralización del Gobierno del Poder Judicial y el proyecto de reforma de la LOPJ”, *Estudios de derecho judicial*, Núm. 90, 2006.

– *et alii*, *Por una reforma Federal del Estado Autonómico*, Fundación Alfonso Perales, 2012.

– “Reformas estatutarias y consejos de justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional” *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 27, 2011.

CLAVERO AREVALO, M. “Andalucía veinticinco años del Estatuto de Autonomía” *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, Núm. 1, 2003.

CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M., *et alii*, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Centro de Publicaciones no Oficiales. Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012.

DEL RÍO MUÑOZ, F. “El Poder Judicial y reformas estatutarias. El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía.” *Centro de Estudios Andaluces*. Núm. 22.

GARCÍA HERRERA, M. y LÓPEZ BASAGUREN, A. “Constitución y Poder Judicial la incompleta realización del Poder Judicial” *Estudios de derecho judicial*, Núm. 90, 2006.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Los atentados al modelo de justicia de la Constitución de 1978” en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, Núm. 134, abril/junio 2007.

HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. “Estatuto de Autonomía y Administración de Justicia en Canarias” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas* N° 10/1, 2005/06.

LÓPEZ GUERRA, L., “El Poder Judicial y Comunidades Autónomas”, en RODRÍGUEZ-ARANA, J., *et alii*, *Curso de derecho público de las Comunidades Autónomas*. Montecorvo, 2003.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. “Especial referencia a los Consejos Autonómicos de Justicia y su constitucionalidad. El CGPJ: pasado, presente y futuro del órgano de gobierno de la administración de justicia.” *El Derecho Editores, Base de Datos Bibliográfica, Jurisprudencia, Jurisdicción Derecho Administrativo*. Julio 2008.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “El Poder Judicial en Andalucía.” En SANTIAGO MUÑOZ MACHADO y MANUEL REBOLLO PUIG *et alii*, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*.

REQUERO IBÁÑEZ, J., “El Gobierno Judicial y el Consejo General del Poder Judicial” *Fundación para el Análisis y Estudios Sociales*. Papeles de la Fundación N° 28, Madrid, 1996.

RUI VERDE, “El Poder judicial en las Constituciones de Portugal y España” *Anuario de la Facultad de Derecho*, Núm. 21, 2003.

SAIZ GARITAONANDIA, A., “Otras formas de gobierno en Estados compuesto. Los casos de Italia y los Estados Unidos de América.” *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 83, 2009.

TEROL BECERRA, M., *et alii*, *Comentarios al Estatuto de autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VEGAS TORRES, J., “Consejos de Justicia y Justicia de Proximidad” *Revista De derecho Procesal*, 2006.

VIRGALA FORURIA, E. “El Poder Judicial en las Comunidades Autónomas” *Estudios de Derecho Judicial*. Vol. 90, 2006.

XIOL RÍOS, J. “El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho” *Premios Poder Judicial (I)*, CGPJ, 1986.





# “Reflexiones sobre la legalidad y oportunidad del Decreto Ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda”

*María del Mar Caraza Cristín*

Titulada Superior de la Junta de Andalucía y  
Profesora Asociada de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTENIDO DEL DECRETO-LEY 6/2013, DE 9 DE ABRIL. 1. Consideraciones previas sobre el uso del Decreto-Ley. 2. Sobre la suficiencia de las competencias que avalan el Decreto-Ley 6/2013. 3. Principales medidas adoptadas. 4. Sobre la viabilidad de las medidas previstas. III. ANÁLISIS DE OTRAS MEDIDAS EXISTENTES PARA PALIAR LOS DESAHUCIOS. 1. El Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de Medidas Urgentes para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios. 2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013. 3. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social. 4. El Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. 5. La Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas. IV. CONCLUSIONES.

## RESUMEN:

Con base en el argumento de que la propiedad está subordinada al interés general y con el propósito de garantizar el derecho a la vivienda de aquellas personas en especiales circunstancias de emergencia social que se vean afectadas por procesos de ejecución hipotecaria, el Consejo de Gobierno andaluz ha aprobado el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril. Mediante esta norma se procede a delimitar el contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda y se introduce en el Derecho autonómico andaluz la regulación de nuevas me-

didadas de tipo sancionador y expropiatorio bastante controvertidas, tanto desde un punto de vista jurídico como de oportunidad y conveniencia, sobre todo, si se tiene en cuenta la existencia de otras vías legales y judiciales ya existentes que permiten la consecución del mismo objetivo de manera menos restrictiva y limitadora del derecho a la propiedad.

Palabras claves: Derecho de propiedad. Función social. Vivienda. Vivienda protegida. Expropiación. Desahucios.

**ABSTRACT:**

Based on the subordination of individual property right to general interest and intended to guarantee the housing rights of people in special circumstances affected by foreclosure processes, the Decree-Law 6/2003 of April 9 was approved by the Andalusian Government. This law delimits the fundamental of private property in relation to housing and introduces in the Autonomic Law actions as imposing sanctions and property eviction. Indeed, these measures are highly controversial both judicially and by opportunity and convenience, even more taking into account that already existing legal procedures permit to achieve the same objectives in ways that are not so restrictive with individual property right.

Keywords: Property right. Social Function. Housing. Protected Housing. Foreclosures. Eviction.

## I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se publicaba en esta misma Revista un artículo en el analizaba las últimas novedades normativas en materia de vivienda protegida a raíz de la entrada en vigor de la Ley 2/2012, 30 de enero, por la que se modifica la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía<sup>1</sup>.

Comenzaba comentando lo abrumador de la producción normativa existente en esta materia, así como lo cambiante de su sentido, con la carga de in-

---

<sup>1</sup> En él abordaba, entre otras cuestiones, la regulación del derecho a una vivienda, desde su vertiente constitucional y estatutaria, el concepto de vivienda digna, de vivienda protegida y los instrumentos con los que contaba la Administración Pública andaluza para dar efectividad a tal derecho. Vid. "Novedades normativas en materia de vivienda protegida en Andalucía: especial referencia a los Planes Municipales de Vivienda y Suelo", RAAP núm. 83 (mayo-agosto 2012), págs. 331-374.

seguridad jurídica que ello conlleva, no sólo para la ciudadanía, sino para todos los operadores del sector<sup>2</sup>. Pues bien, nueva muestra de ese boom es la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 69, de 11 de abril, del Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.

El objetivo de esta norma, poner fin al drama de los desahucios y dar efectividad al derecho a una vivienda digna, es absolutamente plausible. Es más, su consecución es deber de los poderes públicos. La cuestión es si el camino adoptado por la Comunidad Autónoma de Andalucía -y parece que, posiblemente, a seguir por otras, tal y como han anunciado Canarias y Cataluña- es el adecuado, oportuno y económicamente viable, fundamentalmente teniendo en cuenta las normas estatales aprobadas en materia de desahucios, alquiler e hipotecas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 que posibilita la suspensión del desahucio y las condiciones contempladas en el Memorándum del rescate bancario impuesto a España desde la Unión Europea.

En definitiva, en las siguientes páginas, sin discutir la legitimidad y bondad de los objetivos perseguidos por el citado Decreto-Ley, pretendo lanzar algunas reflexiones sobre, por una parte, la adecuación y congruencia de los motivos aducidos por el Decreto-Ley 6/2013 y las concretas medidas adoptadas, en especial, la expropiación temporal de viviendas y la potestad de sancionar viviendas desocupadas y, por otra parte, sobre la existencia actual de otras posibles vías más proporcionadas y menos gravosas y restrictivas del derecho fundamental a la propiedad privada.

---

<sup>2</sup> En este sentido, apuntar que el concepto de vivienda protegida se ha visto nuevamente perfilado a nivel de normativa estatal por la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. Sin perjuicio de las situaciones jurídicas creadas al amparo de anteriores normativas aplicables, se establece que se entenderá por vivienda protegida, “toda aquella que cuente con la calificación correspondiente de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, por cumplir los requisitos de uso, destino, calidad, precio máximo establecido (tanto para venta como para alquiler) y, en su caso, superficie y diseño, así como cualesquiera otros establecidos en la normativa correspondiente”, determinándose a continuación una serie de requisitos mínimos que habrán de cumplir en todo caso.

## II. CONTENIDO DEL DECRETO-LEY 6/2013, DE 9 DE ABRIL

### 1. Consideraciones previas sobre el uso del Decreto-Ley.

La Constitución española (CE) regula en el art. 86 el Decreto-Ley como uno de los dos supuestos en los que el Gobierno puede dictar una norma con rango de ley.

Esta figura se caracteriza, además de por constituir una facultad propia del Ejecutivo, por las siguientes tres notas: la primera, por la existencia de un presupuesto habilitante consistente en una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”; la segunda, por no poder afectar su regulación a las materias citadas en el art. 86.1 CE (al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado; los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución; al régimen de las Comunidades Autónomas; y al Derecho electoral general)<sup>3</sup>; y la tercera, por tratarse de una norma de carácter provisional.

La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA), introduce en su art. 110 la figura del Decreto-Ley en el ordenamiento jurídico andaluz de forma que, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Consejo de Gobierno tenga la facultad de dictar este tipo de medidas legislativas provisionales, las cuales no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía. Dado su carácter provisional, estas normas quedarán derogadas si en el plazo improrrogable de treinta días subsiguientes a su promulgación no se convalidan expresamente por el Parlamento andaluz tras un debate y votación de totalidad. Durante el referido plazo, el Parlamento podrá acordar la tramitación de los Decretos-Leyes como Proyectos de Ley por el procedimiento de urgencia.

Desde que se incorporase esta figura al Derecho propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Ejecutivo andaluz ha hecho un constante uso del mismo para abordar situaciones tan dispares como: la convalidación de determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía dictados durante la vi-

---

<sup>3</sup> Asimismo, el Decreto-Ley no puede entrar a regular materias reservadas a Ley Orgánica, aquellas que la Constitución expresamente exige que sean aprobadas por Ley de las Cortes Generales y también se prohíbe la delegación legislativa por Decreto-Ley.

gencia del Decreto 324/2009, de 8 de septiembre, por el que se aprobaba su Estatuto, en cuanto adolezcan de cualquier vicio administrativo dimanante de la nulidad del mentado Decreto; la reordenación del sector público andaluz; o la regularización de la situación de los interinos acogidos al pacto de estabilidad que se habían visto afectados por el último concurso de méritos. Me pregunto si se habrían evitado recursos y discordancias normativas y logrado un mayor consenso si en tales casos, por ejemplo, se hubiera tramitado y debatido ante el Parlamento un Proyecto de Ley de Reordenación del Sector Público, se hubiera hecho uso de la posibilidad que ofrece la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público para consolidar a tales interinos dentro de la función pública andaluza o, mejor, se hubiese aprovechado tal oportunidad para tramitar un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Ordenación de la Función Pública de Andalucía adecuado a la citada legislación básica.

En concreto, el balance normativo de estos últimos años en la Comunidad Autónoma ha sido el siguiente: en 2008, frente a tres Leyes, se aprobaron dos Decretos-Leyes<sup>4</sup>; en 2009, se aprobaron cinco Leyes y tres Decretos-Leyes<sup>5</sup>; en 2010, se aprobaron doce Leyes y siete Decretos-Leyes<sup>6</sup>; en 2011, se aprobaron once Leyes y tres Decretos-Leyes<sup>7</sup>; en 2012 se aprobaron seis Leyes y cinco De-

---

<sup>4</sup> Decreto-Ley 1/2008, de 3 de junio, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía y el Decreto-Ley 2/2008, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA).

<sup>6</sup> El Decreto-Ley 1/2010, de 9 de marzo, de medidas tributarias de reactivación económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía; el Decreto-Ley 2/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz; el Decreto-Ley 3/2010, de 8 de junio, por el que se modifica, amplía y aprueba una nueva edición del Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA); el Decreto-Ley 4/2010, de 6 de julio, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad; el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público; el Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público; y el Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>7</sup> El Decreto-Ley 1/2011, de 26 de abril, por el que se modifica la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía; el Decreto-Ley 2/2011, de 25 de octubre, por el que se eleva el mínimo exento para personas con discapacidad y se regula el tipo de gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio en la Comunidad Autónoma de Andalucía; y el Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

cretos-Leyes<sup>8</sup>; y a fecha de mediados de julio de 2013, frente a las dos Leyes aprobadas, relativas a la creación de dos colegios profesionales, se han aprobado ya ocho Decretos-Leyes<sup>9</sup>.

El antepenúltimo de estos Decretos-Leyes, el 6/2013, de 9 de abril<sup>10</sup>, se ha dictado, según se fundamenta en su Exposición de Motivos, para dar respuesta a la situación de extremada y urgente necesidad que padece un sector de la población que se ve desahuciada de su vivienda y que necesita un techo bajo el que vivir.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 27.2.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, el control sobre la constitucionalidad de un Decreto-Ley compete al Tribunal Constitucional (TC).

En este contexto, el TC ha reconocido que la determinación de cuándo la

---

<sup>8</sup> El Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía; el Decreto-Ley 2/2012, de 19 de junio, por el 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; el Decreto-Ley 3/2012, de 24 de julio, por el que se modifica el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, para adaptarlo al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; el Decreto-Ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores y ex-trabajadoras andaluzes afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis; el Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía.

<sup>9</sup> El Decreto-Ley 1/2013, de 29 de enero, por el que se modifica el Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía y se establecen otras medidas urgentes en el ámbito comercial, turístico y urbanístico; el Decreto-Ley 2/2013, de 12 de marzo, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía; el Decreto-Ley 3/2013, de 19 de marzo, por el que se modifica la Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de la Radio y Televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA); el Decreto-Ley 4/2013, de 2 de abril, por el que se modifica la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo; el Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía; el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, objeto de las reflexiones de este trabajo; el Decreto-Ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía; y el Decreto-Ley 8/2013, de 28 de mayo, de Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento.

<sup>10</sup> Convalidado por el Pleno del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada el día 8 de mayo de 2013, vid. la publicación del acuerdo de convalidación en el BOJA núm. 96, de 20 de mayo de 2013.

situación puede calificarse de “extraordinaria y urgente necesidad” constituye un “juicio puramente político” que compete al Gobierno, al que incumbe la dirección política del Estado, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional pueda entrar a controlar los “supuestos de uso abusivo o arbitrario” (STC 29/1982, de 31 de mayo) que pudieran desvirtuar la potestad legislativa ordinaria de las Cortes Generales, las cuales pueden legislar también por el procedimiento de urgencia<sup>11</sup>.

Desde su Sentencia 29/1982, de 31 de mayo<sup>12</sup>, el TC ha intentado ir fijando criterios que ayuden a delimitar los contornos del concepto jurídico indeterminado al que se alude con la expresión de situación de “extraordinaria y urgente necesidad”. Ha sostenido que para controlar la concurrencia de ese presupuesto habilitante es preciso analizar dos elementos: “en primer lugar, los motivos que habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada; y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma”.

---

<sup>11</sup> Precisamente, en el plano parlamentario andaluz, el pasado 15 de noviembre, el PSOE e IU rechazaron la moción del PP 9-12/M-000006, relativa a política general en materia de vivienda, en la que se pedía que la Junta de Andalucía impulsara la puesta a disposición de su parque de vivienda social y de promoción pública para las familias más necesitadas y perjudicadas por la crisis (Vid. el Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía Plenos 19, de 15 de noviembre de 2012, págs. 9-15 y el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 113, de 27 de noviembre de 2012, pág. 15).

La propuesta realizada por el PP de cesión de viviendas propiedad de la Junta de Andalucía a personas desahuciadas se había elevado a la vista de la información contenida en la página web de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía (EPSA), que reconocía la existencia de unas 5.000 viviendas de titularidad pública que se encontrarían vacías en Andalucía, de un parque total de unas 81.000, destinadas a venta y alquiler.

En esta línea, el Informe anual del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada por esta Institución durante el ejercicio 2012 recoge, entre otras observaciones, la advertencia que el Defensor realizó a la Consejería de Fomento y Vivienda en julio de 2012 sobre la existencia de “miles de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública u oficial desocupadas” en Andalucía, al tiempo que recoge varias quejas de oficio, entre ellas una dirigida a la Empresa Pública de Suelo en Andalucía sobre la posible existencia de viviendas desocupadas en Úbeda (Jaén) desde 2006 (Vid. BOPA núm. 200, de 13 de abril de 2013, págs. 27, 60-67, 91-98 y 221).

Desde diciembre de 2012, sin embargo, no es posible consultar la oferta de vivienda protegida en la web de EPSA, ya que se indica que “la información que aparece en esta sección es una recopilación histórica de la gestión de EPSA en materia de promoción de vivienda protegida, no actualizada dado que esta empresa está construyendo una nueva página web que estará plenamente activa en breve, y en la que aparecerá toda la información de interés puesta al día”.

Esperemos que cuando se apruebe la Ley de Transparencia se pueda acceder a dicha información.

<sup>12</sup> Asimismo, vid. SSTC 6/1983, de 4 de febrero, 182/1997, de 28 de octubre, 137/2003, de 3 de julio y 189/2005, de 7 de julio.

Merece la pena subrayar el dato de que sólo en contadas ocasiones el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de un Decreto-Ley por falta del presupuesto habilitante, al entender que no concurría una situación de extraordinaria y urgente necesidad<sup>13</sup>.

No obstante, al margen del posible control sobre la constitucionalidad del presupuesto habilitante del Decreto-Ley 6/2013, esta norma ha adoptado, en aras del interés social, una serie de medidas, la más polémica y discutible, la regulación de la expropiación temporal del uso de viviendas a las entidades financieras y sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activo que, por afectar directamente al derecho a la propiedad privada, podría fundamentar, asimismo, la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo.

## **2. Sobre la suficiencia de las competencias que avalan el Decreto-Ley 6/2013.**

Tal y como explicita la Exposición de Motivos del Decreto-Ley 6/2013, éste se dicta al amparo del título competencial recogido en el art. 56 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que establece la competencia exclusiva de esta Comunidad Autónoma en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio, respetándose las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1.1ª y 18ª de la Constitución.

No se hace, en cambio, una cita expresa a cuál es la competencia que avala a la Comunidad Autónoma de Andalucía para dictar una norma en la que se regula la controvertida expropiación temporal de viviendas desocupadas en manos de los bancos y sus filiales inmobiliarias.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.3 EAA, corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de expropiación forzosa la “competencia ejecutiva”<sup>14</sup> que incluye, en todo caso: determinar los supuestos, las causas y las condiciones en que las Administraciones andaluzas pueden

---

<sup>13</sup> Vid. SSTC 68/2007, de 28 de marzo, con relación al Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad y la STC 137/2011, de 14 de septiembre, con relación al Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

<sup>14</sup> De acuerdo con el art. 42 EAA, las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía se clasifican en: exclusivas; compartidas; ejecutivas; y competencias relacionadas con la aplicación del Derecho Comunitario, que comprenden el desarrollo y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma.



ejercer la potestad expropiatoria; establecer criterios de valoración de los bienes expropiados según la naturaleza y la función social que tengan que cumplir, de acuerdo con la legislación estatal; y crear y regular un órgano propio para la determinación del justiprecio y fijar su procedimiento.

De acuerdo con el tenor del citado precepto estatutario, la competencia “ejecutiva”<sup>15</sup> de la Comunidad Autónoma para establecer la función social que tengan que cumplir los bienes expropiados ha de realizarse “de acuerdo con la legislación estatal”, esto es, fundamentalmente de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, la cual regula en sus artículos 71-75 la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad y establece el procedimiento que ha de seguirse.

En este contexto, hay que traer a colación los pronunciamientos de diversas sentencias del Tribunal Constitucional en las que ha abordado el tema de si las Comunidades Autónomas ostentan competencias normativas en materia de expropiación, o ésta corresponde en su integridad al Estado, con base en el art. 149.1.18 CE, así: la STC 37/1987, de 26 de marzo, por la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria (FJ 6º); la STC 186/1993, de 7 de junio, por la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1986, de 2 de mayo, de regulación de las Dehesas (FJ 2º); y la STC 17/1990, de 7 de febrero, por la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 10/1987, de 5 de mayo, de Aguas (FJ 10º).

En las citadas Sentencias el TC reconoce que “la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquélla debe servir. De lo contrario se llegaría al absurdo de que las Comunidades

---

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.

<sup>15</sup> Vid. la interpretación que realiza el TC del concepto de competencia ejecutiva para salvar la constitucionalidad de los términos en los que se expresa el art. 112 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en el FJ 61 de la STC 31/2010, de 28 de junio, así como el voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas.

Autónomas, habiendo constatado la existencia de nuevas causas de utilidad pública o interés social justificadoras de la expropiación para el desarrollo de sus respectivas competencias, tuvieran que solicitar del Estado la regulación formal de aquéllas, o a la no menos absurda conclusión, por petrificadora del ordenamiento, de no poder identificar tales supuestos legitimadores más allá de los que, antes de la instauración del Estado de las Autonomías hayan sido declarados como tales por las Leyes del Estado en materias sobre las que éste ha dejado de tener competencia”.

A la vista de estos pronunciamientos se puede sostener que la Comunidad Autónoma andaluza tiene, en materia de vivienda, competencia para regular este supuesto de expropiación temporal del uso de viviendas a los bancos y sus filiales inmobiliarias con base en la salvaguarda del interés social.

No obstante, no hay que olvidar que, por otra parte, la Constitución atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales y la competencia sobre legislación mercantil y procesal, legislación civil, para dictar las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y la competencia en legislación sobre expropiación forzosa (art. 149.1.1<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup>, 11<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup> y 18<sup>a</sup> CE).

Atendiendo a dichos títulos competenciales, y so pena de crear una situación de inseguridad jurídica y de desigualdad entre los españoles que residan en una Comunidad Autónoma u otra, entendemos que sería más acertado abordar esta cuestión de suma relevancia e interés, tanto jurídico como social, a través de una regulación legal a nivel estatal que configure el contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda, establezca cuáles sean sus limitaciones, delimite su función social y las consecuencias que conlleve su incumplimiento<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Desde que se publicara el Decreto Ley 6/2013 y se escribiera en abril este artículo han sido varias las normas que se han ido publicando a nivel estatal y autonómico sobre esta materia y que hemos ido incorporando. Asimismo, durante este tiempo, hay que subrayar que el 9 de julio se interpuso un recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Presidente del Gobierno, contra el art. 1 y la DA 2<sup>a</sup> del Decreto Ley 6/2013, fundamentado en que: la norma andaluza afecta al contenido esencial del derecho a la propiedad de la vivienda, que es una materia cuya regulación está reservada a las Cortes Generales; que establece una responsabilidad sancionadora al margen del principio de culpabilidad que exige la Constitución; y por establecer una regulación contraria al principio de igualdad. Finalmente el recurso de incons-

### 3. Principales medidas adoptadas.

Las medidas que contempla el Decreto-Ley 6/2013 para paliar fundamentalmente el problema de los desahucios de viviendas en Andalucía implican una serie de modificaciones normativas. El primer grupo de éstas afectan a la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía (LDVA) y a la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo (LMVPS). El segundo, a la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros. Y el tercero, a la Ley 9/2001, de 12 de julio, por la que se establece el sentido del silencio administrativo y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos.

Centrándonos en las medidas que afectan al primer grupo, destacamos las siguientes:

- a) La expropiación temporal del uso de viviendas.

Con el argumento de que toda persona tiene “derecho a una vivienda” y que los poderes públicos tienen el deber de “promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho”, según se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Constitución Española, el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Ley del Derecho a la Vivienda en Andalucía, el Decreto-Ley 6/2013 introduce una novedosa limitación del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento consistente en una expropiación temporal del uso de las viviendas a los bancos y sus filiales inmobiliarias.

Se defiende que, hasta el momento, no se ha tenido en cuenta la “la perspectiva social que necesariamente tiene la vivienda”, que, en la práctica, “es considerada un simple bien de consumo sujeto a las leyes del mercado” y es, por esta razón que, a través de esta medida, se pretende asegurar la “función social” de la vivienda.

---

tutucionalidad nº 4286-2013 ha sido admitido a trámite por el TC que, asimismo, ha acordado la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados (vid. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2013 y BOJA núm. 142, de 22 de julio de 2013).

Concretamente, es la Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley 6/2013 la que regula la declaración de interés social de la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda.

El plazo máximo establecido para tal expropiación es de tres años, a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente.

El ámbito de aplicación de esta normativa abarca a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate alguna de ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal<sup>17</sup>.

Temporalmente, esta medida será aplicable a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de este Decreto-Ley, esto es, antes del 12 de abril de 2013, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento o se hubiese producido el lanzamiento después de la entrada en vigor del mismo pero la vivienda esté desocupada.

El procedimiento regulado en esta Disposición se inicia a solicitud del interesado.

Para poder ser beneficiario de esta expropiación, la persona solicitante habrá de cumplir con una serie requisitos, así:

1º) Tener su residencia habitual y permanente en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria, siendo su única vivienda en propiedad y no poseer ningún miembro de la unidad familiar que conviva en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria la titularidad de ninguna vivienda.

---

<sup>17</sup> No obstante ser esta medida únicamente aplicable a los bancos, en el plano local se ha adoptado, con base en el argumento de la función social de la vivienda del Decreto-Ley 6/2013, una iniciativa por parte del Ayuntamiento onubense de San Juan del Puerto consistente en iniciar la expropiación de cuatro viviendas vacías titularidad de la Junta de Andalucía sitas en el municipio y su puesta a disposición de varias familias sanjuaneras en riesgo de exclusión social, tras el rechazo de los varios requerimientos previos que para ello había realizado el Consistorio a la Junta de Andalucía.

Parece, pues, que la norma no contempla la posibilidad de que el solicitante o algún otro miembro de la unidad familiar pueda tener algún otro derecho real de uso o disfrute sobre alguna otra vivienda (derecho de usufructo, uso o habitación).

2º) Tener la condición inicial de propietarios y deudores hipotecarios.

3º) Que el lanzamiento pueda generar una situación de emergencia o exclusión social.

4º) Y, por último, cumplir una serie de requisitos de carácter económico (que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea consecuencia del impago de un préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda por la persona; que las condiciones económicas de ésta hayan sufrido un importante menoscabo, provocando una situación de endeudamiento sobrevenido respecto a las condiciones y circunstancias existentes cuando se concedió el préstamo hipotecario; y que el conjunto de ingresos de la unidad familiar no supere 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples<sup>18</sup>).

Por consiguiente, para el inicio del procedimiento de expropiación forzosa, la persona interesada deberá aportar, además de la solicitud dirigida al efecto y de la documentación acreditativa del proceso de ejecución hipotecaria en el que su vivienda se encuentre incurso, la documentación acreditativa de: su situación económica (certificado de rentas, últimas tres nóminas percibidas, certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo, etc.); los ingresos de los miembros de la unidad familiar; del número de personas que habitan la vivienda (libro de familia, certificado de empadronamiento, etc.); titularidad de los bienes (certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar, escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria...); declaración responsable de la persona deudora o deudoras relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos por este Decreto-Ley; e informe de los Servicios Sociales Comunitarios del municipio sobre la situación de emergencia o exclusión social en que puede quedar el beneficiario en caso de lanzamiento.

---

<sup>18</sup> De acuerdo con lo dispuesto en la DA 82ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, las cuantías del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples están fijada para este año en: 17,75 euros (diario); 532,51 euros (mensual); 7.455,14 euros o 6.390,13 euros (anual, dependiendo de si expresamente se excluyen o no las pagas extras).

La resolución que acuerde el inicio del procedimiento expropiatorio habrá de comunicarse al órgano judicial que esté conociendo del correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria.

En cuanto a la determinación del órgano competente para resolver estos procedimientos, la norma distingue según afecte a una vivienda o a más. En el primer supuesto, será competente para su resolución el titular de la Delegación Territorial en materia de vivienda. Si la afectación alcanza a una generalidad de situaciones, corresponderá a la persona titular de la Dirección General competente en materia de vivienda.

El procedimiento de expropiación temporal del uso de la vivienda deberá respetar el establecido en la legislación de expropiación forzosa y, en su caso, en la legislación sectorial aplicable.

Mediante Decreto del Consejo de Gobierno se declarará, previa información pública y motivadamente, el interés social y la necesidad de ocupación a efectos de expropiación forzosa temporal del uso de viviendas, pudiendo ser dicha competencia objeto de delegación en la Consejería competente en materia de vivienda, en la actualidad, la Consejería de Fomento y Vivienda.

A los efectos previstos en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, se declara “urgente” la ocupación prevista en este Decreto-Ley.

Destaca el reconocimiento de un derecho de reversión en el caso de que las circunstancias de la persona beneficiaria se modificaran antes de transcurrir los referidos tres años o cuando se pierda la condición de beneficiario.

Asimismo, debe subrayarse que la persona beneficiaria quedará obligada al pago a la Administración expropiante de una cantidad en concepto de contribución al pago de justiprecio, en cuantía no superior al 25% de los ingresos de la unidad familiar que conviva en la misma, ni superior a la cuantía del justiprecio.

Y, por último, siendo conscientes de las posibilidades económicas, se dice que, en todo caso, lo establecido en esta Disposición estará en función de las disponibilidades presupuestarias.

b) La potestad sancionadora.

Entre las modificaciones introducidas en el texto de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía destaca la inclusión en su artículo 1 de un apartado quinto en el que se ensalza, como garantía legal del efectivo cumplimiento del derecho a una vivienda digna y adecuada, el ejercicio de las potestades de inspección y sanción de las infracciones tipificadas en materia de vivienda, siendo competente para ejercitar las correspondientes potestades de declaración, inspección y sanción, por lo que se refiere a vivienda deshabitadas, la Consejería con competencia en materia de vivienda.

En concordancia con ello, se ha modificado el art. 4 LDVA, regulador del contenido de las actuaciones de las Administraciones Públicas andaluzas para garantizar el efectivo disfrute del derecho a una vivienda digna, incluyendo el ejercicio de las potestades de inspección administrativa y sancionadora en materia vivienda y las actuaciones de fomento para evitar la existencia de viviendas deshabitadas [letras e) y f)].

Concretamente, dentro del nuevo Título VII de la LDVA, el Capítulo II se dedica a la potestad sancionadora en materia de vivienda. Recordemos que, hasta el momento, las únicas infracciones y sanciones tipificadas en materia de vivienda eran las contempladas en la Ley 13/2005 para las viviendas protegidas.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 52 LDVA, se consideran infracciones en materia de vivienda a todas las acciones u omisiones tipificadas como tales por la presente Ley, sin perjuicio de las especificaciones que puedan efectuarse por reglamento, dentro de los límites establecidos por la legislación vigente en materia sancionadora.

El art. 53 LDVA establece una clasificación tripartita de las infracciones en: muy graves<sup>19</sup>, graves<sup>20</sup> y leves<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Art. 53.1. Son infracciones muy graves:

“a) No dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en el artículo 25, siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica, bien en régimen de pleno dominio, bien como titular de una participación mayoritaria en un condominio sobre la misma. Igual determinación rige para las sociedades irregulares.

b) Arrendar, transmitir o ceder el uso de inmuebles para su destino a vivienda sin cumplir las condiciones de seguridad según lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley y demás normativa aplicable.

c) Incumplir el deber de conservación y rehabilitación previsto en el artículo 17.2 de esta Ley si su-

A diferencia del régimen descrito anteriormente para la expropiación temporal del uso de viviendas, en materia sancionadora sí pueden ser sancionados como sujetos responsables las personas físicas (excepto en el caso de tener la vivienda deshabitada), además de las personas jurídicas, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado.

La Ley contempla una serie de supuestos excluyentes de tal responsabilidad, por ejemplo, cuando concorra fuerza mayor (concepto jurídico indeterminado que debiera haberse concretado a modo, por ejemplo, como hace el art. 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido la Ley de Contratos del Sector Público); cuando deriven de una decisión colectiva, para quienes hubieran salvado su voto o

---

pone un riesgo para la seguridad de las personas o un incumplimiento de un programa previo de rehabilitación forzosa, de acuerdo con lo señalado en los artículos 18 y 19.

d) La inexactitud en los documentos o certificaciones que sean necesarios para obtener una resolución administrativa con reconocimiento de derechos económicos, de protección o de habitabilidad, con el fin de obtener un acto favorable a los infractores o a terceros, de eludir una orden de ejecución u otro acto no favorable a las personas interesadas o bien para la obtención de medidas de fomento en los términos de los artículos 9, 17, 18, 19 y 42 y siguientes.”

<sup>20</sup> Art. 53.2. Son infracciones graves:

“a) Arrendar, transmitir o ceder el uso de inmuebles para su destino a vivienda incumpliendo condiciones de habitabilidad según lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley y demás normativa aplicable.

b) Incumplir el deber de conservación y rehabilitación previsto en el artículo 17.2 de esta Ley si supone una afectación grave de las condiciones de habitabilidad de los edificios.

c) La reiteración, una vez advertida la infracción, ante la negativa a suministrar datos a la Administración o ante la obstrucción a las funciones de información, control o inspección, conforme se dispone en los artículos 27, 28, 29 y 30. A estos efectos, se entiende igualmente por obstrucción la remisión de información o la aportación de datos o documentos de forma inexacta si ello incide en el ejercicio de las potestades de inspección o en la constatación, calificación o graduación de la infracción.

d) El incumplimiento de los deberes que se establecen para las Agencias de Fomento del Alquiler en la presente Ley y en los artículos 10 y siguientes del Decreto 33/2005, de 15 de febrero, por el que se regulan las citadas entidades, o norma que lo sustituya.

e) No comunicar a la Administración competente la concurrencia de hechos sobrevenidos que supongan una modificación de la situación económica o circunstancias de otra índole que hayan sido tenidas en cuenta para ser beneficiaria de las medidas de fomento reguladas en los artículos 9 y 42 y siguientes.”

<sup>21</sup> Art. 53.3. Son infracciones leves:

“a) Incumplir el deber de conservación y rehabilitación, si supone una afectación leve de las condiciones de habitabilidad de los edificios según se previene en el artículo 3.

b) Negarse a suministrar datos a la Administración u obstruir o no facilitar las funciones de información, control o inspección, conforme a lo dispuesto en los artículos 27, 28, 29 y 30 de esta Ley. A estos efectos, se entiende por obstrucción, igualmente, la remisión de información o la aportación de datos o documentos de forma inexacta, o con incumplimiento de plazos, si ello incide en el ejercicio de las potestades de inspección o en la constatación, calificación o graduación de la infracción.”



no hubieran asistido a la reunión en que se adoptó la misma (supuesto este último que podría fomentar el absentismo como forma de salvar la responsabilidad); y cuando se realicen por quienes carezcan de capacidad de obrar, sin perjuicio de la obligación de restauración o indemnización que, en su caso, haya de exigirse a su representante legal, a resultas de la comisión de la infracción.

En el caso de que la infracción se impute a una persona jurídica, podrán ser consideradas responsables las personas que ejerzan la administración de hecho o de derecho y las personas físicas que integran los correspondientes organismos rectores o de dirección, de acuerdo con lo establecido en el correspondiente régimen jurídico. En todo caso, las personas jurídicas serán responsables de las infracciones administrativas cometidas en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y las personas que ejerzan la administración de hecho o de derecho.

A continuación se contemplan determinados supuestos de responsabilidad solidaria (por la concurrencia de varios sujetos infractores, en caso de partícipes o cotitulares de herencias yacentes, comunidades de bienes, etc.) y de responsabilidad subsidiaria.

En cuanto a las medidas aplicables ante la comisión de una infracción, la Ley dispone, por una parte, medidas de reconducción de conductas, consistentes en multas coercitivas y, por otra parte, medidas sancionadoras, consistentes fundamentalmente en la imposición de multas.

En cuanto a la regulación de las multas coercitivas, el art. 59 LDVA establece que la Administración competente tiene la facultad discrecional de hacer uso de este medio de ejecución forzosa, imponiéndolas de forma reiterada y consecutiva, hasta un máximo de tres, cuando transcurran los plazos señalados para llevar a cabo una acción u omisión u obligación de hacer o de no hacer previamente requerida. La cuantía de cada una de las multas no debe superar, para la primera multa coercitiva, el 20 por ciento de la multa sancionadora establecida para el tipo de infracción cometida, el 30 por ciento, para la segunda multa coercitiva y el 40 por ciento, para la tercera multa coercitiva, y en todas ellas por una cuantía mínima de 1.000 euros.

Respecto al contenido del precepto comentado, consideramos que, con base en la cobertura legal específica que requiere la multa coercitiva, de acuerdo con el tenor del art. 99.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debiera haberse previsto no sólo su cuantía, sino también el lapsus

temporal que ha de mediar entre una y otra, que ha de ser suficiente y adecuado para que el sujeto cumpla con la obligación previamente requerida.

Asimismo, la Ley explicita unos criterios (atenuantes o agravantes) que habrán de tenerse en cuenta por la Administración a la hora de graduar la sanción *in melius* o *in peius*.

Las sanciones de tipo económico, reguladas en el art. 61 LDVA, consisten en multas para las infracciones muy graves de hasta 9.000 euros, para las infracciones graves de hasta 6.000 euros y para las leves de hasta 3.000 euros (cuantías éstas que, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta, podrán ser revisadas y actualizadas por el Consejo de Gobierno). En ningún caso podrán imponerse multas inferiores a 1.000 euros.

Como sanciones accesorias a dichas multas, la Administración tiene la potestad de imponer: la inhabilitación de la persona jurídica o entidad infractora para promover o participar en promociones de viviendas protegidas o en actuaciones de edificación o rehabilitación con financiación pública durante el plazo máximo de tres años, en los supuestos de infracciones graves, o de seis años, en los supuestos de infracciones muy graves; y la pérdida de la condición de Agencia de Fomento del Alquiler o de entidad intermediaria homologada como agente colaborador a los efectos de esta Ley.

Los plazos de prescripción, tanto de las infracciones administrativas como de las sanciones tipificadas por la presente Ley, son de: cuatro años para las muy graves; tres años para las graves; y dos años para las leves.

Respecto al procedimiento sancionador, regulado en el art. 67, destaca el plazo máximo establecido para su conclusión, un año contado desde la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento. El vencimiento del mismo sin que se haya notificado resolución expresa produce la caducidad del procedimiento, lo que no impide la iniciación de uno nuevo si no ha prescrito la infracción que dio lugar al mismo.

Y en cuanto a la determinación del órgano competente para iniciar, tramitar y resolver el procedimiento sancionador, la Ley dispone que corresponden, en el caso de la Administración de la Junta de Andalucía, en función de la cuantía de las multas, a la persona titular de la Secretaría General, a la persona titular de la Dirección General o a la persona titular de la Delegación Provincial o Territorial de la Consejería competente en materia de vivienda. En el ámbito de las entidades locales, se estará a lo que disponga su normativa específica.

- c) Medidas de fomento para evitar la existencia de viviendas deshabitadas.

Otra de las novedades más significativas de esta Ley es la inclusión en su art. 25 de una definición de “viviendas deshabitadas”. Tras definir qué se considera “vivienda” a los efectos del nuevo Título VI de la LDVA<sup>22</sup>, describe un par de situaciones que hacen presumir que la vivienda no está habitada. La primera, cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación. Y la segunda, cuando la vivienda no cuente con contrato de suministro de agua o de electricidad o presente nulo o escaso consumo de suministros, calculados con base en la media habitual de consumo por vivienda y por año. No obstante, se trata de presunciones *iuris tantum*, susceptibles de prueba en contrario.

Se excluyen de este concepto, las edificaciones destinadas a un uso regulado en la legislación turística, las viviendas de las personas físicas cuyo uso exclusivo sea el de esparcimiento o recreo y las viviendas que sean usadas de forma efectiva mediante su arrendamiento como fincas urbanas celebrado por temporadas.

En concordancia con el tenor del art. 53.1.a) de esta Ley, expresamente se contempla que las viviendas deshabitadas de titularidad de personas físicas no serán objeto del ejercicio de la potestad sancionadora. A tales efectos, sólo se considerará vivienda deshabitada, aquélla cuya titularidad corresponda a una persona jurídica, constituida regular o irregularmente.

La Sección 2ª del Capítulo I del Título VI regula, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo, el procedimiento contradictorio que ha de seguirse para declarar una vivienda deshabitada.

Para el inicio del mismo, la Administración tendrá en cuenta una serie de indicios de no habitación que se explicitan en el art. 26, tales como: los datos

---

<sup>22</sup> Se entiende por vivienda “toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso, en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones.”

del padrón de habitantes y de otros registros públicos de residentes u ocupantes; consumos anormalmente bajos o carencia de los suministros de agua, gas y electricidad, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo de esta Ley; recepción de correo y notificaciones en otros lugares; declaraciones o actos propios de la persona titular de la vivienda; o declaraciones de los titulares de la vecindad.

Paralelamente a la regulación de este procedimiento, se han añadido también actuaciones tendentes a promover el uso social de las viviendas, el cumplimiento efectivo del destino de la vivienda al uso legalmente establecido de dar habitación e incentivar la incorporación de las viviendas deshabitadas al mercado inmobiliario.

En este contexto, el art. 43 de la Ley dispone que, a través de los Planes de Vivienda o de los Programas de Fomento aprobados por la Consejería competente en materia de vivienda, se contemplen como medidas de fomento a las personas propietarias de viviendas deshabitadas, entre otras, las siguientes: medidas de intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas que garanticen su efectiva ocupación; el aseguramiento de los riesgos que garanticen el cobro de la renta, los desperfectos causados y la defensa jurídica de las viviendas alquiladas; medidas fiscales que determinen las respectivas Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias; y subvenciones para personas propietarias y arrendatarias y entidades intermediarias.

Evidentemente, todas estas medidas estarán en función de las disponibilidades presupuestarias.

Concretamente, el 15 de abril se ha publicado en el BOJA núm. 71 el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 2 de abril de 2013, por el que se formula el Plan Andaluz de Vivienda y Rehabilitación, cuyo plazo de elaboración es de ocho meses a partir del día siguiente al de la publicación del Acuerdo, por lo tanto, antes del 16 de diciembre de 2013. Habrá que esperar, pues, para comprobar cuáles de las medidas de fomento comentadas se recogerán efectivamente en el futuro Plan.

#### **4. Sobre la viabilidad de las medidas previstas en el Decreto-Ley 6/2013.**

Sobre la ejecución, al menos a corto plazo, de las medidas previstas en el Decreto-Ley 6/2013, detectamos una serie de escollos de tipo normativo, de medios personales y económicos.

En primer lugar, algunas de las medidas clave reguladas en el Decreto-Ley no son de directa aplicación, sino que precisan de un desarrollo reglamentario, tales como: la elaboración de un Plan de Inspección en materia de vivienda; la creación de un Registro de Viviendas Deshabitadas; la regulación de las medidas la intermediación en el mercado del arrendamiento y del aseguramiento de los riesgos correspondientes a la ocupación de las viviendas deshabitadas; el programa de Bolsas de Viviendas en Alquiler; o la concesión de subvenciones o ayudas para el alquiler.

La Disposición Adicional Tercera del Decreto-Ley establece que el Consejo de Gobierno deberá aprobar las normas reglamentarias que permitan poner en funcionamiento el Registro de Viviendas Deshabitadas, en todo caso, en el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta norma.

Respecto al desarrollo normativo de las medidas de fomento contempladas en los arts. 44 y 45 LDVA, la Disposición Final Primera dispone que deberá efectuarse en el plazo de un mes a contar desde la entrada en vigor del mismo, a fin de regular un programa de Bolsas de Viviendas en Alquiler destinado a asegurar la efectiva ocupación.

Por su parte, la Disposición Final Segunda explicita que el desarrollo reglamentario del resto de las disposiciones del Decreto-Ley se llevará a efecto de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 112 y 119.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y el artículo 44 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Desde un punto de vista procedimental, ya se acometa el desarrollo normativo del Decreto-Ley vía Decreto u Orden, el procedimiento a seguir exige cumplir una serie de trámites preceptivos, así: una vez acordado el inicio de la tramitación de la norma, se ha de contar con diversos informes preceptivos (entre otros, el de presupuestos, de impacto de género, de la Secretaría General Técnica, etc.); se debe abrir un trámite de alegaciones y de audiencia; habrá de remitirse, en su caso, al Consejo Económico y Social; ha de emitirse informe por parte del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía; cuando se trate de reglamentos ejecutivos ha de ser dictaminado por el Consejo Consultivo de Andalucía; si se trata de un Decreto, ha de aprobarse por la Comisión General de Viceconsejeros Viceconsejeras y posteriormente por el Consejo de Gobierno, y si se trata de una Orden, por el titular de la Consejería competente; y finalmente, publicarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Pues bien, partiendo de la hipótesis de que se contara con los borradores de

los proyectos de Decretos u Órdenes ya elaborados, el respeto de los plazos mínimos legalmente establecidos en el procedimiento de elaboración normativa para que se formulen alegaciones, se contesten, se emitan informes, dictámenes, etc., difícilmente hace pensable el que se cuente con ellos en los próximos meses.

No obstante lo dicho, hay que subrayar que como desarrollo del Decreto-Ley 6/2013, con fecha de 10 de mayo se ha aprobado por Orden de la Consejera de Fomento y Vivienda el Plan Extraordinario de Inspección de Viviendas 2013-2014 (publicado en el BOJA núm. 95, de 17 de mayo), cuyo artículo único reza así: “Se aprueba el Plan Extraordinario de Inspección de Viviendas 2013-2014”. Ciertamente se ha aprobado en poco menos de un mes un Plan Extraordinario de Inspección, pero sin ni siquiera hacer referencia al contenido mínimo que se menciona en el nuevo artículo 51.5 LDVA, lo que vuelve a generar más inseguridad y desconcierto. La realidad es que tras la aprobación y publicación de esta norma se cuenta formalmente con un Plan, pero sólo eso, remitiéndose la concreción de las medidas necesarias en orden al desarrollo y ejecución de los programas de inspección al Director General de Vivienda, según dispone la Disposición Final Primera de la Orden.

En segundo término, respecto a los medios personales hay que comentar que el Decreto-Ley 6/2013 otorga un papel fundamental al Cuerpo de Inspectores (art. 27.6 LDVA).

El nuevo art. 48 LDVA atribuye, a los efectos de asegurar el efectivo derecho a la vivienda y en particular evitar la situación de viviendas deshabitadas, las funciones inspectoras correspondientes al Cuerpo de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, en los términos establecidos en el Decreto 225/2006, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía, o norma que lo sustituya.

La Inspección planificará y programará su actuación según objetivos generales o particulares, en atención a su ámbito competencial material y territorial, y actúa de conformidad con lo previsto en el Plan de Inspección en materia de vivienda.

El citado Plan será aprobado mediante Orden de la persona titular de la Consejería con competencia en materia de vivienda y elaborado a partir de las propuestas que a tal efecto realicen los órganos directivos, centrales y periféricos y entidades instrumentales con incidencia en este ámbito competencial, teniendo un carácter reservado y una vigencia máxima de dos años, prorrogable

por una anualidad. El contenido mínimo que ha componer el Plan se describe en el art. 51.5 LDVA.

Como puede comprobarse, el ejercicio de las funciones sancionadoras en materia de vivienda y para la declaración de viviendas deshabitadas recae sobre el previo trabajo desarrollado por los Inspectores del Cuerpo de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda (A1.6). Pues bien, desde que se creara el citado Cuerpo por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, y se procediera a una primera convocatoria excepcional para cubrir por concurso de mérito entre funcionarios pertenecientes a Grupo A un número reducido de plazas de Inspectores, sólo se ha convocado un único proceso selectivo mediante oposición, por Orden de 17 de noviembre de 2008, de la Consejería de Justicia y Administración Pública (BOJA núm. 240 de 3 diciembre), para acceder a “once plazas” como funcionarios de carrera en el citado Cuerpo.

Ante esta realidad, es más que previsible que se tenga que hacer uso de la previsión “excepcional” contenida en la Disposición Adicional Sexta, la cual contempla la posibilidad de que “las funciones inspectoras en materia de vivienda atribuidas a los Inspectores o Inspectoras del Cuerpo Superior de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda puedan, excepcionalmente, en caso de ser necesario, ser realizadas por personal funcionario expresamente habilitado para el ejercicio de actuaciones inspectoras en materia de vivienda, quienes, para el ejercicio de sus funciones, tendrán la condición de agente de la autoridad y disfrutarán de las facultades y deberes legales previstos en el Decreto 225/2006, (...). La habilitación podrá ser revocada en cualquier momento.”

Hasta el momento, las funciones desarrolladas por los inspectores del citado Cuerpo únicamente han girado en torno al cumplimiento de la legalidad territorial y urbanística, de conformidad con los objetivos y criterios recogidos en los Planes Generales aprobados de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo para el bienio 2007-2008, el cuatrienio 2009-2012 y el cuatrienio 2013-2016.

En el último Plan General de Inspección recién aprobado, por Orden de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de 11 de abril de 2013<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Tras los resultados de las últimas elecciones autonómicas, y de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 del Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración

no se contemplan, como tampoco en los dos anteriores, ninguna medida inspectora en relación con las viviendas.

Ha sido la recién publicada Orden de la Consejería de Fomento y Vivienda de 10 de mayo de 2013, la primera en aprobar un Plan de Inspección de Viviendas, aunque con carácter extraordinario, para, en principio, la anualidad 2013-2014. En el preámbulo de esta Orden se dice que en el plazo de un año desde la aprobación del mentado Plan Extraordinario deberá aprobarse el Plan de Inspección de Vivienda.

Y por último, con relación al Cuerpo de Inspectores, si éstos -suponemos- están integrados en la Relación de Puestos de Trabajo correspondiente a la Dirección General de Urbanismo, dependiente de la Secretaría General de Ordenación del Territorio, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 151/2012, de 5 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, debería articularse la adscripción de al menos algunos de estos Inspectores a la Dirección General de Vivienda, dado que de acuerdo con el art. 8.3 del Decreto 150/2012, de 5 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Fomento y Vivienda, le corresponden a ésta las funciones de inspección en materia de vivienda.

Y en tercer lugar, apreciamos el gran inconveniente de tipo económico que supone el materializar las medidas previstas en el Decreto-Ley 6/2013.

Para poder realizar las labores de inspección que se prevén en el Decreto-Ley se necesitará aumentar el Cuerpo de Inspectores y formar y dotar suficientemente a un gran número de funcionarios para que puedan colaborar con aquéllos en la realización de los seguimientos de consumos de agua y luz de las viviendas, en las labores de información sobre la titularidad de los inmuebles, comprobación de los periodos de desocupación de la vivienda para determinar si exceden el límite permitido por la norma, etc. Y todo ello sin perder de vista que en Andalucía hay más de cuatro millones y medio de viviendas.

Por otra parte, en el caso de las expropiaciones temporales, una parte del justiprecio al banco expropiado lo abona la Junta de Andalucía, la cual, para-

---

de Consejerías, se establece que las competencias en materia de planificación y ordenación territorial y urbanismo que hasta entonces venía ejerciendo la Consejería de Obras Públicas y Vivienda pasan a corresponder a la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente.



dómicamente les debe, según el Informe Anual de la Cámara de Cuentas de Andalucía sobre Fiscalización de la Cuenta General, Contratación Administrativa y Fondo de Compensación Interterritorial de la Junta de Andalucía correspondiente al ejercicio 2011, más de 467,77 millones de euros<sup>24</sup>. Asimismo, es como poco curioso el dato de que la Ley de Presupuestos de la Junta de Andalucía para 2013 contempla, entre sus operaciones de endeudamiento para el sector público empresarial andaluz una autorización para contraer préstamos con entidades financieras públicas y privadas hasta el límite de 150 millones de euros, con lo que pudiera llegarse a la situación de que se formalice un crédito con un banco que, a la vez, sirviera para pagar el justiprecio de la expropiación temporal de las viviendas.

Asimismo, respecto al establecimiento de incentivos fiscales o la concesión de subvenciones para las personas propietarias y arrendatarias y para entidades intermediarias, con la finalidad de fomentar el acceso a la vivienda mediante la puesta en arrendamiento de las viviendas deshabitadas, los arts. 46 y 47 LDVA contemplan, respectivamente, que la Administración podrá adoptarlas teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias que para cada ejercicio establezcan las cuentas públicas.

En definitiva, nuevamente habrá que esperar a la aprobación del futuro Plan Andaluz de Vivienda para ver si se incorpora finalmente alguno de estos incentivos.

### III. ANÁLISIS DE OTRAS MEDIDAS EXISTENTES PARA PALIAR LOS DESAHUCIOS

#### **1. El Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de Medidas Urgentes para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios.**

El 16 de noviembre de 2012 entró en vigor el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, por el que se establecen una serie de Medidas Urgentes para reforzar la protección de los Deudores Hipotecarios, dictado al amparo de las competencias exclusivas del Estado de acuerdo con el art. 149.1.1<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup>, 11<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup> CE.

---

<sup>24</sup> Vid. el Informe Anual correspondiente al ejercicio 2011, aprobado por el Pleno de la Cámara de Cuentas de Andalucía en su sesión celebrada el 20 de febrero de 2013, en <http://www.cuentas.es>.

El objetivo principal de esta norma consiste en el establecimiento de una medida que permita la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión, siendo de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.

En concreto, para que un deudor hipotecario se encuentre en el ámbito de aplicación de este Real Decreto-Ley será necesario que cumpla dos tipos de requisitos: por una parte, estar incluido dentro de alguno de los colectivos sociales que se consideran de especial vulnerabilidad (las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro discapacitado o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o las víctimas de violencia de género); y por otra parte, de tipo económico, de manera que los ingresos de la familia no superen el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples y que, además, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

En definitiva, con esta medida, calificada de muy positiva en el Informe anual del Defensor del Pueblo Andaluz correspondiente a 2012<sup>25</sup>, se impide el lanzamiento y se garantiza que durante dos años los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual.

Por otra parte, la Disposición Adicional Única del Real Decreto-Ley 27/2012 encomienda al Gobierno para que emprenda inmediatamente las medidas necesarias para impulsar, con el sector financiero, la constitución de un Fondo Social de Viviendas destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, facilitándose a estas personas el acceso a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. De esta manera, se logra favorecer el acceso a la vivienda a familias necesitadas y, al mismo tiempo, se moviliza un amplio parque de viviendas, propiedad de las entidades de crédito.

---

<sup>25</sup> Vid. BOPA núm. 200, de 13 de abril de 2013, pág. 96.

## **2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013.**

La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013, mediante la que se da respuesta a dos cuestiones prejudiciales presentadas por un juez mercantil de Barcelona, supone una magnífica baza en manos de los jueces españoles para poder paralizar los desahucios.

La Sentencia establece, por una parte, que algunos aspectos de la Ley Hipotecaria española aplicados para ejecutar el desalojo de sus casas de miles de personas durante los últimos años no son compatibles con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>26</sup>, de modo que, a partir de ahora, los jueces que estén analizando si hay cláusulas abusivas en un contrato hipotecario podrán suspender cautelarmente el procedimiento de ejecución e impedir un desalojo<sup>27</sup>.

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fija una serie de principios sobre cómo deben interpretar los jueces nacionales si una cláusula es abusiva.

En este orden de cosas, subrayar cómo los jueces españoles, con invocación de la comentada Sentencia, han comenzado a hacer uso inmediato de la opción de decretar como medida cautelar la suspensión de los desalojos de viviendas mientras verifican si el banco había impuesto alguna cláusula abusiva en el contrato de préstamo. La primera actuación en este sentido llegó de un juez de Lanzarote.

---

<sup>26</sup> El art. 3 de la Directiva 93/13/CEE establece:

“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. (...)

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

<sup>27</sup> En anteriores ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había subrayado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, así, subsanar el desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional, vid. Sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08), y de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10).

Por último, a nivel nacional destaca lo pionero de la Resolución dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, el 18 de abril de 2013, para evitar que se produzcan desahucios injustos y dar garantías a los afectados en procesos hipotecarios. En ella se establece que no podrá señalarse ninguna subasta, ni celebrarse ningún lanzamiento hipotecario sin que previamente se haya analizado y valorado por el juez la posibilidad de que en la escritura de hipoteca existan cláusulas “nulas, ilícitas o abusivas”. Como primera medida de actuación contempla la paralización de los cuarenta y siete procedimientos de ejecución hipotecaria que se encuentran en trámite, de modo que se estudiará cada uno de ellos para ver si existe algún tipo de abuso. Cada juez tendrá libertad de criterio para interpretar la Ley, a la vez que todos deberán seguir unos criterios de uniformidad.

### **3. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.**

El que fuera conocido como Proyecto de Ley Antidesahucios, ha sido finalmente aprobado por el Congreso de los Diputados el pasado 14 de mayo como Ley 1/2013, de Medidas para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013). Esta norma pretende fundir el Real Decreto-Ley 27/2012, la iniciativa legislativa ciudadana presentada sobre la dación en pago y parte de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios.

El texto de la Ley 1/2013 ajusta su contenido al fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 y, en dicha línea, introduce mejoras en el mercado hipotecario a través de la modificación de la Ley Hipotecaria (cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Decreto de 8 de febrero de 1946), la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981 y otras normas.

De las medidas contempladas en la Ley destacan las siguientes:

Los jueces podrán suspender de forma inmediata y por un plazo de dos años los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión, afectando a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria por el que se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en el art. 1 de esta Ley.

Para estos deudores especialmente vulnerables se prevé, asimismo, que la deuda que no haya podido ser cubierta con la vivienda habitual no devengue más interés de demora que el resultante de sumar a los intereses remuneratorios un 2% sobre la deuda pendiente.

Para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se añade un tercer párrafo en el art. 114 de la Ley Hipotecaria por el que se limitan los intereses de demora de préstamos o créditos que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero, ahora en el 4%, de forma que pasarán del 18,7% al 12%, y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

Se introducen también importantes modificaciones en el procedimiento de subastas de las viviendas adjudicadas regulado en el art. 129 de la Ley Hipotecaria, de forma que el afectado pueda reducir su deuda con la vivienda y que no se produzcan desequilibrios en la tasación original. Se establece que el valor de tasación a efectos de subastas no podrá ser inferior al 75% de la tasación que sirvió para conceder el préstamo, lo que supondría rebajar aún más la deuda pendiente del hipotecado.

En el supuesto de que la subasta quedara desierta, el banco tendrá que quedarse con el inmueble a un precio mínimo del 70% del valor original si se trata de vivienda habitual. Y si en el plazo de diez años consigue venderla con beneficios, la mitad de esas plusvalías se destinarán a cubrir parte de la deuda del cliente, empezando por el capital principal y terminando por los intereses de demora, de forma que primero se reduzca el grueso de la deuda y los intereses no la sigan aumentando.

Aunque no se incluye la aprobación de la dación en pago con carácter universal y retroactivo, introduce modificaciones en la actual Ley Hipotecaria y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que suponen grandes recortes en la deuda de los desahuciados. Concretamente, en el caso de que se produzca la ejecución de la vivienda habitual hipotecada y el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución se ajustará a las siguientes reglas: el ejecutado quedará liberado de su responsabilidad si abona el 65% de la cantidad que hubiere quedado pendiente en el plazo de cinco años, o si satisficiera el 80% en el plazo de diez años.

También se ha incorporado la modificación del procedimiento ejecutivo consistente en que el órgano judicial competente, de oficio o a instancia de par-

te, pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, por ende, decretar la improcedencia de la ejecución o su continuación sin la aplicación de aquéllas que sean consideradas abusivas.

En los supuestos de venta extrajudicial se incluye la posibilidad de que el Notario pueda suspenderla cuando las partes acrediten que han solicitado ante el órgano judicial competente que dicte resolución declarando la improcedencia de dicha venta, con base en la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las mismas. El Notario podrá, en su caso, advertir a las partes de la posibilidad de alguna cláusula de este tipo en el contrato.

Por último, la Disposición Adicional Primera recoge el mandato de constitución de un Fondo Social de Viviendas destinado a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario.

#### **4. El Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.**

Tal y como recoge la Exposición de Motivos del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas para el periodo 2013-2016, este Plan se enmarca dentro del Programa Nacional de Reformas del Gobierno de España para contribuir al impulso del crecimiento y la competitividad de la economía española, junto con otras iniciativas legislativas que en la actualidad se están tramitando (cita a la Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Alquiler de Viviendas y el Anteproyecto de Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbana).

Los objetivos del Plan son, fundamentalmente, los siguientes: adaptar el sistema de ayudas a las necesidades sociales actuales y a la escasez de recursos disponibles, concentrándolas en dos ejes, el fomento del alquiler y el fomento de la rehabilitación y regeneración y renovación urbanas; contribuir a que los deudores hipotecarios para la adquisición de una vivienda protegida puedan hacer frente a las obligaciones de sus préstamos hipotecarios; reforzar la cooperación y coordinación interadministrativa, así como fomentar la corresponsabilidad en la financiación y en la gestión; mejorar la calidad de la edificación; y contribuir a la reactivación del sector inmobiliario, desde las

actuaciones de fomento del alquiler y de apoyo a la rehabilitación de edificios y a la regeneración urbana<sup>28</sup>.

Entre los objetivos sustantivos del Plan destaca su vocación social, la apuesta por el fomento del alquiler como una de las fórmulas más adecuadas para la satisfacción de las necesidades actuales de vivienda de un numeroso sector de la ciudadanía. A este respecto se establecen: ayudas al alquiler que beneficiarán a aquellos que más lo precisen en función de la renta de los miembros de la unidad familiar; se limita la cuantía de los alquileres que se financian, evitando la subvención de alquileres elevados; y se financia una proporción del alquiler, sin asignar una cuantía fija, para evitar situaciones de generación de rentas adicionales superiores a las del propio alquiler.

Destaca la incorporación de un nuevo programa que pretende comprometer a las Administraciones públicas en la generación de un parque público de viviendas que pueda servir para crear una oferta en alquiler. Se busca con este programa ofrecer una solución para los casos más extremos en los que no se alcanza, entre todos los miembros del hogar, ni siquiera un umbral mínimo de rentas, vinculando esta posibilidad de ayuda al alquiler con la intervención de los servicios sociales, de forma que el acceso a la vivienda sea una parte de un tratamiento de carácter integral.

El programa de subsidiación de préstamos convenidos mantiene estas ayudas ante la creciente dificultad de las familias para poder afrontar el cumplimiento de las obligaciones de los préstamos hipotecarios que suscribieron para la adquisición de una vivienda protegida, en coherencia, además, con lo dispuesto del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin recursos.

Los restantes programas del Plan giran en torno a la rehabilitación y la regeneración y renovación urbanas.

---

<sup>28</sup> Para la consecución de sus objetivos, el Plan se estructura en los siguientes Programas:

1. Programa de subsidiación de préstamos convenidos.
2. Programa de ayuda al alquiler de vivienda.
3. Programa de fomento del parque público de vivienda de alquiler.
4. Programa de fomento de la rehabilitación edificatoria.
5. Programa de fomento de la regeneración y renovación urbanas.
6. Programa de apoyo a la implantación del informe de evaluación de los edificios.
7. Programa para el fomento de ciudades sostenibles y competitivas.
8. Programa de apoyo a la implantación y gestión del Plan.

Como en los Planes anteriores, la gestión de las ayudas del Plan estatal corresponderá a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla. La colaboración entre ellas y el Ministerio de Fomento se instrumentará mediante los Convenios correspondientes pero, a diferencia de los Planes anteriores, y con el propósito de fomentar la corresponsabilidad, se da preferencia a las actuaciones cofinanciadas.

Por último, destacar el tenor de las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda del Real Decreto 233/2013, muy a tener en cuenta por las Administraciones autonómicas, ya que, la primera, posibilita la no transferencia de fondos procedentes del nuevo Plan Estatal a las Comunidades Autónomas o Ciudades de Ceuta y de Melilla cuando éstas no se encuentren al corriente de las justificaciones de la aplicación y el pago de todas las cantidades ya transferidas en ejecución de Planes Estatales de Vivienda anteriores. Y la segunda, faculta a la Administración General del Estado para realizar las compensaciones que correspondan, cuando coexista una obligación de reintegro que deban cumplir las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla y una obligación de transferencia que compete al Ministerio de Fomento, permitiendo que la misma opere en supuestos pertenecientes a distintos Programas del Plan, e incluso a distintos Planes de Vivienda.

### **5. La Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas.**

En la misma línea que el recién aprobado Plan Estatal de Vivienda para el período 2013-2016 se situaba el Proyecto de Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas, finalmente aprobado como Ley 4/2013, el 4 de junio.

El principal objetivo de esta norma es el de flexibilizar el mercado del alquiler para lograr la necesaria dinamización del mismo, por medio de la búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio. Para lograr dicho propósito se procede a la modificación de diversos preceptos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en el sentido de: reforzar la libertad de pactos y dar prioridad a la voluntad de las partes en el contrato de arrendamiento; reducir de cinco a tres años la prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento y de tres a uno la prórroga tácita, de manera que arrendadores y arrendatarios puedan adaptarse con mayor facilidad a eventuales cambios en sus circunstancias personales; posibilitar la recuperación del inmueble por el arrendador, para



destinarlo a vivienda permanente en determinados supuestos, que requiere que hubiera transcurrido al menos el primer año de duración del contrato, sin necesidad de previsión expresa en el mismo; y prever que el arrendatario pueda desistir del contrato en cualquier momento, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses y lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días.

En definitiva, se pretende normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas, protegiendo los derechos tanto del arrendador como del arrendatario e incentivando el alquiler como una opción viable y alternativa útil a la compra de una vivienda.

#### IV. CONCLUSIONES

El art. 33 de nuestra Constitución garantiza un instituto, el de la propiedad privada, que detenta un lugar central en el orden económico-social español, al igual que en el resto de los Estados de la Unión Europea, y que se expresa tanto en el reconocimiento del derecho a la propiedad privada, como en la reserva de ley para la delimitación de su contenido de acuerdo con su función social, como en la llamada garantía expropiatoria.

El Ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el actual contexto que se padece de grave crisis económica y social y con el propósito de asegurar el derecho a la vivienda de las personas más vulnerables, fundamentalmente, aquellas que están inmersas en procesos de desahucios, ha dictado el Decreto-Ley 6/2013, por el que se procede a delimitar el contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda.

Ha modificado la Ley del Derecho a la Vivienda en Andalucía, cuyo art. 1.3 preceptúa que forma parte del referido contenido “el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística.”

Para paliar el drama social de los desahucios, dar efectividad al derecho a disfrutar de una vivienda digna y proteger el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, ha regulado una serie de medidas, la más polémica y drástica, la expropiación temporal del uso de viviendas a los bancos y sus filiales inmobiliarias, cuya legalidad está siendo estudiada por la propia Comisión Europea por su incompatibilidad con los compromisos adquiri-

dos por España para recibir la ayuda financiera europea, contemplados en el Memorándum del rescate bancario.

A lo largo de estas páginas hemos reflexionado sobre el instrumento empleado por la Comunidad Autónoma de Andalucía para acometer estas importantes modificaciones normativas, la competencia esgrimida para ello, sobre el contenido de las principales medidas adoptadas, los inconvenientes para ser acometidas -al menos a corto plazo- y la existencia de otras medidas e instrumentos menos gravosos y más proporcionados para conseguir el mismo objetivo.

Siendo totalmente loable el fin que se pretende conseguir, no nos merece el mismo juicio la vía elegida así como algunos de los medios propuestos. El uso del Decreto-Ley para introducir en el ordenamiento jurídico una regulación de tal calado, en la que se procede a delimitar la función social de la propiedad y se introduce un tipo de expropiación temporal del uso de viviendas a los bancos, es un cauce por el que priva al Parlamento de debatir en su seno temas de suma trascendencia. Asimismo, el resultado de una norma sorpresiva, ya que en su procedimiento de elaboración ha faltado la audiencia y participación de los sectores implicados (entidades bancarias y resto de agentes sociales), acarrea que ésta adolezca del consenso y acuerdo necesarios.

Ciertamente, la situación de angustia que padecen muchas familias andaluzas desahuciadas de sus viviendas constituye una situación extremadamente preocupante, pero esta terrible realidad no es nueva ni específica de nuestra Comunidad. Prueba de ello es el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, que aprobó el Gobierno de España y que posibilita desde entonces la suspensión inmediata de los desahucios de familias en situación de vulnerabilidad por un periodo de hasta dos años, medida ésta incorporada junto con otras en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.

Por otra parte, el que cada Comunidad Autónoma legisle y determine el contenido esencial de la propiedad y su función social de manera distinta genera una situación de inseguridad jurídica y desigualdad entre los españoles. Y, desde un punto de vista económico, puede representar un desincentivo para la inversión en nuestra Comunidad, ya que los bancos y empresarios pueden percibir que los activos de sus empresas peligran en nuestro territorio, por lo que decidan invertir en otros.

Por los motivos expuestos, consideramos, por una parte, que debiera procederse por una Ley estatal a la delimitación del contenido esencial de la propiedad y a la determinación de la función social de la vivienda, de forma uniforme para todas las Comunidades Autónomas, con base en las competencias exclusivas que el art. 149.1 de la Constitución atribuye al Estado. Y, por otra parte, entendemos que, con base en las medidas aprobadas por el Gobierno de España desde noviembre que permiten paralizar los desahucios, los pronunciamientos de la Sentencia de 14 de marzo de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -aplicados de inmediato por los jueces y Tribunales españoles- y las Leyes recientemente aprobadas sobre reforzamiento de la protección a los deudores hipotecarios y de fomento del alquiler, la medida expropiatoria introducida por el Decreto-Ley 6/2013 no resulta proporcionada a la consecución del objetivo previsto, existiendo en la actualidad otras menos restrictivas del contenido esencial del derecho fundamental a la propiedad privada y, a su vez, menos costosas y de aplicación inmediata ya que, como hemos puesto de relieve, el comentado Decreto-Ley precisa para su aplicación de un desarrollo normativo inexistente y de unos medios personales y económicos para realizar la imprescindible labor de inspección más que escasos.

En definitiva, consideramos que las limitaciones o restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales han de ser las estrictamente indispensables y, por consiguiente, abogamos por que las Administraciones con competencias en materia de vivienda, esto es, las Comunidades Autónomas, hagan uso de la medida de suspensión de los desahucios ya existente, constituyan Bolsas de Viviendas en Alquiler, velen porque no permanezca desocupada ninguna vivienda de titularidad pública, potencien los alojamientos transitorios y promuevan las viviendas protegidas que sean necesarias, contando para ello con los datos que proporcionan instrumentos tan valiosos como los Registros Públicos de Demandantes de Viviendas Protegidas y los Planes Municipales de Vivienda y Suelo.



# Crónica del curso

## “La nueva regulación del audiovisual”

*Daniel Toscano Díaz*

Estudiante de Grado en Derecho  
Universidad de Huelva

### I.

Bajo el descriptivo título “La nueva regulación del audiovisual”, tuvo lugar los días 19 y 20 de abril de 2012 un encuentro organizado en Sevilla por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y dirigido por los Profesores Juan Antonio Carrillo Donaire y Emilio Guichot, ambos Profesores Titulares de Derecho Administrativo y docentes en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Sevilla. El acto tuvo lugar en la Casa de la Provincia, de la Diputación de Sevilla, y contó con el patrocinio de la editorial Iustel y el Consejo Audiovisual de Andalucía.

El encuentro tenía su celebración plenamente justificada tras la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), que concretó en una sola disposición legislativa una regulación hasta el momento dispersa en varios cuerpos legales. Además, la actualidad de la materia quedó evidenciada con la aprobación en el Consejo de Ministros de 20 de abril de 2012 de un Proyecto de ley para modificar la misma en lo referente a los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos. Para el análisis de la LGCA desarrollada por el Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, se contó con la participación de expertos en regulación económica, comunicación audiovisual y autoridades audiovisuales. No en vano este curso conecta con la actividad docente desarrollada por los codirectores en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Sevilla, a raíz de la cual han elaborado el manual *Derecho de la Comunicación* (Iustel, 2011).

Concretamente, la aproximación a la visión crítica –en la mejor acepción de la palabra– de la vigente normativa audiovisual española se realizó a partir de cuatro áreas de debate: público y privado en el audiovisual, autoridades de regulación del audiovisual, regulación y autorregulación de contenidos audiovisuales y relaciones entre cine y televisión.

## II.

La conferencia inaugural corrió a cargo del Prof. Dr. D. Santiago Muñoz Machado, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense

El Profesor Muñoz Machado comenzó resaltando cómo la estructura del sector audiovisual en España ha sido establecida por el legislador, a diferencia de otros países. Ya el Real Decreto de 24 de enero de 1908 definió la reserva a favor del Estado del espacio radioeléctrico, criterio que se mantuvo hasta la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión. Ésta última categorizó la televisión como servicio público esencial, decisión avalada por el Tribunal Constitucional en la resolución de los procesos de inconstitucionalidad y de los recursos de amparo a que dio lugar el veto legislativo a las televisiones privadas. La Ley 10/1988, de Televisión Privada, permitió finalmente la aparición de los primeros operadores privados bajo la fórmula de la gestión indirecta. No obstante, suscitó varios problemas jurídicos, entre los que destaca la financiación dual de las televisiones públicas, un debate que sigue abierto ante los pronunciamientos del Derecho europeo al respecto. El Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia de 10 de mayo de 2000 (asunto T-46/97, SIC), avaló la financiación pública de una televisión pública, en tanto en cuanto aquella no sobrepasara el gasto que supongan los contenidos de servicio público emitidos. Ello obliga a adoptar una contabilidad analítica. Por el contrario, la sentencia de 24 de julio de 2003 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-280/00 (Altmark Trans), permite que la cuantificación de la compensación se haga en base a la estimación de gastos que una empresa media soportaría para ofrecer el servicio público, teniendo en cuenta sus ingresos y un beneficio razonable.

El paso de la televisión analógica a la televisión digital no planteó menores problemas. Tras la Ley 10/2005, de 14 de junio, desarrollada por el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, –que aprobaba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre–, los operadores de televisión analógica recibieron cuatro “*programas*” –término con el que se designa a los canales digitales para diferenciarlos de los analógicos–. La “*multiplicación de panes y peces electrónicos*”, en gráfica expresión empleada por el ponente, contó con la aquiescencia de los operadores y amortiguó el otorgamiento de una nueva concesión analógica (la Sexta) y el cambio en el régimen de emisión de Canal+. Aunque el aumento del número de canales teóricamente hubiera debido requerir un nuevo concurso para su adjudicación, la operación fue avalada por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de junio de 2009 (Sala de

lo Concencioso–Administrativo, Sección 3<sup>a</sup>, ponente Bandrés Sánchez–Cruzat) con la justificación de la existencia de “razones imperiosas de interés público”.

Ese ha sido el panorama audiovisual hasta el apagón analógico, tras el cual se está demostrando imposible la gestión de tantos canales por la televisión pública así como por los operadores privados, en los que, además, se ha producido una vuelta a la situación de 1989 con tres concesionarios, contexto en el que se ha publicado la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

En opinión del profesor Muñoz Machado, el próximo cambio vendrá dado por las transformaciones en los sistemas tradicionales de difusión, caracterizados por la posición pasiva del telespectador ante la programación fijada por el prestador. Así lo demuestra la emergencia de los servicios audiovisuales a petición –denominación mencionada en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo)–, que permiten al usuario interactuar con la programación eligiendo contenidos, suspendiendo la recepción, etc.

Concluido el repaso a la evolución histórica, el profesor Muñoz Machado hizo referencia sintética a los principales dilemas que afronta la regulación del sector audiovisual, dilemas que en su mayoría no permiten una solución *a priori*. Así, el discurso del pluralismo resulta cuestionado por la progresiva concentración de los operadores –¿qué medidas anticoncentración se pueden adoptar?–; frente a la financiación cruzada –imposición a la televisión del deber de financiar sectores ajenos– o las medidas contra la contraprogramación emerge el alcance de la libertad de empresa –¿hasta qué punto puede ser constreñida?–. Finalmente, se refirió al nuevo escenario que plantea la administrativización del control de la actividad del sector audiovisual plasmado en el papel de las autoridades reguladoras, lo que produce un desplazamiento hacia la Administración Pública de la función de control tradicionalmente judicial.

En los últimos minutos de su intervención, el profesor Muñoz Machado se centró en el problema de la financiación del cine. Tiene su origen en la Directiva 89/552/CEE “Televisión Sin Fronteras”, que estableció novedosamente la obligación de emitir obras europeas, directiva que fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 25/1994, de 12 de julio –modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio–. Ésta última impone, además, una cuota de inversión del cinco por ciento de los ingresos de los operadores televisivos para la producción de obras europeas. De esta forma se produce una financiación cruzada, donde un sector se ve obligado *ex lege* a prestar apoyo financiero a otro sector, siendo ambos privados. La justificación de este mandato se encuentra en la preservación de la cultura y la defensa de las lenguas del Estado español.

Pese a que es posible que la inexistencia de la cuota de inversión en obra europea supusiera la no realización de bastantes películas, es indudable que ésta es una restricción de la libertad de empresa. En concreto, cabe preguntarse si ésta supone una ayuda a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Preussen/Elektra/Schleswig (Asunto C-379/98)], a lo cual debe responderse negativamente, pues no son consideradas ayudas estatales aquellas de unos empresarios hacia otros, aunque sean de obligado cumplimiento. El profesor Muñoz Machado concluyó destacando que la televisión pública –financiada con cargo al presupuesto– también participa en la financiación cruzada, de suerte que recursos públicos llegan a empresarios privados en virtud de la previsión legislativa de la cuota de inversión en obra europea.

La segunda parte de la sesión de mañana estuvo integrada por las ponencias de la profesora doctora Carmen Chinchilla Marín, Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá, y del profesor doctor Juan Antonio Carrillo Donaire. Abordaron la tensión entre público y privado en el sector audiovisual, prestando especial atención a los problemas relativos a la titularidad y a la gestión del servicio audiovisual.

La profesora Chinchilla disertó sobre los títulos habilitantes para la prestación de servicios audiovisuales en la Ley General de Comunicación Audiovisual, un mundo, en su opinión, lleno de “*paradojas, contradicciones e incoherencias*”, sin olvidar los incumplimientos.

Ante el debate sobre la necesidad de reformar la ley para que las autonomías puedan acceder a un modelo de gestión diferente a la prestación directa, Chinchilla estima que la actual regulación ya permite tal abanico de posibilidades por omisión. Así, la aprobación de la LGCA provocó la derogación de los preceptos de la Ley 4/1980, de 10 de enero, y la Ley 43/1983, de 26 de diciembre, que vetaban la posibilidad de que las Comunidades Autónomas otorgasen concesiones a operadores. A juicio de la ponente es errónea la concepción minoritaria acerca de la imposibilidad de privatizar la gestión de la televisión en las Comunidades Autónomas con base en la Disposición Transitoria Segunda, apartado cinco, de la LGCA.

Actualmente existen tres modelos posibles de gestión de la televisión: la gestión directa de la televisión pública en el sentido de servicio público gestionado por entes públicos; la televisión privada que se gestiona por prestadores privados no concesionarios de un servicio público, sino titulares de un servicio de interés general, desde la libertad de empresa, y la posibilidad de la vuelta a las



concesiones por decisión de las autonomías, mediante gestión de servicio público de manera indirecta. La Junta de Andalucía debe gestionar directamente al menos un canal de televisión por mandato estatutario, si bien puede concesionar el resto de canales. Cabe entonces preguntarse acerca de la diferencia entre la televisión pública y la privada, que el artículo 40 de la Ley 7/2012 sitúa en una serie de fines característicos de la primera. Ello no obsta que, a juicio de la ponente, el entretenimiento pueda tener cabida dentro de la programación de un servicio público, pues carecería de sentido una televisión pública que no viera nadie. Por su parte, los concesionarios tienen como especialidad el sometimiento al control parlamentario además de a la legislación sobre contratos del sector público. Los criterios rectores de la dirección editorial de la televisión pública en régimen de concesión han de regirse por un órgano plural y se permite la financiación dual de la misma, dado que se trata de un servicio público.

La profesora Chinchilla concluyó con una reflexión sobre el papel de la televisión pública en medio de una crisis económica, y expresó sus dudas acerca de la viabilidad de la privatización de canales autonómicos preconizada como remedio, a la vista del actual escenario de fusiones entre operadores privados. Propone, no obstante, que las televisiones públicas no solventes sean eliminadas y sus frecuencias pasen al mercado –en el que estaría por ver si hay interés por ellas–, sin llegar al extremo de eliminar la televisión pública prestada en régimen de servicio público por un ente público.

A continuación tomó la palabra el profesor Carrillo Donaire, quien trató cuestiones relativas a la reserva del servicio público, el modelo organizativo de la prestación estatal y la posibilidad de su exportación a las Comunidades Autónomas y Entes locales, la misión de servicio público y la financiación de ésta.

El ámbito de mercado reservado ha pasado de ser total a parcial. En la actualidad el sector público ocupa un segmento del espacio radioeléctrico del 25% en la televisión y del 35% en la radio. Por otro lado, la limitación técnica de las ondas hertzianas justificaría la presencia de un único regulador, según el Tribunal Constitucional –por todas, STC 206/1990, de 17 de diciembre–.

El modelo organizativo de la prestación del servicio público de televisión se realiza mediante un Consejo de Administración que busca reflejar la pluralidad, con consejos auxiliares que, en conjunto, representan las tres sensibilidades presentes: política, profesional y de los receptores. Actualmente es la sensibilidad política la que se encuentra privilegiada en cuanto a potestad de ac-

tuación, lo que, en opinión del ponente, habría que cambiar para pivotar algo más en lo social. En la extrapolación de éste sistema a las Comunidades Autónomas se aprecian las mismas carencias, aunque agravadas, mientras que en el ámbito local las televisiones funcionan como una empresa municipal a modo de televisión gubernamental.

El espectador rara vez percibe el hecho diferencial entre el servicio público y el servicio privado, que no obstante está consagrado en la ley, concretamente en los artículos 2 y 3 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal, y el artículo 9 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española. El artículo 41.1 de la Ley General de Comunicación Audiovisual sería, en palabras del ponente, “*la clave de sol de la partitura*” en el modelo de gestión pública, que se fundamenta en dos instrumentos básicos: el mandato marco, que ofrece legitimación política y fija los objetivos generales, con una vigencia de nueve años; y el contrato-programa, suscrito entre el Gobierno y RTVE, que establece los objetivos específicos y aborda la financiación del servicio público. El profesor Carrillo Donaire manifestó estar de acuerdo con este modelo en el ámbito estatal, aunque pueda discreparse de los resultados; en cambio, las televisiones autonómicas y locales carecen de las garantías del modelo estatal, lo que propicia su instrumentación como herramientas al servicio del gobernante de turno.

Un modelo de financiación pública de la televisión sólo se justifica si los operadores de servicio público ofrecen contenidos diferentes a los que suministran los operadores privados. En la actualidad existen dos modelos: uno de financiación completamente pública, con cargo al presupuesto, y otro de financiación mixta, donde aquella se complementa con ingresos por publicidad, entre otros, y en la que el dinero público va destinado a prestar servicios específicos ausentes en la programación de los canales privados. El modelo de financiación exclusivamente pública ha sido implantado en el Estado, dando lugar a un presupuesto austero, mientras que el segundo se mantiene en las Comunidades Autónomas y Entes locales, con presupuestos más expansivos y caros en proporción a la audiencia. En el caso estatal, la financiación con cargo a los presupuestos se realiza teniendo en cuenta otras vías de ingresos, como son la compensación por eliminación de la publicidad, el canon por uso del dominio público y la venta de productos propios.

El profesor Carrillo Donaire, para concluir, quiso expresar sus dudas sobre el futuro de la gestión pública de la televisión en tiempos en los que se habla de suprimir canales, reducir plantilla e inversiones y subcontratar contenidos.

La segunda sesión versó sobre las autoridades de regulación del audiovisual, e incluyó las ponencias del profesor doctor Marc Carrillo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, la profesora doctora Elisenda Malaret i García, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, y doctora María Luisa Pérez Pérez, Consejera del Consejo Audiovisual de Andalucía.

El profesor Carrillo abordó la necesidad de un ente regulador en el Derecho audiovisual, como avala la existencia de los mismos en el Derecho comparado, así como el establecimiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, exigido por la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Partiendo de la necesidad de protección de los intereses del público y de los medios –aunque principalmente de los primeros– y de la insuficiencia de la protección *ex lege*, el profesor Carrillo defendió la existencia de un ente regulador en el sector audiovisual, que llega a calificar de “*referente para medir la calidad democrática de un país*”. Tal organismo debería estar dotado de autonomía orgánica y funcional, de personalidad jurídica propia y tener capacidad para dictar instrumentos normativos que complementen la reglamentación del Gobierno.

En el ámbito comparado, Francia es el referente con una ley de creación del ente audiovisual, de 1989, que encuentra temprano reflejo en el plano nacional en Cataluña y Andalucía. El ente francés, cuyos miembros son nombrados por diversas instituciones y están sometidos a un intenso régimen de incompatibilidades, cuenta entre sus potestades con la capacidad para otorgar licencias, dictar reglamentos y adoptar medidas coercitivas, velando por que se cumpla la “*honestidad en la producción informativa*” en el marco del ordenamiento jurídico. Las decisiones de este ente son recurribles ante el Consejo de Estado.

Al otro lado del Canal de La Mancha, el Reino Unido cuenta con un ente regulador, creado en 1990, cuyos miembros son designados por el Gobierno y sometidos a un régimen de incompatibilidades muy riguroso. Con poder para otorgar licencias y supervisar la publicidad y el contenido audiovisual, el ente británico se preocupa especialmente por la protección infantil y la precisión y respeto a la veracidad de la información.

Más longevo, de 1934, es el ente regulador de Estados Unidos, cuyos miembros son de nombramiento presidencial y ratificación senatorial, e igualmente se ven sometidos a un fuerte régimen de incompatibilidades. Tiene potestad para otorgar licencias y garantiza el derecho a la información “*diligente*”, que supone para el periodista el deber de contrastarla, aunque finalmente se demuestre errónea.

En España, el Título V de la Ley General de Comunicación Audiovisual regula el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, cuyas pretensiones son modestas en comparación con sus predecesores autonómicos, en opinión del ponente. Se trata de un organismo público sin independencia orgánica, adscrito al Ministerio de la Presidencia, y que cuenta con un régimen de incompatibilidades para sus miembros que veta, fundamentalmente, la posesión de intereses en empresas del sector.

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales tiene como fines regular la calidad de los medios –públicos y privados– y supervisarlos *a posteriori*, garantizando los derechos fundamentales. Ejerce funciones de informe, control y arbitraje mediante sus potestades para aprobar instrucciones, emitir recomendaciones, dictar requerimientos y realizar inspecciones, así como adoptar medidas provisionales y sancionadoras –sanciones económicas, de cese de la actividad y precinto de los equipos–.

Finalmente, el profesor Carrillo abordó la relación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales con otros entes reguladores y mencionó la previsión legislativa de colaboración con los entes autonómicos. Además, criticó el empleo por el legislador del término “*coordinar*” (artículo 47.3 LGCA) en relación con sus homólogos europeos, tarea que exigiría una posición de superioridad del Consejo estatal desde luego inexistente. Por último, el ponente lamentó la baja calidad democrática de los medios de comunicación españoles.

La Profesora Elisenda Malaret inició su exposición destacando el papel de los medios de comunicación en la agenda política y en la formación de la opinión pública, lo que justifica su consideración como servicios de interés general en España. Además, la garantía de que todas las opiniones llegan al espacio público, sin que existan posiciones de poder que lo impidan, hace necesarios los medios de comunicación públicos y la imposición de limitaciones a cada uno de los medios para garantizar las libertades de los demás. Es así como el Estado regula como garante ante los fallos del mercado, para evitar el llamado “*efecto silenciador*”.

En cuanto al interrogante que plantean las características que deba tener la regulación del audiovisual, la profesora Malaret recaló la diferencia entre reglamentación y regulación, incluyendo éste último concepto el uso de potestades administrativas. Llegados a este punto, éstas pueden ser ostentadas por el Gobierno o por un ente independiente, siendo ésta última la opción escogida en Europa tras la liberalización de los servicios de comunicación. Los entes independientes pueden ser convergentes – casos de *Office of Com-*

*munications* (OFCOM) y *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (AGCOM)—o sectoriales.

Tras una breve referencia al *Consell de l'Audiovisual de Catalunya* (CAC), del que destacó su independencia y la atribución *ex lege* de competencias, con prohibición de la delegación de su ejercicio, la Profesora hizo un llamamiento a "tomarse en serio" la normativa, particularmente a través del nombramiento de consejeros que sean auténticos profesionales y mediante una efectiva supervisión del uso de las licencias por los canales, para lo cual resulta fundamental una autoridad que garantice efectivamente el cumplimiento de las reglas.

María Luisa Pérez, Consejera del Consejo Audiovisual de Andalucía, desarrolló una ponencia de marcado carácter institucional. Desglosó la génesis del Consejo Andaluz, destacando que la Ley de creación (Ley 1/2004, de 17 de diciembre) y el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo (Decreto 219/2006, de 19 de diciembre) se inspiraron en la legislación catalana entonces vigente, reconociendo, no obstante, que el paradigma del CAC de aquel entonces ha evolucionado al hilo de la Ley catalana de Comunicación Audiovisual para ganar más perfil institucional y competencias más incisivas, como la de conceder las licencias para radio y televisión en su ámbito territorial, función que el Consejo Andaluz no tiene reconocida.

Sin embargo, la Consejera subrayó que el Consejo Audiovisual de Andalucía habría sido elevado a la condición de "institución de autogobierno" en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, lo que no dejaba de ser un reflejo de su importancia institucional y de la mayor concienciación que las otras instituciones de autogobierno andaluzas, especialmente el Parlamento y el Gobierno, habían ido adquiriendo en torno a la necesidad y al rango institucional que merece una autoridad independiente en el sector audiovisual andaluz.

Sobre el ejercicio de competencias por parte del Consejo, la Consejera repasó las atribuciones del órgano e incidió en la importante labor del mismo en la orientación del sector hacia el cumplimiento de determinados intereses públicos presentes en el mismo, como la protección del menor o los de los colectivos necesitados de especial atención. Asimismo destacó la creciente labor del Consejo en el ejercicio de sus competencias ejecutivas para denunciar y sancionar los incumplimientos en materia de contenidos, donde la Consejera puso de relieve la incongruencia de aplicar en Andalucía un sistema de sanciones como el de la LGCA, concebido para el ámbito estatal, que parece desproporcionado para el ámbito operativo del control que ejerce el Consejo, fundamentalmente centrado en el sector de las radios y televisiones locales.

Al hilo de esta última reflexión, María Luisa Pérez abogó por la necesidad de aprobar en el ámbito andaluz una ley de comunicación audiovisual que desarrolle las bases estatales contenidas en la LGCA, aunque ello implique un redimensionamiento a la baja de la composición del órgano deliberante y ejecutivo del propio Consejo, que en la actualidad es la autoridad de regulación con mayor número de consejeros en el panorama comparado español.

La tercera y última sesión, cuyos temas fueron la regulación y autorregulación de contenidos audiovisuales y las relaciones entre cine y televisión, contuvo las ponencias de los profesores doctores Emilio Guichot y José Esteve Pardo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

La intervención inicial del profesor Guichot abordó la regulación de los contenidos televisivos con un especial enfoque en temas de debate actual, como los derechos del menor y las personas con discapacidad, la comunicación plural y transparente, las comunicaciones comerciales y las retransmisiones deportivas.

La protección de los menores pivota sobre la regulación de franjas horarias, en las que se restringen ciertos contenidos que pueden afectar a la integridad moral de los mismos: juegos de apuesta y azar, violencia, esoterismo, etc. El profesor Guichot hizo referencia a algunos puntos débiles de la regulación de esta materia, como la dificultad de establecer el límite entre el esoterismo y el fraude o la falta de mención expresa de las comunicaciones comerciales de contactos sexuales, que parecen subsumirse dentro de la noción de “*contenido perjudicial*”. Menor complejidad hay en las referencias a las personas con discapacidad, a favor de las cuales se dispone subtítular y emitir cierto espacio en lengua de signos, así como ofrecer una visión normal y no estereotipada de estas personas.

La exigencia de transparencia en la comunicación se plasma en la obligación de programar con una antelación de tres días y en la prohibición parcial de la contraprogramación. Por otra parte, el deber de reflejar la pluralidad política, ideológica y cultural (artículo 4 LGCA) ha recibido la oposición de los profesionales, quienes estiman que de esta manera se produce una suerte de “*alfabetización mediática*” en temas políticos desde los medios de comunicación, sobre todo durante las campañas electorales.

Respecto de las comunicaciones comerciales, Guichot resaltó la no inclusión de la autopromoción en los minutos permitidos de publicidad, el respeto a la integridad del programa como regla general sobre la interrupción y se de-

tuvo en las comunicaciones comerciales prohibidas, haciendo especial referencia a la licitud de la publicidad de los partidos políticos en la radio.

Por último, abordó las retransmisiones deportivas, cuya mayor controversia se produce en la declaración de interés público de ciertos eventos con el fin de que sean emitidos en abierto. Una particularidad en este sentido viene dada por la consideración de interés público de partidos concretos de la Liga de Fútbol Profesional de Primera División por jornada, que no tiene correspondencia en el resto de Europa. Además, según jurisprudencia comunitaria, los eventos son de interés general por entero, no respecto de encuentros separados –pronunciamiento referido a un mundial de fútbol–.

Tras un brevísimo paréntesis, el profesor Guichot abordó en una nueva intervención las relaciones entre cine y televisión. Así, entre las vías jurídicas de relación –aparte de las relaciones no jurídicas de competencia y de canal de distribución– destacó la obligación de las televisiones de invertir en producto audiovisual europeo y la imposición de una “*cuota de pantalla*” –reserva de porcentaje del tiempo de emisión de obra europea– como medidas más controvertidas. El objetivo de las mismas es fomentar una industria europea y promocionar asimismo el uso de las lenguas europeas en los programas, aunque, destacó el ponente, no se contemplan otras posibles medidas referidas a emisiones de contenido cultural o de aprendizaje de lenguas europeas. Como antesala de la exposición, ofreció el necesario concepto de “*obra europea*”, entendiéndose por tal aquella en la que los trabajadores y los productores son fundamentalmente europeos –no siendo un factor determinante que se ocupe de la cultura europea–. Respecto del concepto de “*productor independiente*”, señaló las reformas operadas en la normativa televisiva, hacia una mayor laxitud y que permiten considerar como independientes a empresas estrechamente vinculadas entre sí, lo que contrasta con la normativa cinematográfica, en la que el concepto de influencia dominante, más estricto, provoca que productores no considerados “*independientes*” por la Ley del Cine sí lo sean por la Ley General de Comunicación Audiovisual.

En lo referente a las medidas adoptadas para fomentar la producción europea, tanto cinematográfica como televisiva, el profesor Guichot se refirió en primer lugar a la “*cuota de pantalla*”–, apuntando la diferencia según el tipo de servicio –el 51% del tiempo de emisión anual en emisiones lineales y el 30% del catálogo en emisiones no lineales–. Además, respecto a la obligación de que, al menos, la mitad de este último porcentaje sean obras en cualquiera de las lenguas españolas, el ponente destacó la reforma realizada, de suerte que donde inicialmente se requería que una de esas lenguas fuera originaria en la

producción, ahora basta con que se emita en la misma, admitiéndose las obras objeto de doblaje.

En segundo lugar se refirió a la financiación anticipada de la producción de obra europea, de la que deriva el deber, por parte de los prestadores, de invertir una parte de sus ingresos en la producción audiovisual europea, alcanzando el 6% en los medios de titularidad pública y el 5% en los de titularidad privada. Esta obligación de invertir puede realizarse mediante la compra de derechos de explotación de las obras. Además del deber de financiar, se prevé un porcentaje mínimo según el tipo de producto, de suerte que el 75% en el caso de los prestadores públicos y el 60% en el de los privados debe destinarse a películas cinematográficas. El Profesor Guichot señaló la incoherencia lógico-matemática del establecimiento asimismo de otros porcentajes “mínimos”, del 25% y el 40%, respectivamente, referidos a películas, series o miniseries para televisión, de manera que se colma la totalidad de la inversión, encorsetándola. Como curiosidad añadida mencionó la no inclusión de las películas susceptibles de recibir la calificación X en el cómputo de las obligaciones mencionadas.

Concluyó afirmando que, en definitiva, se establece una obligación de financiar un sector diferente al propio –avalada por el TJUE en el caso UTECA– y que “*el mundo de los contenidos está lleno de polémicas*”.

La última ponencia del curso, a cargo del profesor Esteve Pardo, abordó la autorregulación. Partiendo de la autorregulación como nueva correlación entre Estado y sociedad, de carácter y génesis privada y la fragmentación de la sociedad en sistemas autorreferenciales, el Profesor Esteve Pardo analizó la evolución de este fenómeno, desde la concepción de las normas técnicas como “*dictámenes periciales anticipados*” por la jurisprudencia alemana en los años setenta a la actual distinción, dentro de la autorregulación de disposiciones con alcance normativo, declarativo y resolutivo.

Seguidamente, abordó el papel del Estado en el fenómeno autorregulatorio destacando la preexistencia de una regulación exigente como punto de partida para el surgimiento de la autorregulación en un determinado sector. Por otro lado, añadió que una autorregulación pura, sin conexión con la autoridad pública, aunque difícil, es posible. La relación entre el autorregulador y el Estado se produce, según el ponente, en un entorno de complejidad y oscuridad, donde el primero trata de ganar terreno “*como si fuera un caballo de Troya*”. Tal penetración se da a través de dos vías principales: los efectos meramente indiciarios y los efectos presuntivos sobre el cumplimiento de



determinadas obligaciones. Además, el ordenamiento jurídico español recibe explícitamente estas normas de génesis privadas a través de la regulación inducida, de la que es ejemplo la promoción para la elaboración de un código de conducta por parte de determinados operadores.

Tras una serie de consideraciones finales, entre las que incluyó que la autorregulación no debe ocupar espacios reservados netamente a la regulación pública ni puede definir un interés general al margen del Estado, el profesor Esteve Pardo destacó las dos principales ventajas que aporta la autorregulación: el conocimiento experto y el consenso o acuerdo entre los sujetos concernidos por la regulación.

En el sector audiovisual, el ponente destacó el uso de sanciones administrativas como consecuencia del incumplimiento de los códigos de conducta y apreció una autorregulación parcial y descompensada, en la que se dan la autorregulación normativa y resolutive, pero no la declarativa.

### III.

Es de recibo agradecer a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, y especialmente, a los profesores Juan Antonio Carrillo y Emilio Guichot, la celebración del curso, además de ser gratamente destacable el alto nivel de los invitados y de las ponencias dictadas.

El sector audiovisual vive momentos de cambio, no solo legislativos como se puso de relieve durante el curso, sino también debido a la actual situación económica, en la que se están produciendo fusiones y absorciones entre operadores. Hay por tanto expectación ante el futuro próximo de un sector que parece vivir un punto de inflexión.

En lo que a Derecho se refiere, no parece atisbarse un horizonte positivo ante la cercana creación de la Comisión de los Mercados y la Competencia, ya que este ente estará previsiblemente más ligado a la supervisión de la competencia que a la garantía de los derechos. Por otro lado, existe un panorama interesante ante el papel de la autorregulación en lo referente a la calidad de los contenidos audiovisuales.

El elenco de ponencias y los temas tratados sirvieron de base a los asistentes para comprender no solo el estado actual de la regulación del sector audiovisual, sino también sus puntos fuertes y débiles. Constituyó además una

exposición muy adecuada para entender tanto la situación de partida del sector con la aprobación de la Ley 7/2010, como los cambios que puedan tener lugar en el futuro.

# RESEÑA LEGISLATIVA



# RESEÑA LEGISLATIVA

## Disposiciones de la Unión Europea Año 2013<sup>(\*)</sup>

### I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que se refiere a los Asuntos Generales de la Unión Europea se publica en este primer cuatrimestre de 2013, la reforma al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, promovida por Irlanda, que ya formuló esa preocupación en la elaboración y firma del Tratado de Lisboa, y que se ha realizado por el procedimiento simplificado de reforma, mediante la convocatoria de una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, y se ha concretado en la forma de un Protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dicho Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa, se celebró el 13 de junio de 2012 y ahora se publica, dada la próxima entrada en vigor del Tratado de Adhesión de Croacia a la Unión Europea, con el que se había vinculado en origen. (DOUE L 60, 2.03.2013, p. 129 y 131).

También cabe destacar la adopción de un reglamento sobre la publicación electrónica del Diario Oficial de la Unión Europea, que establece que el Diario Oficial se publicará en forma electrónica, de acuerdo con el presente Reglamento, en las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea y solo el Diario Oficial publicado en forma electrónica será auténtico y tendrá efectos jurídicos. (DOUE L 69, 13.03.2013, p. 1).

En los Asuntos Financieros se adoptan una serie de decisiones relativas a la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, a solicitud

---

(\*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 1º cuatrimestre de 2013.

de Austria (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 12); Dinamarca (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 13); Rumanía (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 14); Italia (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 16); Suecia (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 17); Finlandia (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 18) y en el caso de España a petición del País Vasco Productos metálicos, de España (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 15). Igualmente se decide la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea, a petición de Italia en relación con una catástrofe causada por una serie de seísmos allí acaecidos (DOUE L 56, 28.02.2013, p. 15).

Además se decide incrementar el porcentaje de cofinanciación del Fondo para los Refugiados, del Fondo Europeo para el Retorno y del Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países, en lo que respecta a determinadas disposiciones de gestión financiera aplicables a ciertos Estados miembros que sufren o corren el riesgo de sufrir graves dificultades en lo relativo a su estabilidad financiera (DOUE L 82, 22.3.2013, p. 1), y también se decide incrementar el porcentaje de cofinanciación del Fondo para las Fronteras Exteriores en lo que respecta a determinados Estados miembros que sufren o corren el riesgo de sufrir graves dificultades en lo relativo a su estabilidad financiera (DOUE L 82, 22.3.2013, p. 6).

En relación con los Asuntos Institucionales, hay que destacar la modificación del Reglamento interno del Consejo, para tener en cuenta la población total de cada Estado miembro, para el período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, a efectos de cómputo de la mayoría cualificada (DOUE L 16, 19.01.2013, p. 16).

En cuanto a la Institución Tribunal de Justicia, se nombra a los miembros del comité mencionado en el artículo 3, apartado 3, del anexo I del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 48) e igualmente se establece una lista de tres Jueces suplentes del Tribunal de la Función Pública (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 49).

En el Comité de las Regiones también se producen cambios entre sus miembros, y así, en un primer momento, se nombra a un miembro y tres suplentes españoles del Comité de las Regiones. Se nombra como miembro, al Sr. Iñigo Urkullu Rentería, Presidente del Gobierno Vasco, y como suplentes a, la Sra. María Ángeles Elorza Zubiría, Secretaria General de Acción Exterior del Gobierno Vasco, al Sr. Roger Albinyana i Saigí, Secretario de Asuntos Exteriores, Generalitat de Cataluña, y a la Sra. María Sol Calzado García, Secretaria General de Acción Exterior de la Junta de Andalucía (DOUE L 77, 20.3.2013, p. 24). Posteriormente se procede a otro nombramiento, y se nom-

bra a un miembro español del Comité de las Regiones, al terminar el mandato del Sr. Juan Ignacio Zoido Álvarez, Alcalde de Sevilla, se nombra miembro del Comité de las Regiones al Sr. Íñigo de la Serna Hernáiz, Alcalde de Santander (DOUE L 99, 9.4.2013, p. 16). Y por último, se nombra a un miembro y a un suplente españoles del Comité de las Regiones, al terminar el mandato del Sr. Juan Ignacio Diego Palacios, se nombra miembro del Comité de las Regiones a la Sra. Cristina Mazas Pérez-Oleaga, Consejera de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Cantabria. Y al terminar el mandato como suplente del Comité de las Regiones de la Sra. Cristina Mazas Pérez-Oleaga, se nombra suplente a la Sra. Inmaculada Valencia Bayón, Directora General de Economía y Asuntos Europeos (DOUE L 113, 25.4.2013, p. 17).

## II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En lo que se refiere a Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, 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 21, 24.01.2013, p. 19) y también el Reglamento (CEE) n° 441/91, relativo a la clasificación de ciertas mercancías en los códigos NC 17041019, 17041099 y 95021010 que deroga el Reglamento (CEE) n° 1287/83 (DOUE L 18, 22.01.2013, p. 1).

Como suele ser habitual, la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada, experimenta numerosas modificaciones (DOUE L 18, 22.01.2013, p. 3; DOUE L 18, 22.01.2013, p. 5; DOUE L 26, 26.01.2013, p. 1; DOUE L 26, 26.01.2013, p. 5; DOUE L 84, 23.3.2013, p. 1; DOUE L 84, 23.3.2013, p. 5; DOUE L 84, 23.3.2013, p. 7; DOUE L 84, 23.3.2013, p. 9; DOUE L 84, 23.3.2013, p. 11; DOUE L 84, 23.3.2013, p. 13; DOUE L 84, 23.3.2013, p. 15; DOUE L 102, 11.4.2013, p. 8; DOUE L 102, 11.4.2013, p. 10; DOUE L 117, 27.4.2013, p. 7; DOUE L 117, 27.4.2013, p. 10; DOUE L 117, 27.4.2013, p. 12; DOUE L 117, 27.4.2013, p. 14).

También se modifica el Reglamento (CE) n° 2535/2001 en lo que atañe a la gestión de los contingentes arancelarios de la OMC de queso y mantequilla de Nueva Zelanda (DOUE L 22, 25.01.2013, p. 1), así como el anexo II del Reglamento (UE) n° 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas (DOUE L 48, 21.02.2013, p. 1). Se adopta un reglamento por el que se establecen normas relativas a los procedimientos de concesión del régimen especial de estí-

mulo del desarrollo sostenible y la gobernanza con arreglo al Reglamento (UE) n° 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas (DOUE L 48, 21.02.2013, p. 5) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 80/2012 por el que se establece la lista de sustancias biológicas o químicas prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n° 1186/2009 del Consejo, relativo al establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras (DOUE L 65, 8.03.2013, p. 15).

El desarrollo de la Política Comercial siempre conlleva la celebración de numerosos tratados internacionales. En este sentido, se aplica la cláusula bilateral de salvaguardia y el mecanismo de estabilización para el banano del Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y Perú, por otra (DOUE L 17, 19.01.2013, p. 1), e igualmente se aplica la cláusula bilateral de salvaguardia y el mecanismo de estabilización para el banano del Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Centroamérica, por otra (DOUE L 17, 19.01.2013, p. 13).

También se decide la firma y se celebra, en nombre de la Unión Europea, el Convenio regional sobre las normas de origen preferenciales paneuromediterráneas (DOUE L 54, 26.02.2013, p. 1; DOUE L 54, 26.02.2013, p. 3 y 4) y se decide la adopción del reglamento interno del Comité de Comercio UE-Corea (DOUE L 58, 1.03.2013, p. 9). Este Comité decide el establecimiento de una lista de árbitros mencionada en el artículo 14.18 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 58, 1.03.2013, p. 13).

En estos ámbitos también se decide la celebración de un 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 69, 13.03.2013, p. 4 y 5).

En cuanto a la regulación de la Política Comercial, se modifican los anexos I y V del Reglamento (CE) n° 689/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (DOUE L 26, 26.01.2013, p. 11) y se establecen condiciones aplicables a la importación de cacahuetes de Ghana y la India, quingombó y hojas de curry de la India, y



semillas de sandía de Nigeria, y se modifican los Reglamentos (CE) n° 669/2009 y (CE) n° 1152/2009 de la Comisión (DOUE L 33, 2.02.2013, p. 2).

### III. POLÍTICA AGRÍCOLA

El desarrollo de la Política Agrícola Común (PAC) implica con frecuencia la celebración o participación en Tratados internacionales. Así se establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo internacional de cereales en relación con la prórroga del Convenio sobre el comercio de cereales de 1995 (DOUE L 77, 20.3.2013, p. 1) y en el seno del Consejo internacional del azúcar en relación con la prórroga del Acuerdo internacional de 1992 sobre el azúcar (DOUE L 77, 20.3.2013, p. 2). El Comité Mixto UE-Suiza se modifica los cuadros III y IV b) del Protocolo no 2 del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza de 22 de julio de 1972 en lo que se refiere a los productos agrícolas transformados (DOUE L 82, 22.3.2013, p. 60).

Respecto a la normativa general de la PAC, se modifican el Reglamento (CE) n° 1121/2009, en lo que atañe a la ayuda nacional transitoria que debe concederse a los agricultores en 2013, y el Reglamento (CE) n° 1122/2009, en lo que atañe a la reducción relativa al ajuste voluntario de los pagos directos en 2013 (DOUE L 44, 15.02.2013, p. 2), así como los anexos IV y VIII del Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común (DOUE L 86, 26.3.2013, p. 12) y se establecen excepciones al Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo, en lo que atañe al plazo para revisar la decisión sobre las ayudas específicas de 2013, y al Reglamento (CE) n° 1120/2009 de la Comisión, en lo que atañe al plazo para la notificación de esa revisión (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 14). Igualmente se modifican los Reglamentos (CE) n° 1120/2009 y (CE) n° 1122/2009 en lo que atañe a los criterios de subvencionabilidad y las obligaciones de notificación referentes a las variedades de cáñamo para la aplicación de los regímenes de ayuda directa a los agricultores (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 15). En esta materia también se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n° 826/2008 por el que se establecen disposiciones comunes para la concesión de ayuda para el almacenamiento privado de determinados productos agrícolas (DOUE L 22, 25.01.2013, p. 6).

En este ámbito, además, se modifica el Reglamento (CE) n° 1974/2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n°

1698/2005 del Consejo relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L 105, 13.4.2013, p. 1) 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 67, 9.03.2013, p. 20).

Por otra parte, también se modifican el Reglamento (UE) n° 1125/2010 en lo que atañe a los centros de intervención de cereales en Alemania, España y Eslovaquia (DOUE L 26, 26.01.2013, p. 17) y el Reglamento (UE) n° 162/2011 en lo que respecta a los centros de intervención del arroz en España (DOUE L 33, 2.02.2013, p. 17).

En cuanto a la agricultura ecológica, se modifican el Reglamento (CE) n° 889/2008 en lo que respecta al régimen de control de la producción ecológica (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 5) y el Reglamento (CE) n° 1235/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 43, 14.02.2013, p. 1).

Respecto a la regulación de situaciones geográficas determinadas, se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las regiones ultraperiféricas de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 247/2006 del Consejo (DOUE L 78, 20.3.2013, p. 23) y se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las islas menores del mar Egeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1405/2006 del Consejo (DOUE L 78, 20.3.2013, p. 41).

También se adoptan medidas transitorias que deben adoptarse en relación con el comercio de productos agrícolas con motivo de la adhesión de Croacia (DOUE L 86, 26.3.2013, p. 7).

Y en los aspectos generales, finalmente 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 82, 22.3.2013, p. 47) y se decide la supervisión, los controles fitosanitarios y las medidas que deben tomarse en relación con el material de embalaje de madera utilizado en el transporte de mercancías especificadas originarias de China (DOUE L 47, 20.02.2013, p. 74).

En la regulación por productos, vegetales, cereales, hortícolas, la normativa sobre el azúcar suele ser una constante, y así se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 394/2012 por el que se fija hasta el final de la campaña de comercialización 2012/13 el límite cuantitativo de las exportaciones de azúcar fuera de cuota y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 931/2012 (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 8). Se establecen excepciones al Reglamento (CE) n° 951/2006 en lo que respecta a la aplicación de los precios representativos y los derechos adicionales de importación de determinados productos del sector del azúcar y deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 892/2012 por el que se fijan los precios representativos y los importes de los derechos adicionales de importación de determinados productos del sector del azúcar en la campaña 2012/13 (DOUE L 26, 26.01.2013, p. 19) y también se establecen medidas excepcionales en lo que respecta a la venta en el mercado de la Unión de azúcar y de isoglucosa producidos al margen de las cuotas con una tasa por excedentes reducida en la campaña de comercialización 2012/13 (DOUE L 45, 16.02.2013, p. 1) e igualmente se establece una excepción, con respecto a la campaña de comercialización 2012/13, a lo dispuesto en el artículo 63, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo relativo a las fechas de comunicación del traslado de los excedentes de azúcar (DOUE L 99, 9.4.2013, p. 13) y otra excepción a lo dispuesto por el Reglamento (CE) n° 967/2006 en lo relativo a los plazos de comunicación de las cantidades de azúcar trasladadas de la campaña de comercialización 2012/13 (DOUE L 102, 11.4.2013, p. 12).

El sector vitivinícola también suele ser objeto de regulación, y así se modifica el anexo XI ter del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que se refiere al vino de aguja, el vino de aguja gasificado y el mosto de uva concentrado rectificado (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 44). Se modifica el Reglamento (CE) n° 606/2009 en lo que respecta a determinadas prácticas enológicas y a las restricciones aplicables, así como el Reglamento (CE) n° 436/2009 en lo que respecta a la indicación de estas prácticas en los documentos que acompañan al transporte de productos vitivinícolas y a los registros que se han de llevar en el sector vitivinícola (DOUE L 47, 20.02.2013, p. 56), y se adopta un reglamento de ejecución sobre la supresión de ciertas denominaciones de vinos existentes del registro previsto en el Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo (DOUE L 55, 27.02.2013, p. 20). Además se modifica el Reglamento (CE) n° 555/2008 en lo que atañe a la presentación de programas de apoyo en el sector vitivinícola y los intercambios comerciales con terceros países (DOUE L 67, 9.03.2013, p. 10).

En el sector de frutas y hortalizas se se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 en lo que respecta a los volúmenes que activan la im-

posición de derechos adicionales a los pepinos, las cerezas, excepto las guindas, los albaricoques, los tomates, las ciruelas, los melocotones, incluidos los griñones y las nectarinas, y las uvas de mesa (DOUE L 109, 19.4.2013, p. 1).

Y en el de los aceites, se modifica el Reglamento (CEE) n° 2568/91 relativo a las características de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva y sobre sus métodos de análisis (DOUE L 90, 28.3.2013, p. 52).

Respecto a brotes y semillas, se adopta un reglamento de ejecución sobre requisitos en materia de trazabilidad de los brotes y de las semillas destinadas a la producción de brotes (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 16), se modifica el Reglamento (CE) n° 2073/2005 en lo que respecta a los criterios microbiológicos para los brotes y las normas de muestreo para las canales de aves de corral y la carne fresca de aves de corral (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 19), se adopta un reglamento sobre la autorización de los establecimientos que producen brotes en virtud del Reglamento (CE) n° 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 24) y otro reglamento relativo a los requisitos de certificación aplicables a las importaciones en la Unión de brotes y semillas destinadas a la producción de brotes (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 26). Por último, se modifica la Directiva 2008/72/CE del Consejo a fin de prorrogar el período de aplicación de la excepción relativa a las condiciones de importación de plántones de hortalizas y de materiales de multiplicación de hortalizas, distintos de las semillas, procedentes de terceros países (DOUE L 94, 4.4.2013, p. 8).

En cuanto a la ganadería y aves de corral, y en relación con el exterior, se modifica el Reglamento (UE) n° 206/2010 en lo que concierne a la entrada correspondiente a Uruguay en la lista de terceros países, territorios o bien partes de terceros países o territorios autorizados a introducir carne fresca en la Unión y por el que se corrige dicho Reglamento en lo que concierne al modelo de certificado veterinario para ganado ovino y caprino destinado a la cría o a la producción después de la importación (DOUE L 26, 26.01.2013, p. 7). También se modifican la Decisión 2007/777/CE y el Reglamento (CE) n° 798/2008 en lo que respecta a las entradas correspondientes a Ucrania en las listas de terceros países desde los que pueden introducirse en la Unión determinadas carnes y determinados productos cárnicos, huevos y ovoproductos (DOUE L 32, 1.02.2013, p. 8) y el Reglamento (UE) n° 206/2010 en lo relativo a la entrada correspondiente a los Estados Unidos en la lista de terceros países, territorios o bien partes de terceros países o territorios autorizados a introducir en la Unión unglados vivos, el modelo de certificado veterinario «POR-X» y los protocolos para la realización de pruebas de la estomatitis ve-

sicular (DOUE L 34, 5.02.2013, p. 4), así como el anexo II del Reglamento (UE) n° 206/2010 en lo que respecta a la nueva entrada correspondiente a Japón en la lista de terceros países o partes de terceros países desde los cuales están autorizadas las importaciones en la Unión Europea de una determinada carne fresca (DOUE L 65, 8.03.2013, p. 13). Se adopta, además un reglamento de ejecución por el que se establecen condiciones zoonitarias para la importación de determinadas aves en la Unión y las correspondientes condiciones de cuarentena (DOUE L 47, 20.02.2013, p. 1). Y finalmente se modifica el Reglamento (CE) n° 616/2007, relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios comunitarios en el sector de la carne de aves de corral originaria de Brasil, Tailandia y otros terceros países (DOUE L 90, 28.3.2013, p. 86).

En lo que se refiere a la regulación interior, se adopta un reglamento relativo a la utilización de ácido láctico para reducir la contaminación de superficie de las canales de bovinos (DOUE L 34, 5.02.2013, p. 1) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 481/2012 en lo que atañe a la validez de los certificados de autenticidad de la carne de vacuno de calidad superior (DOUE L 74, 16.3.2013, p. 24).

La normativa referida a los piensos también es objeto de nueva normativa y así se adopta un reglamento relativo al Catálogo de materias primas para piensos (DOUE L 29, 30.01.2013, p. 1). Se modifica el Reglamento (CE) n° 152/2009 en lo que respecta a los métodos de análisis para la determinación de componentes de origen animal con fines de control oficial de los piensos (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 33) y se adopta un reglamento de ejecución sobre la retirada del mercado de determinados aditivos para piensos pertenecientes al grupo «sustancias aromatizantes y saborizantes» (DOUE L 80, 21.3.2013, p. 1).

Y se adoptan reglamentos relativos a la autorización de un preparado de *Pediococcus acidilactici* CNCM MA 18/5M como aditivo para piensos destinados a todos los peces, excepto los salmónidos (titular de la autorización: Lallemand SAS) (DOUE L 33, 2.02.2013, p. 19), de un preparado de *Lactobacillus buchneri* NCIMB 30139 y un preparado de *Lactobacillus casei* ATTC PTA 6135 como aditivos en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 33, 2.02.2013, p. 21), de un preparado de benzoato sódico, ácido propiónico y propionato sódico como aditivo en piensos para cerdos, aves de corral, bovinos, ovinos, caprinos, conejos y caballos, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1876/2006 y (CE) n° 757/2007 (DOUE L 49, 22.02.2013, p. 47), de un preparado de *Clostridium butyricum* (FERM BP-

2789) como aditivo en piensos destinados a pollitas para puesta (el titular de la autorización es Miyarisan Pharmaceutical Co. Ltd., representado por Miyarisan Pharmaceutical Europe S.L.U.) (DOUE L 112, 24.4.2013, p. 13), de un preparado de *Bacillus subtilis* (ATCC PTA-6737) para lechones destetados y suidos destetados distintos de *Sus scrofa domesticus* (titular de la autorización Kemin Europa N.V.) (DOUE L 91, 3.4.2013, p. 5). También se adopta un reglamento de ejecución relativo a la suspensión de las autorizaciones del preparado *Bacillus cereus* var. *toyoi* (NCIMB 40112/CNCM I-1012), previstas por los Reglamentos (CE) n° 256/2002, (CE) n° 1453/2004, (CE) n° 255/2005, (CE) n° 1200/2005, (CE) n° 166/2008 y (CE) n° 378/2009 (DOUE L 86, 26.3.2013, p. 15), y otros relativo a la autorización de un preparado de hidróxido de sodio como aditivo en los alimentos para perros, gatos y peces ornamentales (DOUE L 49, 22.02.2013, p. 52), de un preparado de *Lactobacillus plantarum* (NCIMB 30083) y un preparado de *Lactobacillus plantarum* (NCIMB 30084) como aditivos en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 94, 4.4.2013, p. 1) y se modifican el Reglamento (CE) n° 903/2009 y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 373/2011 en lo que respecta al contenido mínimo del preparado de *Clostridium butyricum* (FERM BP-2789) como aditivo de piensos para pollos de engorde y especies menores de aves (excepto aves de puesta) (titular de la autorización: Miyarisan Pharmaceutical Co. Ltd, representado por Miyarisan Pharmaceutical Europe S.L.U.) (DOUE L 109, 19.4.2013, p. 22). Se modifica el Reglamento (CE) n° 786/2007 con respecto al nombre del titular de la autorización de un preparado de endo-1,4-beta-mananasa EC 3.2.1.78 (Hemicell) (DOUE L 34, 5.02.2013, p. 12) y también los Reglamentos (CE) n° 162/2003, (CE) n° 971/2008, (UE) n° 1118/2010 y (UE) n° 169/2011 y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 888/2011 en lo que respecta al nombre del titular de la autorización del diclazuril en los piensos (DOUE L 49, 22.02.2013, p. 50). Finalmente se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 371/2011 con respecto al nombre del titular de la autorización de sal sódica de dimetilglicina (DOUE L 34, 5.02.2013, p. 15).

Por otra parte 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 monensina (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 21), a la sustancia diclazurilo (DOUE L 38, 9.02.2013, p. 11), a la sustancia eprinomectina (DOUE L 38, 9.02.2013, p. 14), a la sustancia monepantel (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 17). También se sustituye el anexo I del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las adiciones y las modificaciones con respecto a los productos regulados por dicho anexo (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 30).

También se modifican los anexos del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los límites máximos de residuos de 2-fenilfenol, ametoctradina, las cepas DSM 14940 y DSM 14941 de *Aureobasidium pullulans*, ciproconazol, difenoconazol, ditiocarbamatos, folpet, propamocarb, espinosad, espirodiclofeno, tebufenpirad y tetraconazol (DOUE L 25, 26.01.2013, p. 1), de dimetomorfo, indoxacarbo, piraclostrobina y trifloxistrobina (DOUE L 25, 26.01.2013, p. 49), de clorantraniliprol, fludioxonil y prohexadiona (DOUE L 75, 19.3.2013, p. 1), de aminopirralida, bifenazato, captán, fluazinam, fluopicolida, folpet, cresoxim metilo, pentiopirad, proquinazid, piridato y tembotriona (DOUE L 88, 27.3.2013, p. 1), de benzoato de emamectina, espinosad, espirotetramato, etofenprox, etoxazol, flutriafol, fosmet, glifosato y piraclostrobina, (DOUE L 96, 5.4.2013, p. 1) en determinados productos. En esta materia se modifica la Decisión 2011/163/UE, relativa a la aprobación de los planes enviados por terceros países de conformidad con el artículo 29 de la Directiva 96/23/CE del Consejo (DOUE L 90, 28.3.2013, p. 99).

En cuanto a la normativa sobre laboratorios de referencia, se modifican los Reglamentos (CE) n° 180/2008 y (CE) n° 737/2008 en lo referente al período de designación de los laboratorios de referencia de la UE (DOUE L 26, 26.01.2013, p. 9), se decide una ayuda financiera de la Unión para los laboratorios de referencia de la Unión Europea en el año 2013 (DOUE L 86, 26.3.2013, p. 28) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 926/2011 a efectos de la Decisión 2009/470/CE del Consejo por lo que respecta a la ayuda financiera de la Unión para los laboratorios de referencia de la UE en materia de piensos y alimentos y en el sector de la sanidad animal (DOUE L 46, 19.02.2013, p. 8).

En lo que respecta a la salud y condiciones de vida de los animales, se adopta una decisión sobre los informes anuales de las inspecciones no discriminatorias realizadas en virtud del Reglamento (CE) n° 1/2005 del Consejo relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones conexas y por el que se modifican las Directivas 64/432/CEE y 93/119/CE y el Reglamento (CE) n° 1255/97 (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 107). También se modifican los Reglamentos (CE) n° 798/2008, (CE) n° 119/2009 y (UE) n° 206/2010, y la Decisión 2000/572/CE, con respecto a la declaración sobre el bienestar de los animales en los modelos de certificados veterinarios (DOUE L 62, 6.03.2013, p. 22), y los anexos I y IV del Reglamento (CE) n° 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiiformes transmisibles (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 3), así como la De-

cisión 2009/719/CE, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a revisar sus programas anuales de seguimiento de la EEB (DOUE L 35, 6.02.2013, p. 6).

Por otra parte, se autoriza el uso en España de bovinos vulnerables hasta el final de su vida productiva tras la confirmación oficial de la presencia de EEB (DOUE L 75, 19.3.2013, p. 37), y se modifica el anexo II de la Decisión 93/52/CEE por lo que respecta al reconocimiento de determinadas regiones de España como oficialmente indemnes de brucelosis (*Brucella melitensis*) y por la que se modifican los anexos II y III de la Decisión 2003/467/CE por lo que respecta a la declaración de determinadas regiones de España oficialmente indemnes de brucelosis y de determinadas regiones de Italia y Polonia oficialmente indemnes de leucosis bovina enzoótica (DOUE L 103, 12.4.2013, p. 5).

Por último, se modifica el Reglamento (UE) n° 142/2011, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1069/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano, y la Directiva 97/78/CE del Consejo en cuanto a determinadas muestras y unidades exentas de los controles veterinarios en la frontera en virtud de la misma (DOUE L 98, 6.4.2013, p. 1).

En lo que se refiere a la leche y productos de la ganadería, se modifica el Reglamento (UE) n° 605/2010, por el que se establecen las condiciones sanitarias y zoonosológicas, así como los requisitos de certificación veterinaria, para la introducción en la Unión Europea de leche cruda y productos lácteos destinados al consumo humano (DOUE L 90, 28.3.2013, p. 71) y se adopta un reglamento relativo al reparto entre «entregas» y «ventas directas» de las cuotas lácteas nacionales fijadas para 2012/13 en el anexo IX del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo (DOUE L 107, 17.4.2013, p.1). También se modifica el Reglamento (CE) n° 589/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a las normas de comercialización de los huevos (DOUE L 107, 17.4.2013, p.4).

Para terminar en esta materia, en lo que respecta a centros escolares y ayuda alimentaria se modifica el Reglamento (CE) n° 288/2009 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo relativo a la concesión de una ayuda comunitaria para la distribución de frutas y hortalizas, frutas y hortalizas transformadas y productos del



plátano a los niños en los centros escolares en el marco de un plan de consumo de fruta en las escuelas y por el que se establecen excepciones a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 288/2009 (DOUE L 14, 18.01.2013, p. 7).

#### IV. POLÍTICA PESQUERA

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras se aprueban por la Comisión los planes de muestreo, los planes de control y los programas comunes de control para el pesaje de los productos de la pesca de conformidad con los artículos 60 y 61 del Reglamento (CE) n° 1224/2009 del Consejo (DOUE L 41, 12.02.2013, p. 11) y también se aprueban los planes nacionales de implantación de sistemas de validación conforme al artículo 109, apartado 8, del Reglamento del Consejo (CE) n° 1224/2009 (DOUE L 44, 15.02.2013, p. 18).

La protección del medio marino y cuotas generales de pesca son objeto de regulación en este primer cuatrimestre de 2013, y así se establecen para 2013 las posibilidades de pesca disponibles para los buques de la UE en lo que respecta a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces que no están sujetas a negociaciones o acuerdos internacionales (DOUE L 23, 25.01.2013, p. 1) y también se establecen para 2013 las posibilidades de pesca disponibles en aguas de la UE y, en el caso de los buques de la UE, en determinadas aguas no pertenecientes a la UE para determinadas poblaciones de peces y grupos de poblaciones de peces que están sujetas a negociaciones o acuerdos internacionales (DOUE L 23, 25.01.2013, p. 54). Además se excluyen las subdivisiones CIEM 27 y 28.2 de algunas limitaciones del esfuerzo pesquero en 2013, en virtud del Reglamento (CE) n° 1098/2007 del Consejo por el que se establece un plan plurianual para las poblaciones de bacalao del mar Báltico y para las pesquerías de estas poblaciones (DOUE L 46, 19.02.2013, p. 18).

En estos aspectos se modifica el Reglamento (CE) n° 1010/2009 en lo que respecta a los acuerdos administrativos con terceros países en materia de certificados de captura de productos de la pesca marítima (DOUE L 105, 13.4.2013, p. 4) y también el Reglamento (CE) n° 850/98 del Consejo para la conservación de los recursos pesqueros a través de medidas técnicas de protección de los juveniles de organismos marinos y el Reglamento (CE) n° 1434/98 del Consejo por el que se especifican las condiciones en que pueden desembarcarse arenques destinados a fines industriales distintos del consumo humano directo (DOUE L 78, 20.3.2013, p. 1). Igualmente se modifican los Reglamentos (UE) n.o 44/2012, (UE) n.o 39/2013 y (UE) n.o 40/2013 en lo que se refiere a determinadas posibilidades de pesca (DOUE L 90, 28.3.2013, p. 10),

y se añaden a las cuotas de pesca de 2013 determinadas cantidades retenidas en el año 2012 de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 847/96 (DOUE L 101, 10.4.2013, p. 5).

La prohibición de pescar determinadas especies referida a España se concreta en la prohibición de la pesca de brótolas en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas V, VI y VII (DOUE L 14, 18.01.2013, p. 1). Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 700/2012 en lo que atañe a las deducciones de las cuotas de pesca de bacalao, halibut negro y gallineta nórdica disponibles para Portugal y la cuota de pesca de besugo disponible para España en determinadas zonas (DOUE L 33, 2.02.2013, p. 11) y se deducen determinadas cuotas de pesca asignadas a España para 2013 y años siguientes debido a la sobrepesca de una cuota de caballa determinada practicada en 2009 (DOUE L 62, 6.03.2013, p. 1).

## V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En el ámbito de la Libre Circulación de los Trabajadores, de la Política Social y de Empleo, se adopta una recomendación de la Comisión, de 20 de febrero de 2013, Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas (DOUE L 59, 2.03.2013, p. 5) y una decisión del Consejo, de 22 de abril de 2013, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 21).

## VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En cuanto al Derecho de Establecimiento y la Libre prestación de servicios se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a las exenciones, las condiciones generales de ejercicio de la actividad, los depositarios, el apalancamiento, la transparencia y la supervisión (DOUE L 82, 22.3.2013, p. 1).

## VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

Como suele ser frecuente en el ámbito de la Política de Transportes, se celebran numerosos tratados internacionales. Así se firma, en nombre de la

Unión, y se decide la aplicación provisional del Acuerdo por el que se establece un marco general para el refuerzo de la cooperación entre la Unión Europea y la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (DOUE L 16, 19.01.2013, p. 1 y 2), e igualmente del Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre determinados aspectos de los servicios aéreos (DOUE L 49, 22.02.2013, p. 1 y 2). Se decide también la firma y celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril de adhesión de la Unión Europea al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999 (DOUE L 51, 23.02.2013, p. 1 y 8).

En el sector de los transportes aéreos, se modifica el Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) n° 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE (1) (DOUE L 4, 9.01.2013, p. 34). Se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción (DOUE L 4, 9.01.2013, p. 36). Se modifica el Reglamento (UE) n° 185/2010 en lo que se refiere a la inspección de pasajeros y de personas que no sean pasajeros mediante equipos de detección de rastros de explosivos (ETD) en combinación con detectores de metales portátiles (HHMD) (DOUE L 34, 5.02.2013, p. 13).

También se modifican, el Reglamento (CE) n° 748/2009, sobre la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación enumerada en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE el 1 de enero de 2006 o a partir de esta fecha, en la que se especifica el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador, habida cuenta de la ampliación del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea a los países de la AELC pertenecientes al EEE (DOUE L 40, 9.02.2013, p. 1); el Reglamento (UE) n° 185/2010, en lo que respecta al régimen aplicable a los expedidores conocidos (DOUE L 62, 6.03.2013, p. 17); el Reglamento (CE) n° 272/2009 en lo referente al control de líquidos, aerosoles y geles en los aeropuertos de la UE (DOUE L 77, 20.3.2013, p. 5) y el Reglamento (UE) n° 185/2010 en lo referente a la inspección de líquidos, aerosoles y geles en los aeropuertos de la UE (DOUE L 77, 20.3.2013, p. 8).

En esta materia también se producen tres Comunicaciones de la Comisión en relación con el Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. Una sobre obligaciones de servicio público respecto a servicios aéreos regulares (DOUE C 31, 2.02.2013, p. 10); otra sobre licitación para la explotación de servicios aéreos regulares de conformidad con las obligaciones de servicio público (DOUE C 31, 2.02.2013, p. 11) y la tercera sobre modificaciones de obligaciones de servicio público respecto a servicios aéreos regulares (DOUE C 31, 2.02.2013, p. 13).

En cuanto a los transportes por carretera, se adopta una decisión sobre las equivalencias entre categorías de permisos de conducción (DOUE L 19, 22.01.2013, p. 1) y se complementa la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere el suministro armonizado de un número de llamada de emergencia en toda la Unión (eCall) (DOUE L 91, 3.4.2013, p. 1).

En el sector del transporte marítimo, se modifican los anexos de la Directiva 2006/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen las prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior (DOUE L 6, 10.01.2013, p. 1; DOUE L 6, 10.01.2013, p. 49) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1406/2002 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima (DOUE L 39, 9.02.2013, p. 30).

Por último, en lo que se refiere al transporte ferroviario, se modifican el anexo III de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 55) y el Reglamento (CE) n° 62/2006 sobre la especificación técnica de interoperabilidad referente a las aplicaciones telemáticas para el subsistema del transporte de mercancías del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DOUE L 84, 23.3.2013, p. 17), y se adopta un reglamento sobre la especificación técnica de interoperabilidad relativa al subsistema «material rodante — vagones de mercancías» del sistema ferroviario de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2006/861/CE (DOUE L 104, 12.4.2013, p. 1).

## VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En la Política de la Competencia se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo a la cooperación en la aplicación de sus normativas de competencia (DOUE L 117, 27.4.2013, p. 6).

En lo que se refiere a los aspectos generales en esta materia, la Comisión adopta una Comunicación sobre “Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha” (DOUE C 25, 26.01.2013, p. 1).

Entrando ya en aspectos concretos de esta política, se decide modificar el porcentaje del derecho adicional de los productos de la lista del anexo I del Reglamento (CE) n° 673/2005 del Consejo, por el que se establecen derechos de aduana adicionales sobre las importaciones de determinados productos originarios de los Estados Unidos de América (DOUE L 108, 18.4.2013, p. 6) y someter a registro las importaciones de biodiésel originario de Argentina e Indonesia (DOUE L 27, 29.01.2013, p. 10; DOUE L 102, 11.4.2013, p. 13) y las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (como células y obleas) originarios o procedentes de la República Popular China (DOUE L 61, 5.03.2013, p. 2).

Se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de politereftalato de etileno originario, entre otros países, de Taiwán como consecuencia de una reconsideración en relación con un «nuevo exportador» en virtud del artículo 11, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1225/2009 (DOUE L 90, 28.3.2013, p. 1).

Igualmente se reestablece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados cítricos preparados o conservados (principalmente mandarinas, etc.) originarios de la República Popular China (DOUE L 49, 22.02.2013, p. 29). Para productos provenientes de China, se establece un derecho antidumping definitivo respecto a las importaciones de transpaletas manuales y sus partes esenciales (DOUE L 112, 24.4.2013, p. 1), de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio originarios de la República Popular China y se amplía a las importaciones de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio procedentes de Taiwán y Tailandia, hayan sido declarados o no originarios de Taiwán o Tailandia (DOUE L 11, 16.01.2013, p. 1).

Se amplía el derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinadas sujeciones de acero inoxidable y sus partes originarias de la República Popular China a las importaciones de determinadas sujeciones de acero inoxidable procedentes de Filipinas, declaradas originarias de Filipinas o no, y por el que se concluye la investigación relativa a una posible elusión de las medidas antidumping impuestas mediante dicho Reglamento por las importaciones de determinadas sujeciones de acero inoxidable y sus partes procedentes de Malasia y Tailandia, declaradas originarias de Malasia y Tailandia o no (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 1). También se amplían el derecho antidumping definitivo establecido mediante el Reglamento de Ejecución (UE) n° 467/2010 sobre las importaciones de silicio originario de la República Popular de China a las importaciones de silicio procedente de Taiwán, independientemente de que el producto haya sido o no declarado originario de este último país (DOUE L 95, 5.4.2013, p. 1) y sobre las importaciones de encendedores de bolsillo no recargables, de gas y piedra, originarios de la República Popular China a las importaciones de encendedores de bolsillo no recargables, de gas y piedra, procedentes de la República Socialista de Vietnam, hayan sido o no declarados como originarios de la República Socialista de Vietnam (DOUE L 82, 22.3.2013, p. 10).

Se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinadas hojas de aluminio en rollos (DOUE L 69, 13.03.2013, p. 11); de determinados productos siderúrgicos revestidos de materia orgánica (DOUE L 73, 15.3.2013, p. 1; DOUE L 73, 15.3.2013, p. 16) originarios de la República Popular China

Se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinados accesorios de tubería, de hierro o de acero, originarios de Rusia y Turquía (DOUE L 27, 29.01.2013, p. 1), así como sobre las importaciones de bioetanol originario de los Estados Unidos de América (DOUE L 49, 22.02.2013, p. 10).

En cuanto a las ayudas de Estado, y respecto a la ayuda estatal SA.22668 [c 8/08 (ex NN 4/08)] concedida por España a Ciudad de la Luz SA, la Comisión concluyó que España concedió una ayuda estatal a Ciudad de la Luz SA vulnerando lo dispuesto en el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por lo que España deberá recuperar del beneficiario la ayuda incompatible) (DOUE L 85, 23.3.2013, p. 1).

Se autorizan, sin embargo a España una serie de ayudas estatales, (DOUE

C 21, 24.1.2013, p. 4; DOUE C 50, 21.2.2013, p. 5), en algunos casos relacionadas con la recapitalización y reestructuración del sector financiero español. Así las autorizaciones de ayuda a NovaCaixaGalicia (DOUE C 75, 14.3.2013, p. 1); Catalunya Banc SA (DOUE C 75, 14.3.2013, p. 2); Banco de Valencia SA (DOUE C 75, 14.3.2013, p. 3); Grupo BFA/Bankia (DOUE C 77, 15.3.2013, p. 2); Banco CEISS) (DOUE C 96, 4.4.2013, p.1); Banco Mare Nostrum) (DOUE C 96, 4.4.2013, p. 6).

Igualmente se autorizan ayudas en relación con algunas Comunidades Autónomas, en relación con Andalucía, se autoriza una ayuda para la modificación y prórroga del régimen de ayudas de salvamento y reestructuración para PYME en crisis en Andalucía (DOUE C 50, 21.2.2013, p. 3). Y se autorizan a Galicia (DOUE C 1, 4.1.2013, p. 3; DOUE C 43, 15.2.2013, p. 9) y País Vasco (DOUE C 122, 27.4.2013, p. 13).

## IX. FISCALIDAD

En materia de Política Fiscal, se va a autorizar una cooperación reforzada en el ámbito del impuesto sobre las transacciones financieras, en la que van a participar once Estados miembros, entre ellos España. (Bélgica, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Italia, Austria, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia) (DOUE L 22, 25.01.2013, p. 11).

Por otra parte se va a modificar el anexo del Reglamento (CE) n° 3199/93, relativo al reconocimiento mutuo de procedimientos para la desnaturalización completa del alcohol a efectos de su exención de los impuestos especiales (DOUE L 49, 22.02.2013, p. 55).

## X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En los aspectos más generales de la Política Económica y Monetaria, se modifica la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET-2 ECB (BCE/2012/31) (DOUE L 13, 17.01.2013, p. 8), se adopta una orientación sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2012/27) (DOUE L 30, 30.01.2013, p. 1) y se adoptan dos decisiones, una sobre cambios temporales en las normas relativas a la admisibilidad de activos de garantía denominados en moneda extranjera (BCE/2012/34) (DOUE L 14, 18.01.2013, p. 22) y otra, por la que se establece el marco de una infraestructura de clave pública para el

Sistema Europeo de Bancos Centrales (BCE/2013/1) (DOUE L 74, 16.3.2013, p. 30). También adopta una decisión sobre las normas relativas a la utilización como activos de garantía en las operaciones de política monetaria del Eurosistema de bonos bancarios simples con la garantía del Estado para uso propio (BCE/2013/6) (DOUE L 95, 5.4.2013, p. 22). Además adopta dos orientaciones, una por la que 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/2013/2) (DOUE L 34, 5.02.2013, p. 18) y otra sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía y por la que se modifica la Orientación BCE/2007/9 (BCE/2013/4) (DOUE L 95, 5.4.2013, p. 23).

También una recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, sobre la financiación de las entidades de crédito (JERS/2012/2) (DOUE C 119, 25.4.2013, p. 1).

La crisis económica que sigue afectando a Europa lleva a continuar adoptando medidas en relación con la misma. Así se modifica la Decisión 2011/734/UE dirigida a Grecia, con objeto de reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y de formular una advertencia a Grecia a fin de que adopte las medidas para la reducción del déficit considerada necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo (DOUE L 4, 9.01.2013, p. 40). También se modifican la Decisión de Ejecución 2011/77/UE sobre la concesión por la Unión de ayuda financiera a Irlanda (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 30) y la Decisión de Ejecución 2011/344/UE, relativa a la concesión de ayuda financiera de la Unión a Portugal (DOUE L 26, 26.01.2013, p. 30).

Por último, el Banco Central Europeo adopta una decisión por la que se derogar las Decisiones BCE/2011/4 sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o garantizados por el Estado irlandés, BCE/2011/10 sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o garantizados por el Estado portugués, BCE/2012/32 sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o garantizados por la República Helénica, y BCE/2012/34 sobre cambios temporales en las normas relativas a la admisibilidad de activos de garantía denominados en moneda extranjera (BCE/2013/5) (DOUE L 95, 5.4.2013, p. 21).

En cuanto al régimen del euro, el Banco Central Europeo, decide modificar la Decisión BCE/2010/24 sobre la distribución provisional de los ingresos



del Banco Central Europeo procedentes de los billetes en euros en circulación y de los valores adquiridos conforme al programa para mercados de valores (BCE/2012/33) (DOUE L 13, 17.01.2013, p. 12), y adoptar una decisión sobre las denominaciones, especificaciones, reproducción, canje y retirada de los billetes en euros (BCE/2013/10) (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 37). También adopta una orientación por la que se modifica la Orientación BCE/2003/5 sobre la aplicación de medidas contra la reproducción irregular de billetes en euros y sobre el canje y la retirada de billetes en euros (BCE/2013/11) (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 43).

Finalmente el Consejo adopta un reglamento sobre la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n° 1214/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al transporte profesional transfronterizo por carretera de fondos en euros entre los Estados miembros de la zona del euro (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 1).

## XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

La celebración de Tratados internacionales es una parte esencial tanto de las relaciones exteriores de la UE como de la cooperación al desarrollo. En este sentido cabe destacar la firma en nombre de la Unión Europea y a la aplicación provisional del Acuerdo Marco entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 1 y 2).

En relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se adoptan decisiones relativas a la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE respecto a una modificación del anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE (DOUE L 116, 26.4.2013, p. 1), del anexo IV (Energía) y del anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE (DOUE L 7, 11.01.2013, p. 1), del anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 1) y del Protocolo 31 del Acuerdo EEE, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 3).

Igualmente hay que resaltar las modificaciones de los anexos de Acuerdo EEE, así se modifica el anexo I (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 37; DOUE L 21, 24.01.2013, p. 39; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 1; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 3); el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamenta-

ciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 41; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 6), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 42; DOUE L 21, 24.01.2013, p. 43; DOUE L 21, 24.01.2013, p. 44; DOUE L 21, 24.01.2013, p. 45; DOUE L 21, 24.01.2013, p. 48; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 8; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 9; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 10; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 11; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 12; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 13; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 14; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 15; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 16), el anexo IV (Energía) (DOUE L 81, 21.3.2013, p. 17; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 18; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 20; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 22; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 23), el anexo VII (Reconocimiento de cualificaciones profesionales) (DOUE L 81, 21.3.2013, p. 24), el anexo XIII (Transporte) (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 49; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 25; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 26), el anexo XV (Ayudas estatales) (DOUE L 81, 21.3.2013, p. 27), el anexo XVI (Contratos públicos) (DOUE L 81, 21.3.2013, p. 28), el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) (DOUE L 81, 21.3.2013, p. 29), el anexo XIX (Protección de los consumidores) (DOUE L 81, 21.3.2013, p. 30; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 31), el anexo XX (Medio Ambiente) (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 50; DOUE L 21, 24.01.2013, p. 51; DOUE L 21, 24.01.2013, p. 54; DOUE L 21, 24.01.2013, p. 56; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 32; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 33; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 36; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 37; DOUE L 81, 21.3.2013, p. 38), el anexo XXI (Estadísticas) (DOUE L 81, 21.3.2013, p. 34), así como el Protocolo 10 sobre la simplificación de los controles y formalidades respecto al transporte de mercancías (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 57) y el Protocolo 31 del Acuerdo EEE (DOUE L 81, 21.3.2013, p. 35).

Hay que destacar también una recomendación del Órgano de Vigilancia de la AELC, de 21 de febrero de 2013, relativa a un plan coordinado de controles a fin de establecer la prevalencia de prácticas fraudulentas en la comercialización de determinados alimentos (DOUE L 118, 30.4.2013, p. 44).

En cuanto a la Política de Vecindad se decide la celebración de un Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Estado de Israel, por otra, sobre evaluación de la conformidad y aceptación de productos industriales (ECA) (DOUE L 1, 4.01.2013, p. 1 y 2). También se decide la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional de un Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hache-

mita de Jordania, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y el Reino Hachemita de Jordania sobre los principios generales de la participación del Reino Hachemita de Jordania en los programas de la Unión (DOUE L 117, 27.4.2013, p. 1 y 2).

Por último en la Cooperación al Desarrollo se da por concluida la investigación iniciada mediante la Decisión de Ejecución 2012/161/UE, sobre la aplicación efectiva de la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes en Bolivia (DOUE L 75, 19.3.2013, p. 35) y el Comité de Embajadores ACP-UE, nombra a los miembros del consejo de administración del Centro para el Desarrollo de la Empresa (CDE) (DOUE L 84, 23.3.2013, p. 28).

## XII. ENERGÍA

En la Política de Energía cabe destacar la recomendación de la Comisión, de 9 de octubre de 2009, relativa a la movilización de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la transición a una economía de alta eficiencia energética y bajo nivel de emisión de carbono, que se publica más de tres años después (DOUE L 51, 23.02.2013, p. 18).

## XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En relación con la normativa internacional que afecta al Mercado Interior, cabe destacar la adopción de numerosos reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), como el Reglamento no 12, Prescripciones uniformes relativas a la homologación de los vehículos en lo que concierne a la protección del conductor contra el mecanismo de dirección en caso de colisión (DOUE L 89, 27.3.2013, p. 1), el Reglamento no 62, Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de motor dotados de manillar con respecto a la protección contra su utilización no autorizada (DOUE L 89, 27.3.2013, p. 37) y las Enmiendas de 2013 al Reglamento no 58, Prescripciones uniformes relativas a la homologación de: I. Dispositivos de protección trasera contra el empotramiento — II. Vehículos en lo que concierne al montaje de un dispositivo de protección trasera contra el empotramiento de un tipo homologado — III. Vehículos en lo que concierne a su protección trasera contra el empotramiento (DOUE L 89, 27.3.2013, p. 34).

También se modifica el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformi-

dad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 1 (DOUE L 61, 5.03.2013, p. 6), en lo que se refiere a las Mejoras Anuales de las Normas Internacionales de Información Financiera, Ciclo 2009-2011 (DOUE L 90, 28.3.2013, p. 78) y en lo relativo a los estados financieros consolidados, los acuerdos conjuntos y la revelación de participaciones en otras entidades: guía de transición (Modificaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera 10, 11 y 12) (DOUE L 95, 5.4.2013, p. 9).

La protección de la salud humana y animal suele ser objeto de regulación y así se adopta una decisión sobre la evaluación del marco regulador de un tercer país aplicable a los principios activos de los medicamentos para uso humano y de las medidas respectivas de control y ejecución con arreglo al artículo 111 ter de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 36). Y se modifica la Decisión de Ejecución 2012/715/UE por la que 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 (DOUE L 113, 25.4.2013, p. 22). También se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al uso de fosfato tricálcico (E 341 (iii)) en preparados nutritivos destinados a ser utilizados para lactantes y niños de corta edad (DOUE L 77, 20.3.2013, p. 3) y en lo que se refiere al uso del ascorbato sódico (E 301) en preparados de vitamina D destinados a lactantes y niños de corta edad (DOUE L 79, 21.3.2013, p. 24).

En lo que se refiere a sustancias activas, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 en lo relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia activa glufosinato (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 27), de la sustancia activa etileno (DOUE L 62, 6.03.2013, p. 10) y de la sustancia activa hipoclorito de sodio (DOUE L 62, 6.03.2013, p. 19). 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, se aprueba la sustancia activa *Trichoderma atroviride* cepa I-1237 (DOUE L 9, 15.01.2013, p. 5), la sustancia activa ciflumetofeno (DOUE L 11, 16.01.2013, p. 8), la sustancia activa *Bacillus firmus* I-1582, (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 30), la sustancia activa nucleopoliedrovirus de la *Spodoptera littoralis*, (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 33), la sustancia activa nucleopoliedrovirus de la *Helicoverpa armigera*, (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 36) la sustancia activa fosfonatos de potasio, (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 39), la sustancia activa *Candida oleophila*, cepa O, (DOUE L 112, 24.4.2013,

p. 10) la sustancia activa espiromesifeno, (DOUE L 112, 24.4.2013, p. 15), la sustancia activa Paecilomyces fumosoroseus, cepa FE 9901, (DOUE L 113, 25.4.2013, p. 5), la sustancia activa mandipropamida, (DOUE L 62, 6.03.2013, p. 13), la sustancia activa ametocradina, (DOUE L 67, 9.03.2013, p. 1); la sustancia activa bixafen, (DOUE L 108, 18.4.2013, p. 9), la sustancia activa maltodextrina, (DOUE L 109, 19.4.2013, p. 14), la sustancia activa halosulfurón-metilo (DOUE L 109, 19.4.2013, p. 18). También se decide permitir a los Estados miembros ampliar las autorizaciones provisionales concedidas a las nuevas sustancias activas emamectina y maltodextrina (DOUE L 18, 22.01.2013, p. 17), acequinocilo, aminopirralida, ácido ascórbico, flubendiamida, gamma-cihalotrina, ipconazol, metaflumizona, orthosulfamuron, Pseudomonas sp., cepa DSMZ 13134, pyridalil, piroxsulam, espiromesifeno, tiencarbazona y topramezona (DOUE L 117, 27.4.2013, p. 20).

Continuando en esta materia se adoptan dos reglamentos, uno que establece los requisitos sobre datos aplicables a 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 93, 3.4.2013, p. 1) y otro que establece los requisitos sobre datos aplicables a los productos fitosanitarios, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios (DOUE L 93, 3.4.2013, p. 85).

Se modifica el Reglamento (CE) n° 1950/2006, que establece una lista de sustancias esenciales para el tratamiento de los équidos, de conformidad con la Directiva 2001/82/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos veterinarios (DOUE L 42, 13.02.2013, p. 1) y también se modifica el Reglamento (UE) n° 1141/2010 en lo que se refiere a la remisión del expediente complementario completo a la Autoridad, a los demás Estados miembros y a la Comisión (DOUE L 116, 26.4.2013, p. 4).

Se adopta normativa relativa a cambios de biocidas autorizados de conformidad con el Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 109, 19.4.2013, p. 4) y la Comisión decide la no inclusión del formaldehído 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, para el tipo de producto 20 (DOUE L 117, 27.4.2013, p. 18). La Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo es reiteradamente modificada para, que se amplíe la inclusión en su anexo I de la sustancia activa tiametoxam al tipo de producto 18 (DOUE L 44, 15.02.2013, p. 6), que incluya el cloruro de di-

decildimetilamonio (DOUE L 44, 15.02.2013, p. 10), el piriproxifeno (DOUE L 44, 15.02.2013, p. 14), el diflubenzurón (DOUE L 48, 21.02.2013, p. 10), el cloruro de alquil (C12-C16) dimetilbencilamonio (DOUE L 49, 22.02.2013, p. 66) como sustancia activa en su anexo I,

Además se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 788/2011 y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 en lo relativo a la ampliación de los usos para los que se autorizó la sustancia activa fluazifop-P (DOUE L 67, 9.03.2013, p. 6) y se decide la no inclusión de determinadas sustancias 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 45, 16.02.2013, p. 30). También se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 en lo que respecta a la retirada de la aprobación de la sustancia activa cloruro de decildimetilamonio (DOUE L 56, 28.02.2013, p. 4).

En cuanto a la regulación de los medicamentos, se adopta un reglamento relativo a la selección de un símbolo de identificación de los medicamentos de uso humano sujetos a un seguimiento adicional (DOUE L 65, 8.03.2013, p. 17) y se modifica el Reglamento (CE) n° 297/95 del Consejo en lo que se refiere al ajuste de las tasas de la Agencia Europea de Medicamentos a la tasa de inflación (DOUE L 70, 14.03.2013, p. 1).

Por último, hay que reseñar la recomendación de la Comisión sobre la presencia de las toxinas T-2 y HT-2 en los cereales y los productos a base de cereales (DOUE L 91, 3.4.2013, p. 12).

En relación a la salud alimentaria y la seguridad, se adoptan normativa y decisiones sobre los aditivos e ingredientes alimentarios, y así se modifican los anexos II y III del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el anexo del Reglamento (UE) n° 231/2012 de la Comisión en lo que concierne al aditivo alimentario diacetato de potasio (DOUE L 13, 17.01.2013, p. 1), se autoriza la puesta en el mercado de la zeaxantina sintética como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 32), se autoriza una extensión de los usos de las semillas de chía (*Salvia hispanica*) como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 34), se modifica la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de forma que incluya el diflubenzurón como sustancia activa en su anexo I (DOUE L 48, 21.02.2013, p. 10) y se adoptan directrices para la aplicación de las condiciones específicas relativas a las declaraciones de propiedades saludables establecidas en el artículo 10 del Reglamento (CE) n° 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 22, 25.01.2013, p. 25).

En cuanto a etiquetación y presentación de los productos se modifica el anexo I de la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los envases y residuos de envases (DOUE L 37, 8.02.2013, p. 10) y se modifica la Directiva 75/324/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los generadores aerosoles, al fin de adaptar sus disposiciones en materia de etiquetado al Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L 77, 20.3.2013, p. 20).

El sector obstáculos técnicos a los intercambios suele ser siempre objeto de algún tipo de regulación, y así se modifica la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 692/2008 de la Comisión en lo que respecta a la determinación de las emisiones de CO<sub>2</sub> de los vehículos presentados a homologación de tipo multifásica (DOUE L 47, 20.02.2013, p. 51). También se modifican los anexos I y IX y se sustituye el anexo VIII 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), y se modifican los anexos I y XII del Reglamento (CE) n° 692/2008 de la Comisión, por el que se aplica y modifica el Reglamento (CE) n° 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos (DOUE L 55, 27.02.2013, p. 9).

En este sector además, se modifica, a efectos de adaptar sus disposiciones técnicas, la Directiva 2009/144/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados elementos y características de los tractores agrícolas o forestales de ruedas (DOUE L 56, 28.02.2013, p. 8) y se adoptan dos reglamentos, uno relativo a la homologación de los vehículos agrícolas o forestales, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos (DOUE L 60, 2.03.2013, p. 1) y otro relativo a la homologación de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos (DOUE L 60, 2.03.2013, p. 52).

En lo que se refiere a la seguridad de los productos, se modifican el anexo XVII (DOUE L 43, 14.02.2013, p. 24) y el anexo XIV (DOUE L 108, 18.4.2013, p. 1) del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), así como el Reglamento

(CE) n° 340/2008 de la Comisión relativo a las tasas que deben abonarse a la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas con arreglo al 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) (DOUE L 79, 21.3.2013, p. 7).

Se adoptan dos decisiones, una que prolonga la validez de la Decisión 2006/502/CE, por la que se requiere a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar que solo se comercialicen encendedores con seguridad para niños y que prohíban la comercialización de encendedores de fantasía (DOUE L 61, 5.03.2013, p. 11) y otra sobre los requisitos de seguridad que deben establecer las normas europeas en relación con determinados asientos para niños con arreglo a la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la seguridad general de los productos (DOUE L 65, 8.03.2013, p. 23).

El mercado interior abarca una pluralidad de materias, algunas de las cuales son objeto de regulación en este cuatrimestre. Así se modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la lista de productos relacionados con la defensa (DOUE L 31, 31.01.2013, p. 43) y se adopta un reglamento sobre la comercialización y la utilización de precursores de explosivos (DOUE L 39, 9.02.2013, p. 1).

Se adopta una decisión que define las modalidades prácticas, los formatos uniformes y una metodología en relación con el inventario del espectro radioeléctrico establecido por la Decisión no 243/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un programa plurianual de política del espectro radioeléctrico (DOUE L 113, 25.4.2013, p. 18). Y en otro sector, se modifican los anexos II, III, V y VI del Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos cosméticos (DOUE L 114, 25.4.2013, p. 1).

Se completa 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, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los elementos mínimos de los datos que deben notificarse a los registros de operaciones (DOUE L 52, 23.02.2013, p. 1); en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los acuerdos de compensación indirecta, la obligación de compensación, el registro público, el acceso a la plataforma de negociación, las contrapartes no financieras y las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabur-



sátiles no compensados por una entidad de contrapartida central (DOUE L 52, 23.02.2013, p. 11), en lo que atañe a las normas técnicas de regulación que especifican los pormenores de la solicitud de inscripción como registro de operaciones (DOUE L 52, 23.02.2013, p. 25), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los datos que los registros de operaciones habrán de publicar y mantener disponibles y las normas operativas para la agregación y comparación de los datos y el acceso a los mismos (DOUE L 52, 23.02.2013, p. 33), en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos de capital de las entidades de contrapartida central (DOUE L 52, 23.02.2013, p. 37) y en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos que deben cumplir las entidades de contrapartida central (DOUE L 52, 23.02.2013, p. 41).

Finalmente se adoptan dos reglamentos, uno sobre los fondos de capital riesgo europeos (DOUE L 115, 25.4.2013, p. 1) y otro sobre los fondos de emprendimiento social europeos (DOUE L 115, 25.4.2013, p. 18).

#### XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En lo que se refiere a los Instrumentos Estructurales, se modifican los anexos I y II del Reglamento (CE) n° 1905/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo (DOUE L 43, 14.02.2013, p. 28).

Y en relación con las Redes Transeuropeas, se adopta un reglamento relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y por el que se deroga la Decisión no 1364/2006/CE y se modifican los Reglamentos (CE) n° 713/2009, (CE) n° 714/2009 y (CE) n° 715/2009 (DOUE L 115, 25.4.2013, p. 39).

#### XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En la política medioambiental como suele ser habitual, se celebran tratados internacionales, y así se decide la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación suplementario al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Bio-

tecnología (DOUE L 46, 19.02.2013, p. 1 y 4), y la firma y celebración del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la coordinación de los programas de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos (DOUE L 63, 6.03.2013, p. 5, 7 y 81). Además se decide la adhesión de la Unión Europea al Protocolo para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación resultante de la explotación y explotación de la plataforma continental, del fondo del mar y de su subsuelo (DOUE L 4, 9.01.2013, p. 13 y 15).

En cuanto a los aspectos más generales de esta política, se decide establecer la Guía del usuario en la que figuran los pasos necesarios para participar en el EMAS con arreglo al Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DOUE L 76, 19.3.2013, p. 1).

En la regulación sobre residuos se modifica el Reglamento (CE) n° 1418/2007, relativo a la exportación, con fines de valorización, de determinados residuos a determinados países no miembros de la OCDE (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 17), y también se modifican para su adaptación a los avances científicos y técnicos los anexos IC, VII y VIII del Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los traslados de residuos (DOUE L 79, 21.3.2013, p. 19).

En cuanto a la regulación relacionada con la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se completa el Reglamento (UE) n° 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas aplicables a las solicitudes de excepción respecto a los objetivos de emisiones específicas de CO<sub>2</sub> para los vehículos comerciales ligeros nuevos (DOUE L 38, 9.02.2013, p. 1). También se decide la aprobación del uso de diodos emisores de luz en determinadas funciones de iluminación de un vehículo de categoría M1 como tecnología innovadora para la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> de los turismos de conformidad con el Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 70, 14.03.2013, p. 7) y se modifican la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 692/2008 de la Comisión en lo relativo a las tecnologías innovadoras para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> de turismos y vehículos comerciales ligeros (DOUE L 65, 8.03.2013, p. 1).

Por otra parte, se establecen las conclusiones sobre las mejores técnicas disponibles (MTD) para el curtido de cueros y pieles conforme a la Directiva

2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales (DOUE L 45, 16.02.2013, p. 13) e igualmente se establecen las conclusiones sobre las mejores técnicas disponibles (MTD) para la fabricación de cemento, cal y óxido de magnesio conforme a la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales (DOUE L 100, 9.4.2013, p. 1).

También se determinan las asignaciones anuales de emisiones de los Estados miembros para el período de 2013 a 2020, de conformidad con la Decisión no 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 90, 28.3.2013, p. 106) y se establece una excepción temporal a la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad (DOUE L 113, 25.4.2013, p. 1).

En los ámbitos del diseño y etiquetado de productos, se modifica el Reglamento (CE) n° 106/2008 relativo a un programa comunitario de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos (DOUE L 63, 6.03.2013, p. 1) y se modifican las Decisiones 2007/506/CE y 2007/742/CE al objeto de prorrogar la vigencia de los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a determinados productos (DOUE L 75, 19.3.2013, p. 34).

En lo que se refiere a la protección de espacios, se adoptan diferentes listas actualizadas, así la sexta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 1), la sexta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 58); la cuarta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica panónica (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 344); la tercera lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica macaronésica (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 370); la sexta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 379); la sexta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 464); la primera lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica estépica (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 643); la sexta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 647); la primera lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica del mar Negro (DOUE L 24, 26.01.2013, p. 740).

Finalmente, en el sector de las energías renovables, se establecen las directrices para el cálculo por los Estados miembros de la energía renovable procedente de las bombas de calor de diferentes tecnologías, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 62, 6.03.2013, p. 27).

En relación a la Política de la Salud se modifica el anexo I de la Directiva 2002/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los niveles máximos de melamina en alimentos enlatados para animales de compañía (DOUE L 35, 6.02.2013, p. 1) y la Comisión da una recomendación relativa a un marco común para un sistema de identificación única de los productos sanitarios en la Unión (DOUE L 99, 9.4.2013, p. 17).

## XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

La Política de Información suele contener normativa referida a la elaboración de estadísticas. En este sentido, se modifican la Decisión BCE/2009/4 acerca de las exenciones que pueden concederse en virtud del Reglamento (CE) n° 958/2007 relativo a las estadísticas sobre activos y pasivos de fondos de inversión (BCE/2007/8) (BCE/2012/28) (DOUE L 9, 15.01.2013, p. 11) y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1051/2011 en lo relativo a los ficheros de microdatos para la transmisión de datos (DOUE L 28, 30.01.2013, p. 1). También se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 2494/95, relativo a los índices armonizados de precios al consumo, por lo que se refiere a la elaboración de los índices de precios de las viviendas ocupadas por sus propietarios (DOUE L 33, 2.02.2013, p. 14) y se aplica el Reglamento (CE) n° 1177/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC), en lo referente a la lista de 2014 de variables objetivo secundarias sobre privaciones materiales (DOUE L 37, 8.02.2013, p. 2).

Continuando en esta materia, se modifica el Reglamento (CE) n° 2214/96, relativo a los índices de precios al consumo armonizados (IPCA): transmisión y difusión de los subíndices de los IPCA, por lo que respecta al establecimiento de índices de precios al consumo armonizados a impuestos constantes (DOUE L 41, 12.02.2013, p. 1), se aplica el Reglamento (CE) n° 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo, por lo que se refiere a las estadísticas basadas en la encuesta europea de salud mediante entrevista (EHIS)

(DOUE L 47, 20.02.2013, p. 20) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1099/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas sobre energía, con respecto a la aplicación de actualizaciones para las estadísticas sobre energía mensuales y anuales (DOUE L 50, 22.02.2013, p. 1).

También se modifican, el anexo II del Reglamento (UE) n° 692/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a las adaptaciones derivadas de la revisión de la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación CINE en relación con las variables y los desgloses que deben presentarse (DOUE L 79, 21.3.2013, p. 5) y los anexos de los Reglamentos (CE) n° 1983/2003, (CE) n° 1738/2005, (CE) n° 698/2006, (CE) n° 377/2008 y (UE) n° 823/2010 en lo que respecta a la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (DOUE L 99, 9.4.2013, p. 1).

Igualmente, se adopta el programa de módulos ad hoc, que cubre los años 2016 a 2018, para la encuesta muestral de población activa establecida en el Reglamento (CE) n° 577/98 (DOUE L 99, 9.4.2013, p. 11) y un reglamento relativo al Programa Estadístico Europeo 2013-2017 (DOUE L 39, 9.02.2013, p. 12).

En relación con la Política de la Juventud solo cabe reseñar una recomendación del Consejo, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (DOUE C 120, 26.4.2013, p. 1).

## XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En cuanto a la política científica, de investigación y desarrollo tecnológico, se aprueba la celebración por la Comisión Europea, del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, por el que se asocia a la Confederación Suiza al Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica para las actividades de investigación y formación en materia nuclear (2012-2013) (DOUE L 4, 9.01.2013, p. 1 y 3).

Y en lo que se refiere a la política de protección intelectual e industrial, se decide la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Moldavia sobre la protección de las indicaciones geográficas de los productos agrícolas y alimenticios (DOUE L 10, 15.01.2013, p. 1 y 3), y se inscribe una

denominación en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Pa de Pagès Català (IGP)] (DOUE L 47, 20.02.2013, p. 18).

## XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

## XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La regulación de la Ciudadanía de la Unión va a experimentar cambios, y así se modifica la Directiva 93/109/CE por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (DOUE L 26, 26.01.2013, p. 27). Y la Comisión emitirá una recomendación con vistas a reforzar el desarrollo democrático y eficaz de las elecciones al Parlamento Europeo (DOUE L 79, 21.3.2013, p. 29).

Se adopta una decisión de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por Nueva Zelanda (DOUE L 28, 30.01.2013, p. 12).

Y en relación con la aplicación del principio de transparencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adopta una decisión relativa al acceso del público a los documentos que obren en poder del Tribunal de Justicia de la Unión Europea actuando en ejercicio de sus funciones administrativas (DOUE C 38, 9.02.2013, p. 2).

Por último en materia de Derechos Fundamentales, se establece un marco plurianual para el período 2013-2017 para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE L 79, 21.3.2013, p. 1).

## XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En los ámbitos de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), la celebración de Tratados internacionales es un elemento indisoluble de la misma, y en este primer cuatrimestre se decide la firma y la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Moldavia por el que se crea un marco para la participación de la República de Moldavia en las operaciones de ges-

tión de crisis de la Unión Europea (DOUE L 8, 12.01.2013, p. 1 y 2), así como la firma y celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Mali sobre el estatuto de la misión militar de la Unión Europea en la República de Mali destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) (DOUE L 106, 16.4.2013, p. 1 y 2).

En los aspectos más generales de esta política cabe señalar la decisión relativa a la creación de la Escuela Europea de Seguridad y Defensa (EESD) y por la que se deroga la Acción Común 2008/550/PESC (DOUE L 112, 24.4.2013, p. 22).

En relación con los frecuentes problemas originados por la piratería en el Océano Índico, 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 87, 27.3.2013, p. 12).

Por otra parte, la colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas se mantiene, 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 o modifican medidas restrictivas contra, Liberia (DOUE L 5, 10.01.2013, p. 1; DOUE L 87, 27.3.2013, p. 4); la República de Guinea (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 25); Libia (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 29; DOUE L 20, 23.01.2013, p. 60; DOUE L 111, 23.4.2013, p. 25; DOUE L 111, 23.4.2013, p. 50); la República Democrática del Congo (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 65); Irak (DOUE L 32, 1.02.2013, p. 1); la República Popular Democrática de Corea (DOUE L 46, 19.02.2013, p. 19; DOUE L 46, 19.02.2013, p. 28; DOUE L 90, 28.3.2013, p. 4; DOUE L 111, 23.4.2013, p. 43; DOUE L 111, 23.4.2013, p. 52); Zimbabue (DOUE L 46, 19.02.2013, p. 37; DOUE L 47, 20.02.2013, p. 63; DOUE L 90, 28.3.2013, p. 48; DOUE L 90, 28.3.2013, p. 95); Siria (DOUE L 58, 1.03.2013, p. 8; DOUE L 102, 11.4.2013, p. 1; DOUE L 111, 23.4.2013, p. 1; DOUE L 111, 23.4.2013, p. 77; DOUE L 111, 23.4.2013, p. 101); Bosnia y Herzegovina (DOUE L 75, 19.3.2013, p. 33); Myanmar/Birmania y por la que se deroga la Decisión 2010/232/PESC (DOUE L 111, 23.4.2013, p. 75); Somalia (DOUE L 116, 26.4.2013, p. 10).

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 funda-

mentales y derechos humanos, y así se siguen modificando e imponiendo determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con la red Al-Qaida (DOUE L 21, 24.01.2013, p. 23; DOUE L 42, 13.02.2013, p. 18; DOUE L 45, 16.02.2013, p. 6; DOUE L 59, 2.03.2013, p. 1; DOUE L 75, 19.3.2013, p. 25; DOUE L 87, 27.3.2013, p. 2; DOUE L 94, 4.4.2013, p. 4) contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 46); contra determinadas personas, grupos, empresas y entidades, habida cuenta de la situación en Afganistán (DOUE L 32, 1.02.2013, p. 5; DOUE L 32, 1.02.2013, p. 21; DOUE L 82, 22.3.2013, p. 18; DOUE L 82, 22.3.2013, p. 55) contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Túnez (DOUE L 32, 1.02.2013, p. 20); contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Irán (DOUE L 68, 12.03.2013, p. 9; DOUE L 68, 12.03.2013, p. 57) contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Egipto (DOUE L 82, 22.3.2013, p. 54).

En cuanto a las Misiones de la UE, se nombra al Representante Especial de la Unión Europea para el Sahel (DOUE L 75, 19.3.2013, p. 29). Se crea un Comité de Contribuyentes para la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR) (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 50) y se decide la aceptación de contribuciones de terceros Estados a la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR) (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 52).

Se adopta una decisión relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Malí) (DOUE L 14, 18.01.2013, p. 19) y otra sobre el inicio de una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Malí (EUTM Malí) (DOUE L 46, 19.02.2013, p. 27). Y se modifica y prorroga la Decisión 2010/96/PESC, relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 57).

En relación con el control de armamentos se adopta una decisión sobre el mantenimiento de las actividades de la Unión en apoyo de las negociaciones del Tratado sobre el Comercio de Armas, en el marco de la Estrategia Europea de Seguridad (DOUE L 20, 23.01.2013, p. 53).

Y por último, se adopta otra decisión relativa a la acogida temporal por los



Estados miembros de la Unión Europea de determinados palestinos (DOUE L 32, 1.02.2013, p. 19).

## XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la readmisión de personas en situación irregular (DOUE L 37, 8.02.2013, p. 1) y también la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 3, 8.01.2013, p. 1).

Se decide, en materia de visados, la fecha de entrada en funcionamiento del Sistema de Información de Visados (VIS) en una cuarta y una quinta región (DOUE L 65, 8.03.2013, p. 35).

En cuanto a la regulación del acervo Schengen, se adoptan varias decisiones. Una, relativa al Manual Sirene y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE L 71, 14.03.2013, p. 1), otra por la que se fija la fecha de aplicación de la Decisión 2007/533/JAI relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE L 87, 27.3.2013, p. 8) y una tercera por la que se fija la fecha de aplicación del Reglamento (CE) n° 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE L 87, 27.3.2013, p. 10).

En la regulación de los flujos migratorios, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 87, 27.3.2013, p. 1).

En los ámbitos referidos a la justicia, hay que señalar la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOUE L 79, 21.3.2013, p. 4).

Por último, en relación con la lucha contra la delincuencia se adoptan varias decisiones, una relativa al establecimiento del intercambio automatizado

de datos respecto a los datos del ADN en Suecia (DOUE L 84, 23.3.2013, p. 26), otra relativa al establecimiento del intercambio automatizado de datos respecto a los datos del ADN en Malta (DOUE L 86, 26.3.2013, p. 20) y una tercera, relativa al establecimiento del intercambio automatizado de datos respecto a los datos dactiloscópicos en Malta (DOUE L 86, 26.3.2013, p. 21).

## Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía\*

**Decreto 1/2013, de 8 de enero, por el que se regula la autorización para la constitución y funcionamiento de Biobancos con fines de investigación biomédica, se crean el Registro de Biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía** (BOJA núm. 7, de 10 de enero).

El objeto de esta disposición es triple: a) determinar el procedimiento para conceder la autorización de la constitución y funcionamiento de biobancos con fines de investigación biomédica en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano; b) crear el Registro Andaluz de biobancos con fines de investigación biomédica; y, c) crear el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Andalucía es una Comunidad Autónoma de referencia en materia de transfusiones de sangre y sus derivados, así como en trasplantes de órganos. Asimismo, el sistema sanitario público andaluz ha sido pionero en el uso de terapias celulares. Con el objeto de centralizar y racionalizar el funcionamiento de este aspecto de la gestión sanitaria y de la investigación en materia de salud desde el ámbito de lo público, el Decreto crea el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Se trata de un organismo dependiente de la Consejería competente en materia de salud, que funcionará como un biobanco en red donde se integran las unidades de los centros sanitarios públicos, los bancos de líneas celulares y otros centros públicos que puedan obtener, procesar y conservar células, tejidos, sustancias y muestras biológicas para uso clínico o de investigación, que quedan constituidos como nodos del Biobanco. El Biobanco, por su parte, coordinará y unificará los sistemas de obtención, procesamiento, preservación, custodia y liberación de sangre, tejidos, sustancias y muestras biológicas de origen humano, sea cual sea su destino (asistencial, do-

---

\* Se comentan en esta sección, elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE, las disposiciones más relevantes aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el primer cuatrimestre de 2013 (enero-abril).

cente o investigador). Además, las unidades de donación y conservación, los equipos asistenciales y los grupos de investigación podrán ofrecer un servicio sin duplicidades e ineficiencias y con criterios comunes en sistemas de información, control de calidad y trazabilidad.

El Biobanco contará con tres áreas: una dedicada a la sangre y derivados, otra de tejidos de uso clínico y una tercera de tejidos y muestras para la investigación. Además, la norma regula el conjunto de requisitos para la autorización y registro de los biobancos en Andalucía, así como las condiciones organizativas y operativas que deberán cumplir, al tiempo que se crea un registro único para los mismos.

**Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades** (BOJA núm. 8, de 11 de enero).

La Ley 12/2011, de 16 de noviembre, modificó profundamente la Ley 15/2003, de Andaluza de Universidades, y, en su disposición final primera, atribuyó al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de acuerdo con el artículo 109.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, la elaboración de un Texto Refundido de la misma junto a los contenidos que permanecían vigentes de la citada Ley 15/2003. Asimismo se autorizaba al Gobierno a refundir lo dispuesto por la Ley 4/1994, de 12 de abril de Creación de la Universidad Internacional de Andalucía, parcialmente modificada por la Ley 15/2007, de 3 de diciembre.

En uso de esa habilitación legal se ha elaborado este Decreto legislativo que, dada su naturaleza, no incorpora novedad normativa alguna, sino que trata de dar cuerpo a un texto sistemático y unificado, comprensivo de la normativa vigente aplicable en esta materia. A su vez, el texto se adapta a la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de, de Universidades y a la Ley 16/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Como consecuencia de ello, se ha procedido a ajustar la numeración de los artículos y por tanto las remisiones y concordancia entre ellos. Igualmente, se ha procedido a revisar las disposiciones que integran la parte final del texto, eliminando algunas debido a que por el tiempo transcurrido ya han cumplido el fin para el que fueron establecidas. No obstante, el Texto Refundido mantiene fundamentalmente la estructura y sistemática de la Ley 15/2003, constando de un: título preliminar dedicado a las disposiciones generales; título I «de la ins-

titución universitaria»; título II «de la comunidad universitaria»; título III «de la actividad universitaria»; título IV «de la coordinación universitaria»; título V «de la calidad universitaria»; título VI «del régimen económico, financiero y patrimonial»; nueve disposiciones adicionales y cuatro disposiciones transitorias.

**Decreto Legislativo 2/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de creación de la Universidad Internacional de Andalucía** (BOJA núm. 8, de 11 de enero).

Como ha quedado indicado en nuestro anterior comentario a la Ley 12/2011, de 16 de noviembre, su disposición final primera, atribuyó al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la elaboración de un Texto Refundido de lo dispuesto por la Ley 4/1994, de 12 de abril de Creación de la Universidad Internacional de Andalucía, parcialmente modificada por la Ley 15/2007, de 3 de diciembre.

El Decreto Legislativo resultante de esta refundición mantiene la estructura de la Ley 4/1994, constando de un título preliminar dedicado a las disposiciones generales y cuatro títulos: Título I, del gobierno de la universidad, Título II, de los centros especializados, Título III, del personal, Título IV, del régimen económico y del presupuesto. Asimismo, se ha revisado la parte final de la ley eliminando algunas disposiciones, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley de Creación de la Universidad Internacional de Andalucía y las reformas del sistema universitario acaecidas desde entonces.

**Decreto 2/2013, de 15 de enero, por el que se modifica el Decreto 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de las Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética en Andalucía** (BOJA núm. 12, de 17 de enero).

Andalucía lleva tiempo en el grupo de cabeza de la inversión y producción en energías renovables del conjunto de las Comunidades Autónomas, a lo que contribuyó en buena medida el primer Plan Energético andaluz 2003-2006, aprobado por Decreto 86/2003, de 1 de abril, que asumió e incrementó muchos de los objetivos de sostenibilidad energética fijados por el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre las energías renovables de 1997.

Con posterioridad, el impulso y desarrollo de las energías renovables fue asumido con el máximo rango normativo e institucional por el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, que incardinó dicho objetivo entre los principios rectores de las políticas públicas (art. 37.21.º) y lo conformó como en una de las principales competencias de la Comunidad Autónoma en materia medioambiental (art. 49.1.b). Como consecuencia de ello, el artículo 204 del Estatuto impone un claro mandato a los poderes públicos de Andalucía, a los que se conmina a poner en marcha “*estrategias dirigidas a evitar el cambio climático. Para ello potenciarán las energías renovables y limpias, y llevarán a cabo políticas que favorezcan la utilización sostenible de los recursos energéticos, la suficiencia energética y el ahorro*”.

**Casi de forma simultánea a la reforma del Estatuto de Autonomía, se aprobó Ley andaluza 2/2007, de 27 de marzo**, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética, que supuso un hito en el panorama comparado de las Comunidades Autónomas. Norma pionera en muchas de las medidas que contempla, sentó en el frontispicio de sus objetivos “*conseguir un sistema energético sostenible de calidad*” (art.1); para lo cual, y como punto de partida, estableció la primacía de las energías renovables sobre el resto de fuentes de energía, dando plena acogida a las previsiones que en este sentido establecía la **Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2001/77/CE, de 27 de septiembre de 2001**, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad.

La Ley andaluza de energías renovables tuvo el acierto, además, de no hacer pivotar el marco regulatorio de las renovables sobre las medidas de estímulo y fomento, que tan condicionadas están por las previsiones presupuestarias, sino que adoptó al tiempo importantes medidas de policía administrativa de carácter autorizatorio, con imposición de obligaciones específicas en materia de ahorro energético y cargas legales que culminaron en el establecimiento de sanciones para los infractores; lo que ha de considerarse un proverbial ejemplo de la deseable convergencia e interacción de las técnicas de policía y fomento para la consecución de un mismo objetivo de interés general.

Algo más tarde, el Reglamento andaluz de fomento de las energías renovables, aprobado por Decreto 169/2011, de 31 de mayo, acometió el desarrollo general de la Ley 2/2007 permitiendo la efectiva puesta en práctica del sistema andaluz de fomento de las energías renovables y de ahorro y eficiencia energética. La trascendencia normativa del Reglamento es capital, porque supone la culminación del conjunto de iniciativas de impulso de las ener-

gías renovables que tras la aprobación de la Ley, plasmó el Plan Andaluz de Sostenibilidad Energética 2007-2013, con incentivos directos y programas específicos de apoyo a la instalación de energías renovables, planes de renovación y sustitución de tecnologías obsoletas, auditorías y planes de optimización energética.

Las consecuencias prácticas de la aplicación de este marco normativo y de la política de fomento que la Junta de Andalucía ha impulsado en el último decenio son visibles: a finales de 2012, las energías renovables en Andalucía aportaban el 14% del consumo total andaluz de energía primaria, dos puntos más que la media nacional. Con casi 5.000 mw anuales, Andalucía dispone del 16% de la potencia total instalada renovable en el territorio español. Figura en los lugares de cabeza en muchas tecnologías renovables y es líder en termosolar, en aprovechamiento y consumo de biomasa térmica y en energía fotovoltaica. Esta situación coloca a Andalucía en la mejor disposición para cumplir los objetivos fijados por la nueva Directiva 2012/27/EU, de 11 de septiembre, de Eficiencia Energética, que marca un umbral de ahorro de energía del 20% para 2012 y del 50% para el 2050.

La disposición que ahora se aprueba modifica el reglamento original de desarrollo de la Ley, el Decreto 169/2011, con la finalidad de mejorar aspectos relativos a los organismos que pueden actuar como colaboradores de la Administración en estas materias. Entre otros cambios, y dado que estas entidades han de inscribirse previamente como “organismos de control” en el ámbito de la legislación de seguridad industrial, destaca la adaptación a las recientes sentencias del Tribunal Supremo que eliminan el régimen de autorización y lo sustituyen por una fórmula genérica de habilitación, basada fundamentalmente en la acreditación de la Entidad Nacional de Acreditación y Certificación (ENAC). Asimismo, se amplía de uno a dos años el periodo transitorio fijado en el Reglamento de 2011 para la habilitación de estos organismos. Esta medida se justifica tanto por la complejidad del desarrollo de la norma como por el necesario procedimiento previo ante la ENAC.

En esa misma línea de simplificación y agilización, también se modifican los trámites necesarios ante la Administración para poder actuar como organismo colaborador. Se sustituye así el anterior sistema de comunicación previa (que requería presentar la documentación de las condiciones exigidas) por una mera declaración responsable que faculta para iniciar, desde el mismo día de su presentación a la Dirección General competente en la materia, las actividades como organismo colaborador en materia de energías renovables, ahorro y eficiencia energética.

**Decreto-ley 1/2013, de 29 de enero, por el que se modifica el Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía y se establecen otras medidas urgentes en el ámbito comercial, turístico y urbanístico** (BOJA núm. 25, de 5 de febrero).

El primer objetivo de esta modificación urgente de la normativa sobre comercio interior es preservar los intereses de las PYMES tras las medidas de liberalización acordadas por el Gobierno de la nación en favor de las grandes superficies. Se recordará, en este sentido, que el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modifica el modelo comercial en materia de horarios comerciales al liberalizar la regulación, tanto del horario semanal, como el régimen de domingos y festivos y de las zonas de gran afluencia turística. Asimismo, establece una serie de medidas en relación con las promociones de ventas, mediante una modificación del Título II de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, que determinó la presentación en septiembre de 2012 de un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno andaluz ante la posible vulneración de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en esta materia.

La principal modificación del Decreto-Ley andaluz afecta a la Ley de Comercio Interior de Andalucía para incorporar la opción de mínimos de regulación de horarios y festivos de libre apertura que el Real Decreto-ley 20/2012 deja a las Comunidades Autónomas frente a la liberalización total impuesta con carácter general. Esta opción se concreta en unos topes mínimos de 90 horas semanales para el desarrollo de la actividad de los comercios y de diez domingos y festivos anuales de apertura autorizada, frente a las 72 horas y ocho festivos establecidos por la legislación anterior.

Por otro lado, sigue vigente la libertad horaria que la legislación autonómica ya establecía para los locales de menos de 300 metros cuadrados, las tiendas de conveniencia, los establecimientos de estaciones y aeropuertos y los establecimientos de los municipios andaluces declarados zonas de gran afluencia turística.

Junto a ello, y forzando la interpretación del requisito de la urgencia que justifica este tipo de medidas excepcionales (algo, por lo demás, a lo que nos tienen demasiado acostumbrados los gobiernos autonómicos y el propio gobierno central en este contexto de crisis) el Decreto-ley aprovecha para modificar otros textos normativos en materia de comercio. Modifica también, así, el texto refundido de la Ley del Comercio Ambulante de Andalucía con el fin de



establecer en 15 años el periodo de vigencia de las autorizaciones para el ejercicio de esta actividad. La ampliación del plazo, que además podrá ser prorrogado por otro idéntico a solicitud del interesado, pretende dar mayor seguridad y estabilidad a los profesionales del sector, ya que el anterior (entre uno y cuatro años) generaba incertidumbre acerca de la continuidad de las licencias municipales y disparidad de duraciones entre los distintos Ayuntamientos, además de no dar tiempo en muchos casos a amortizar las inversiones.

Asimismo, el Decreto-ley aprovecha para introducir por primera vez en la legislación autonómica la regulación de las denominadas “Ferias de Oportunidades”, un nuevo fenómeno en creciente expansión favorecido por la crisis económica, consistente en la generación de eventos de carácter multisectorial, promovidos tanto por los comerciantes y sus asociaciones como por otras entidades privadas e incluso públicas, que se celebran fuera de los establecimientos habituales y tienen por objeto la realización de ventas en condiciones ventajosas para el consumidor. Como principales requisitos para estos eventos, se fijan la obligación de comunicar a la Administración autonómica su celebración con 30 días de antelación e indicación de los principales datos de la feria; la duración máxima de tres días; y se establece el límite de una feria al año en un mismo municipio (si es de ámbito local) o en una misma provincia (si tiene carácter provincial). Asimismo, se exige que las dos terceras partes de los comerciantes que participen ejerzan su actividad en el ámbito en el que se celebre.

Finalmente, el Decreto-ley introduce también un cambio en la norma sobre declaración de campos de golf de interés turístico y otro en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA). Por un lado, contempla que el vencimiento del plazo para notificar la resolución sobre una solicitud de declaración de campo de golf interés público no comportará su aprobación por silencio administrativo si el proyecto incumple los requisitos urbanísticos, medioambientales y turísticos que se exigen para ello. En cuanto a la LOUA, se modifica su artículo 35 con una disposición sobre la suspensión de instrumentos de planificación urbanística en aquellos casos en los que, concurriendo circunstancias excepcionales, sea necesario garantizar el interés público.

**Ley 1/2013, de 25 de febrero, de creación del Colegio Profesional de Dietistas-Nutricionistas de Andalucía** (BOJA núm. 43, de 4 de marzo).

La Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, establece en su artículo 10 los requisitos para la creación

de nuevas Corporaciones profesionales, que se realizará por ley del Parlamento de Andalucía, a petición de las personas profesionales interesadas, siempre que se trate de una profesión que tenga titulación universitaria oficial y que quede acreditada en el expediente de creación la concurrencia de razones de interés público que justifiquen el carácter colegiado de la profesión.

La Asociación de Diplomados Universitarios en Nutrición Humana y Dietética de Andalucía solicitó la creación del Colegio oficial que representase a la profesión, habida cuenta de que las enseñanzas oficiales conducentes a la obtención de los títulos que habilitan para su ejercicio están implantadas en el sistema universitario de Andalucía.

La profesión de dietista-nutricionista está regulada por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. El artículo 2.1 de la citada Ley dispone que son profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención a la salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable. La Ley define, asimismo (en el artículo 7.2.g) a las personas que ejercen dicha profesión como los diplomados universitarios en Nutrición Humana y Dietética que desarrollan actividades orientadas a la alimentación de la persona o de grupos de personas, adecuadas a las necesidades fisiológicas y, en su caso, patológicas de las mismas, y de acuerdo con los principios de prevención y salud pública.

El Real Decreto 433/1998, de 20 de marzo, establece el título universitario oficial de Diplomado en Nutrición Humana y Dietética, y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquel. Por otro lado, mediante Resolución de 5 de febrero de 2009 de la Secretaría de Estado de Universidades, se publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecieron las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de dietista-nutricionista. Y la Orden CIN/730/2009, de 18 de marzo, estableció los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión de dietista-nutricionista.

De toda esta normativa profesional se deduce que el ejercicio de la profesión de dietista-nutricionista se dirige a la ciudadanía en beneficio de la salud,

tanto individual como colectiva, promocionando hábitos de vida saludables y ejerciendo un papel destacado en las actividades orientadas a la alimentación de la persona o de grupos de personas, adecuadas a sus necesidades fisiológicas y, en su caso, patológicas, y de acuerdo con los principios de prevención y salud pública. En consecuencia, el Parlamento de Andalucía ha considerado mediante la creación por Ley de este Colegio Profesional que existen razones de interés público en la creación de una corporación profesional de adscripción voluntaria, que no solo represente y defienda los derechos de las personas profesionales sino que, de acuerdo con la Ley 2/1974, de 13 de febrero, tutele y proteja los intereses y derechos de las personas consumidoras y usuarias de los servicios de sus colegiados, ordenando su ejercicio y su control deontológico en esta parcela de la salud tan presente en la vida cotidiana.

**Ley 2/2013, de 25 de febrero, por la que se crea el Colegio Profesional de Licenciados y Graduados en Ciencias Ambientales de Andalucía** (BOJA núm. 43, de 4 de marzo).

Como acaba de decirse, Ley 10/2003 de Colegios Profesionales de Andalucía, dispone que la creación de un Colegio Profesional requiere Ley del Parlamento, que se tramitará a petición de las personas profesionales interesadas, siempre que se trate de una profesión que tenga titulación universitaria oficial y que quede acreditado en el expediente de creación la concurrencia de razones de interés público que justifiquen el carácter colegiado de la profesión. Asimismo, la citada ley dispone en el artículo 12 que la denominación de los colegios profesionales responderá a la titulación académica oficial requerida para la incorporación a los mismos o a la profesión que representen, no pudiendo coincidir ni ser similar a la de otros colegios profesionales existentes en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, ni inducir a error en cuanto a los profesionales que los integran.

El Real Decreto 2083/1994, de 20 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Ciencias Ambientales y se aprueban las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquel, permite una orientación específica hacia los aspectos de gestión medioambiental, planificación territorial y ciencias o técnicas ambientales. Las enseñanzas oficiales conducentes a la obtención del título de Graduado y Graduada en Ciencias Ambientales están implantadas en el sistema universitario de Andalucía, habiéndose solicitado por la Asociación Profesional de Ambientólogos y Ambientólogas de Andalucía la creación del colegio profesional que les represente.

Según dispone esta Ley de creación, que atiende la solicitud de los mencionados titulados el Colegio Profesional de Licenciados y Graduados en Ciencias Ambientales garantizará el rigor, responsabilidad y calidad de las actividades profesionales que, vinculadas a los valores constitucionales citados, se realicen por las personas colegiadas. Tales razones de interés público avalan la creación de esta corporación colegial, cuyo régimen de adscripción es voluntario.

**Decreto-ley 2/2013, de 12 de marzo, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía** (BOJA núm. 50, de 13 de marzo).

Este Decreto-Ley tiene por objeto confirmar todos los actos administrativos dictados en materia tributaria o de ingresos de Derecho público por la Agencia Tributaria de Andalucía durante la vigencia del Decreto 324/2009, de 8 de septiembre, por el que se aprobó el Estatuto de este organismo.

La urgencia de la norma responde a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012 por la que se declaró nulo de pleno derecho el Decreto del Estatuto regulador de la Agencia Tributaria por considerar que no se había dado audiencia en el procedimiento de elaboración de la norma al sindicato recurrente. La sentencia del Tribunal Supremo trajo como consecuencia una avalancha de reclamaciones administrativas que, tomando como base de su pretensión la nulidad de la norma marco organizativa de la Agencia Tributaria, reclamaron la anulación de los actos dictados al amparo del Decreto 324/2009.

A fin de paliar los efectos que tal anulación conlleva para los derechos de la Hacienda autonómica, el Gobierno ha validado la subsistencia del Decreto anulado por la vía del Decreto-Ley, que declara válidos y eficaces los actos producidos durante la vigencia de aquel Decreto así como los que sean consecuencia o ejecución de los actos adoptados por la Agencia. El Decreto-ley no extiende dicha confirmación, sin embargo, a los actos anulados por sentencia judicial ni a los actos administrativos sancionadores, toda vez que en esos casos se aplica lo establecido en el artículo 73 de la Ley 29/1998 que regula la Jurisdicción Contencioso-administrativa (“*Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente*”).

**Decreto 31/2013, de 26 de febrero, por el que se regula la Oficina para la Defensa del Contribuyente y el Régimen Jurídico de las quejas y sugerencias que se formulen en relación con el funcionamiento de la Administración tributaria de la Junta de Andalucía** (BOJA núm. 52, de 15 de marzo).

El Decreto trae causa en la previsión de creación de La Oficina para la Defensa del Contribuyente contenida en el artículo 8 de la Ley 27/2007, de 18 de diciembre, por la que se crea la Agencia Tributaria de Andalucía y se aprueban medidas fiscales.

La Oficina, integrada en la Dirección General de Financiación, Tributos y Juego de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, es la entidad encargada, según dispone este Decreto, de velar por los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración tributaria andaluza y de tramitar las quejas y sugerencias relacionadas, directa o indirectamente, con el funcionamiento de los servicios tributarios autonómicos, para lo que el Decreto contempla un procedimiento específico. Junto a ello, se habilita a la Oficina para que pueda elevar propuestas de modificaciones normativas, elaborar propuestas de mejora y remitir informes a los órganos afectados por las quejas cuando detecten actos susceptibles de revisión.

**Decreto-ley 3/2013, de 19 de marzo, por el que se modifica la Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de la Radio y Televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía** (BOJA núm. 55, de 20 de marzo).

Este Decreto-Ley arbitra una solución temporal a una situación que complicaba la gestión de la RTVA, al no prever la Ley 18/2007 ningún órgano que pudiese desempeñar provisionalmente las funciones de la Dirección General. La decisión se adopta ante la urgente necesidad de regular esta situación sobrevenida tras la dimisión de quien venía siendo Director General. A tal fin, añade un párrafo al artículo 18 de la citada Ley para autorizar al Consejo de Administración de la Radio y Televisión de Andalucía a asumir las funciones de la Dirección General mientras se encuentre vacante este cargo. Asimismo, habilita al Consejo de Administración para que delegue en el personal directivo de la RTVA el ejercicio de aquellas funciones que corresponden al Director General y que tienen mayor vinculación con la gestión. La delegación se acordará por mayoría absoluta de sus miembros y con la misma limitación temporal.

**Decreto-Ley 4/2013, de 2 de abril, por el que se modifica la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo** (BOJA núm. 63, de 3 de abril).

Este Decreto-ley modifica la Ley de creación del Servicio Andaluz de Empleo (SAE) para hacer efectivo el traspaso a la Consejería de Educación las competencias en Formación Profesional para el Empleo. La decisión se enmarca en el proceso de integración de las dos modalidades de FP para el Empleo (la ocupacional para desempleados y la continua para trabajadores en activo) y la FP Inicial o reglada (la del sistema educativo). Así, junto con la coordinación y gestión de la oferta formativa anual para personas ocupadas y demandantes de empleo, las competencias traspasadas a Educación incluyen también la formación a lo largo de la vida y los programas en alternancia como las escuelas taller, las casas de oficio y los talleres de empleo, así como la programación de los centros de formación profesional para el empleo, tanto propios como consorciados, y la gestión de las acreditaciones de competencias adquiridas por la experiencia laboral y por vías no formales.

**Decreto-Ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía** (BOJA núm. 63, de 3 de abril).

Este Decreto-ley atiende al criterio acordado por la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta, celebrada con carácter extraordinario el 21 de marzo a petición de las organizaciones sindicales. La razón de fondo del mismo es la paralización de la oferta de empleo público por aplicación de las medidas de estabilidad presupuestaria y de contención del déficit, que han impedido la puesta en práctica de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que posibilitaba las convocatorias de consolidación de empleo.

Como contrapartida, el Decreto-ley recoge el criterio de prioridad en la contratación a los empleados públicos en régimen de interinidad que cesen en su puesto de trabajo porque se haya adjudicado a un funcionario de carrera en un procedimiento reglamentario de selección o provisión. Como condiciones, se exige que venga prestando servicios con anterioridad al 1 de enero de 2005 y tenga al menos 45 años a 31 de diciembre de 2013.

El Decreto-ley también prioriza la provisión de plazas en áreas que se consideran prioritarias y con necesidades específicas de efectivos, o que afectan al funcionamiento de servicios públicos esenciales.

**Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda** (BOJA núm. 69, de 11 de abril).

El Decreto-ley de Medidas para Asegurar el Cumplimiento de la Función Social de la Vivienda tiene como principal objetivo hacer aflorar en alquiler el parque residencial desocupado existente en la Comunidad Autónoma: entre 700.000 y un millón de inmuebles, de los que entre 350.000 y 500.000 pertenecen a personas jurídicas, fundamentalmente bancos y empresas inmobiliarias. Entre otras medidas, la nueva regulación refuerza las ayudas al alquiler, se crea un nuevo régimen sancionador y se establece la expropiación temporal del uso de las viviendas inmersas en procedimientos de desahucio hipotecario en los casos más graves de emergencia social de las familias. En lo que va de año, pocas medidas del Gobierno andaluz han despertado tanta controversia y han animado tantos debates como esta última. La medida se encuadra en la función social del derecho de propiedad que consagra el artículo 33 de la CE y, pese a la polémica despertada, no parece que contravenga dicho precepto (ni el 53.1 de la CE) a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo ha interpretado a partir, sobre todo de la STC 37/1987 relativa a la Ley de Reforma agraria andaluza.

Las subvenciones al alquiler se remiten en gran medida al futuro Plan Andaluz de Vivienda y Rehabilitación, pero se precisa que estarán dirigidas a las personas físicas propietarias de inmuebles vacíos, a quienes además se incentivará con medidas fiscales y un seguro contra impagos y desperfectos. De forma complementaria, se contempla la intermediación de la Administración para favorecer el alquiler del parque residencial deshabitado, facilitando fórmulas de concertación de arrendamiento entre propietarios y demandantes. De igual modo, podrá desarrollar programas de bolsa de viviendas en alquiler para ampliar el actual parque a precios adecuados.

En cuanto al régimen sancionador, el Decreto-ley incluye un sistema de sanciones para las personas jurídicas, bancos, inmobiliarias o entidades de gestión patrimonial que mantengan ocioso y no destinen al arrendamiento su “stock” residencial. Se considerará infracción muy grave no dar uso de habitación a un inmueble o arrendar, transmitir o ceder su uso con destino a vivien-

da sin cumplir las condiciones de seguridad establecidas por ley. Para estos casos, la penalización puede alcanzar hasta los 9.000 euros. La recaudación de las multas se destinará al patrimonio público de suelo de la Junta de Andalucía y a la financiación de políticas públicas para promover el cumplimiento efectivo del derecho a la vivienda.

Como antes se ha avanzado, el Decreto-ley regula la figura de la “vivienda vacía”, considerando por tal aquella que, reuniendo todos los requisitos legales y administrativos para dar derecho de habitación, se encuentra desocupada. Quedan excluidas, por tanto, las residencias secundarias, las destinadas al recreo y las de uso turístico así reguladas. De acuerdo con el Decreto Ley, una vivienda no está habitada cuando no cuente con contrato de suministro de agua y de electricidad o su consumo sea nulo o escaso, tomando como referencia la media habitual por vivienda y año facilitada por las compañías suministradoras. Asimismo, se tienen en cuenta otros aspectos como los datos del padrón de habitantes y de otros registros públicos de residentes u ocupantes; la recepción de correo y notificaciones en otros lugares, o la utilización habitual de éstos para realizar comunicaciones telefónicas e informáticas. Para declarar como vacía una vivienda será necesario acreditar durante un periodo de seis meses la no habitación. Se contempla, a tal fin, la creación de un Registro de Viviendas Deshabitadas como instrumento para el control y seguimiento de estos inmuebles. Además, dispone la elaboración de un plan de inspección que, con una vigencia de dos años, fijará los criterios para priorizar la actuación de la Administración en este ámbito.

El Decreto-Ley contempla en una disposición adicional que la Administración autonómica expropiar temporalmente, durante un periodo máximo de tres años, del uso de los inmuebles inmersos en procedimientos de desahucio. Con ello se pretende garantizar el derecho a la vivienda de aquellas personas en especiales circunstancias de emergencia social que se ven afectadas por estos procesos de ejecución hipotecaria, dando así una respuesta al drama social de los desahucios, que en Andalucía suman casi 86.000 desde 2007.

El procedimiento de expropiación temporal será de aplicación a los inmuebles en procedimientos de desalojo instados por entidades financieras y sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos.

Entre los requisitos que se fijan para aplicar esta medida excepcional, destacan que el afectado tenga en la vivienda objeto del procedimiento hipotecario la residencia habitual y permanente; que la finalidad del préstamo sea el pago de la casa; que el desalojo pueda generar una situación de exclusión so-



cial, acreditada por los servicios sociales de los ayuntamientos, y que las condiciones económicas de las personas hayan sufrido un importante menoscabo y una situación de endeudamiento sobrevenido respecto a las condiciones y circunstancias en las que se concedió el préstamo.

El deterioro de las condiciones económicas familiares tomará como referencia que el esfuerzo para atender la hipoteca se haya multiplicado al menos por 1,5 y suponga más de un tercio de los ingresos familiares. Las personas que se beneficien de esta iniciativa no podrán superar tres veces el Iprem (Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples).



## Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma

**Acuerdo de 12 de febrero de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se modifican los Acuerdos del Consejo de Gobierno, de 6 de septiembre de 2011, por el que se aprueba el Plan de Oportunidades Laborales en Andalucía, y de 26 de julio de 2012, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo en Andalucía.** Boletín número 32 de 14/02/2013.

Desde la entrada en vigor del Acuerdo de 26 de julio de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo en Andalucía, la situación del mercado de trabajo en España, en general, y en Andalucía, en particular, se ha agravado. Los datos de la encuesta de población activa del segundo semestre de 2012 han supuesto una profundización en el proceso de destrucción de empleo y aumento del paro, que ha llevado a que, en conjunto, el año 2012 haya sido peor que incluso lo ocurrido en los años 2011 y 2010 juntos. Además, el paro de larga duración está aumentando y afecta de manera creciente a aquellos colectivos que no tienen prestaciones económicas. Estas circunstancias motivan la necesidad de introducir cambios en los criterios de selección de personal que van en la dirección de favorecer la situación laboral de las personas paradas sin prestaciones económicas y con cargas familiares, priorizando a aquellas que llevan en la situación de desempleo una mayor duración o que estén vinculadas al sector agrario.

**Acuerdo de 26 de febrero de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Energética de Andalucía para el período 2014-2020.** Boletín número 42 de 01/03/2013.

Una Europa que utilice eficazmente los recursos expresa una economía y calidad de vida basada en los recursos naturales. Mejorar la eficiencia de los recursos es fundamental para garantizar el crecimiento y el empleo en Europa. Generará grandes oportunidades económicas, mejorará la productividad, reducirá los costes e incrementará la competitividad.

**Orden de 1 de marzo de 2013, por la que se aprueban las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.** Boletín número 46 de 07/03/2013

El Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece en su artículo 5.2 que la Consejería competente en materia de urbanismo formulará y aprobará unas Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística con la finalidad de proponer normas tipo sobre condiciones mínimas de habitabilidad que sirvan de orientación a los ayuntamientos para establecerlas por el Plan General o, en ausencia de esta regulación, mediante unas ordenanzas municipales. Por esta orden se aprueban las citadas Normativas.

**Orden de 5 de marzo de 2013, por la que se dictan normas de desarrollo del Decreto 59/2005, de 1 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de los establecimientos industriales, así como el control, responsabilidad y régimen sancionador de los mismos.** Boletín número 48 de 11/03/2013.

El artículo 5 del citado Decreto establece la necesidad de desarrollar reglamentariamente el procedimiento para la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de los establecimientos e instalaciones industriales del Grupo II. La presente Orden desarrolla el mencionado artículo del Decreto 59/2005, de 1 de marzo, modificado por Decreto 9/2011, de 18 de enero, que establece para dichos establecimientos e instalaciones, como único requisito administrativo previo a su puesta en funcionamiento, la presentación por la persona interesada ante el órgano competente de una comunicación acompañada de determinada documentación, en la que declara bajo su responsabilidad que cumple con los requisitos reglamentariamente establecidos en materia de industria y energía y que aporta la documentación acreditativa del cumplimiento de los mismos.

Además se regula el procedimiento de control de las actividades e instalaciones contempladas en el Decreto 59/2005, de 1 de marzo, mediante los programas o planes de inspección que al efecto defina la Dirección General de In-

dustria, Energía y Minas en coordinación con las Delegaciones Territoriales de la Consejería competente en materia de industria y energía.

**Acuerdo de 12 de marzo de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se delega en el Consejero de Turismo y Comercio el ejercicio de las competencias relativas a la revisión de oficio de actos presuntos producidos como consecuencia de la aplicación del silencio administrativo positivo, en los procedimientos de declaración de campos de golf de interés turístico, que pudieran ser contrarios al ordenamiento jurídico.** Boletín número 51 de 14/03/2013.

El artículo 28 del Decreto 43/2008, de 12 febrero, regulador de las condiciones de implantación y funcionamiento de campos de golf en Andalucía, disponía en su apartado 9, que el plazo máximo para resolver y notificar el acuerdo correspondiente a los procedimientos de declaración de campos de golf de Interés Turístico será de seis meses, pudiéndose entender estimada la solicitud si vencido dicho plazo no hubiera recaído acuerdo expreso.

Se da la circunstancia de que se ha solicitado por algún promotor de proyectos de campos de golf de Interés Turístico el certificado acreditativo del silencio administrativo producido, de conformidad con el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, procede iniciar las actuaciones necesarias para la revisión de oficio de los correspondientes actos presuntos, por los que se adquiere una facultad o derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, y por ello viciados de nulidad a tenor del artículo 62.1.f) de la citada Ley.

**Decreto 38/2013, de 19 de marzo, por el que se aprueba la formulación del Plan General del Turismo Sostenible de Andalucía 2014-2020.** Boletín número 59 de 26/03/2013.

La actual coyuntura turística, que se mueve en un contexto económico y financiero complejo y los cambios en la dinámica y en las tendencias de la demanda que se han generado desde la aprobación del Decreto 261/2007, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Plan General del Turismo Sostenible de Andalucía 2008-2011, determinan la necesidad de diseñar una nueva estrategia turística, para afrontar con rigor y antelación los nuevos retos y el futuro del turismo en Andalucía, como sector clave en el desarrollo y bienestar de

nuestra sociedad. Este nuevo escenario turístico exige tener una visión estratégica que desarrolle políticas que consoliden la posición de Andalucía en un contexto de creciente competencia internacional.

El nuevo Plan se fundamenta en la dilatada y exitosa experiencia de concertación social de las políticas públicas con los agentes económicos y sociales en nuestra Comunidad Autónoma, tanto a nivel general (Acuerdos de Concertación Social de Andalucía) como, especialmente, en el ámbito de la política turística (Pactos Andaluces por el Turismo). En este sentido, se integrarán los objetivos y líneas estratégicas recogidos en el IV Pacto Andaluz por el Turismo, «Acuerdo por la Sostenibilidad, el Empleo, la Excelencia y la Competitividad del Sector Turístico Andaluz», firmado el 18 de febrero de 2013.

**Acuerdo de 19 de febrero de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se formula la revisión del Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte en Andalucía.** Boletín número 65 de 05/04/2013.

A fecha de hoy, en la recta final del plazo temporal de ejecución del Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad de Transporte en Andalucía 2007-2013, y ante un nuevo marco legal estatal, como es la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, es necesaria una nueva formulación de la revisión del citado Plan, para adaptar sus objetivos a las actuales previsiones presupuestarias y legales y, que se incorpore en este documento una novedosa orientación en la política de las infraestructuras del transporte, en sintonía con el cambio de modelo productivo a desarrollar para los próximos años.

**Acuerdo de 2 de abril de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se formula el Plan Andaluz de Vivienda y Rehabilitación.** Boletín número 71 de 15/04/2013

El Plan Andaluz de Vivienda está concebido como el instrumento encargado de concretar las políticas de vivienda y suelo de la Comunidad Autónoma. El Plan objeto de formulación promoverá el acceso a una vivienda digna y adecuada y contemplará acciones de apoyo a la conservación, mantenimiento, rehabilitación y calidad del parque de viviendas existente.

Dicho Plan tendrá la consideración de Plan con Incidencia en la Ordenación del Territorio, de conformidad con el Capítulo III del Título I de la Ley

1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al quedar incluidas las actividades de planificación regional o supramunicipal en materia de vivienda en el anexo de dicha Ley.

**Orden de 11 de abril de 2013, por la que se aprueba el Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo para el cuatrienio 2013-2016.** Boletín número 74 de 18/04/2013

Una vez asentada la actividad de la Inspección se hace necesario perfilar una estrategia más selectiva y proactiva de su actuación. El nuevo Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo presta especial atención a aquellas medidas que contribuyan a proteger los espacios Territoriales más sensibles, en los que las actuaciones ilegales suponen un gran perjuicio para la Comunidad Autónoma, en particular la Zona de Influencia del Litoral y las zonas de protección territorial de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, y a prevenir la formación de núcleos de población no previstos en el planeamiento general y los procesos incipientes de parcelaciones ilegales.

El Plan se dirige a vigilar que el reconocimiento de las viviendas susceptibles de ser declaradas en situación de asimilación a la de fuera de ordenación, así como la reconducción a la legalidad de los asentamientos existentes en suelo no urbanizable se realizan de conformidad con la ordenación territorial y urbanística, en armonía con los objetivos del Decreto 2/2012, sobre edificaciones y asentamientos en el Suelo no Urbanizable de Andalucía y con las medidas compensatorias establecidas en el mismo.





NOTICIAS DE LA  
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA



# INFORME<sup>1</sup>

## **El Decreto-ley 2/2013, de 12 de marzo, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía: posibles problemas de constitucionalidad**

### I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y DESCRIPCIÓN DE LA SOLUCIÓN

La Junta de Andalucía tiene problemas con la Justicia. Esta afirmación no entraña originalidad pues es la situación habitual de las administraciones públicas una vez que el control judicial de su actividad es nota cotidiana de la acción de gobierno. Sin embargo, cuando la acción de los Tribunales de Justicia provoca un decreto-ley cuyo contenido se dirige frontalmente a blindar determinados actos frente a la acción de aquéllos, como enseguida hemos de ver, no cabe duda de que las cosas se tornan interesantes.

Esta entrada está motivada por del Decreto-ley 2/2013, de 12 de marzo, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía. Naturalmente esta norma ha sido objeto de la oportuna convalidación por Acuerdo del Pleno del Parlamento de Andalucía publicado por Resolución de su Presidencia de 4 de abril de 2013. En la posición de antecedente se sitúa el grave problema que los Tribunales de Justicia han ocasionado a la Junta de Andalucía –tal vez, desde una perspectiva más correcta, habría que decir que el problema se lo ha creado la Junta a sí misma y los Tribunales no han hecho otra cosa que constatar esa realidad problemática- Se trata de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 25 de febrero de 2011 que declaró nulo de pleno derecho el Decreto 324/2009, de 8 de septiembre, que aprobaba los Estatutos de la Agencia Tributaria de Andalucía y la del Tribunal Supremo de 31

---

<sup>1</sup> Esta Sección ha sido elaborada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

de mayo de 2012, que la confirmó al desestimar el recurso de casación interpuesto contra ella por la administración andaluza. El motivo de este revés judicial fue que en el procedimiento de elaboración de la norma impugnada no se dio audiencia al sindicato recurrente. Para completar el panorama conviene tener presente que en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 17, de 26 de enero de 2012 se publicó el Decreto 4/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía, norma que entró en vigor al día siguiente de su publicación derogando, entre otras normas, expresamente al Decreto 324/2009, antes de que la sentencia que declaró su nulidad adquiriese firmeza. No cabe duda, pues, que los actos de la Agencia Tributaria, desde sus orígenes hasta ese momento están, o pueden estar, afectados por vicios derivados de del vacío provocado por la desaparición de la norma estatutaria. Este vacío en correcta técnica jurídica debería ser colmado por la normativa vigente hasta el momento de su derogación por la norma cuya nulidad han declarado los Tribunales, pero, al parecer, su indagación y hallazgo son poco menos que imposibles, al decir del propio decreto -ley: *es extrema la dificultad de reconocer cual haya de ser la normativa anterior*. En consecuencia el Consejo de Gobierno y después el Parlamento acuden en auxilio de la Agencia Tributaria con este decreto-ley que confirma los actos dictados por ella durante el periodo aludido.

En el preámbulo del decreto-ley el Consejo de Gobierno da cuenta de la magnitud del problema que en la práctica se cifra en la presentación de alrededor de 13.000 impugnaciones con un considerable número de resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo de Andalucía que ordenan practicar nuevas liquidaciones. Con objeto de liberar a la ciudadanía del peregrinaje administrativo para obtener una resolución anulatoria y posterior nueva liquidación o comprobación administrativa, así como evitar que determinados actos favorables a la ciudadanía como aplazamientos o fraccionamientos decaigan por la anulación *de la norma marco de la estructura administrativa* y, sobre todo, para preservar los derechos de la Hacienda Pública es por lo que se acuerda la confirmación de los actos administrativos indicados con la exclusión de los actos ya anulados por sentencia judicial o resolución administrativa y los sancionadores, respecto de los que deberá estarse a lo establecido en el art. 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

## II. COVALIDACIÓN Y CONFIRMACIÓN DE LOS ACTOS NULOS

No cabe duda de que ha guiado al Consejo de Gobierno una laudable intención al aprobar el decreto-ley al que me vengo refiriendo. No deja de llamar

la atención su sensibilidad ante el peregrinaje administrativo de la ciudadanía, aunque es obvio que lo que más preocupa al Consejo de Gobierno es precisamente salvaguardar los derechos de la Hacienda Pública, propósito altamente laudable, aún sin necesidad de evocar la piadosa compasión ante un peregrinaje de la ciudadanía que seguramente podría obviarse de muchas maneras. La gravedad del tema, salta a la vista y es comprensible que se haya intentado esta vía —me refiero al decreto-ley— puesto que el Estatuto de 2007 habilita para ello. Más dudosa es la existencia de la urgencia, si tenemos en cuenta el tiempo transcurrido desde la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de nuestra Comunidad Autónoma, que ya debió hacer prever a los responsables políticos cual iba a ser el final de esta historia y adoptar medidas que hubiesen paliado la magnitud del problema. En cualquier caso el Parlamento de Andalucía ha convalidado el texto y, si bien es cierto que con ello no se obvia el posible obstáculo de la revisión en sede de Tribunal Constitucional, tampoco merecería este aspecto de la urgencia comentario alguno de mi parte. Que haya o no urgencia, no es cuestión sobre la que desde mi punto de vista valga la pena detenerse. A estas alturas uno ya ha visto de todo.

Mayor interés presenta el análisis de la medida en si misma considerada como solución al problema: la denominada *confirmación de los actos administrativos* a que se refiere el decreto-ley. Con él, en definitiva, el Consejo de Gobierno ha querido apoyarse en la fuerza de la Ley, a los efectos de dotar de la mayor transparencia, publicidad y seguridad a la acción confirmatoria a la que, según sus propias palabras, ha de comprenderse en el marco de las convalidaciones legislativas, pues es obvio que convalidar actos administrativos es una posibilidad al alcance del Consejo de Gobierno, si se dan los condicionantes legales que establece la legislación aplicable, sin necesidad de acudir a una expresión normativa tan rotunda como el decreto-ley. El problema es que hallándonos ante actos nulos de los que como tales se viene hablando con entera naturalidad, la convalidación en los términos de la legislación aplicable, esto es, de los artículos 64 y siguientes de la Ley 30/1992, de 2 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común, no es posible. El Consejo de Gobierno apela, por tanto, a la técnica de la convalidación legislativa para lo que necesita de la ley y, si se aprecia urgencia, se acaba antes con un decreto-ley. De esta manera el preámbulo de éste presenta la figura de la confirmación de los actos nulos a que se está refiriendo como un supuesto de convalidación legislativa. Sin embargo esta operación de señalamiento de un marco llama la atención, pues produce la impresión de que es justamente en este momento en el que algo extraño va a ocurrir. Me refiero a hacer pasar por convalidación lo que el propio decreto ley no denomina así sino que designa con el término confirmación. Esta sensación se acentúa si se toma uno la

molestia de comprobar que las sentencias constitucionales que se cita a título de precedente, guardan una muy lejana analogía, por decir algo, con el supuesto que se contempla en la norma andaluza. Porque convalidación y confirmación parecen operaciones diversas como diversos parecen actos convalidados y actos confirmados y esta diversidad motiva que quepa cuestionar si ambas operaciones pueden realizarse de la misma manera

Llegados aquí importa señalar que se convalida subsanando, limpiando del vicio o falta cometido. En el caso de las convalidaciones legislativas esta sanación se produce porque la norma convalidante –la ley- modifica a aquella otra de la que trae su causa el acto viciado o ilegal, de forma que a partir de ese momento lo que era disconforme con la norma deja de serlo y lo que era ilegal pasa a ser legal. El presupuesto para que se pueda actuar así es que esté al alcance del legislador modificar la norma originariamente incumplida. De otra manera tal convalidación queda fuera de las posibilidades del órgano convalidante. En un Estado unitario con un único poder legislativo no parece que pudieran presentarse graves dificultades para identificar quien podría ser autor de una convalidación legislativa. Cuando el poder legislativo está tan repartido como en nuestro sistema, es fácil que surja el problema de su determinación. Y este es el obstáculo con que se encuentran el Gobierno y el Parlamento de Andalucía

Así es porque la norma contrariada, cuya infracción ha provocado la nulidad del Decreto que aprobó los estatutos de la Agencia Tributaria de Andalucía es una norma estatal básica, de imposible modificación por la Junta de Andalucía. La operación que realiza el decreto-ley es, por tanto, imposible como convalidación. Posiblemente por eso, una vez realizada la aproximación a la figura de las convalidaciones legislativas, el decreto-ley de modo directo, frontal y claro declara que determinados actos *quedan confirmados en cuanto adolezcan de cualquier vicio administrativo, dimanante de la nulidad de dicha norma, debiendo considerarse plenamente válidos y eficaces*. Tal vez el Consejo de Gobierno entiende que una vez publicado el Decreto 4/2012 con los nuevos Estatutos de la Agencia Tributaria, en principio sin tacha de ilegalidad, se ha producido el efecto sanatorio. Con este apoyo puede proceder a extraer la mencionada confirmación como lógica consecuencia apoyada en la lamentable situación que ha descrito en su preámbulo. Pues la confirmación no es otra cosa que la conclusión de una operación de revisión, una vez que se constata la conformidad de unos actos con el ordenamiento jurídico. Así pues, el Consejo de Gobierno y el Parlamento entienden que tras la adaptación de los Estatutos de la Agencia Tributaria a las exigencias impuestas por las sentencias invalidantes, los actos dictados por ésta con anterioridad a dicha adaptación pueden beneficiarse ella. Este

sería, pues el mensaje que emitiría la confirmación de tales actos. En cierta medida se podría afirmar que lo que hacen los Altos Órganos andaluces no es otra cosa que dar efecto retroactivo al Decreto 4/2012 para que se entienda que los actos que no tuvieron cobertura por el vicio que afectaba al Decreto 324/2009, declarado nulo, del que traían causa, ya si la tienen porque ese vicio ha desaparecido en el Decreto 4/2012.

Ahora bien, ¿puede aceptarse esta solución? Creo que la cuestión es cuanto menos discutible y es posible que a la Junta de Andalucía le sirva para ganar tiempo y disuadir de algunas o muchas reclamaciones, pero en puridad esta solución no puede aceptarse, a pesar de lamentar los perjuicios que de ello pudieran derivarse. Que a la norma puedan otorgarse efectos retroactivos no plantea dificultad alguna, de manera que se puede cambiar la norma anterior; lo que no parece tan claro es que se pueda modificar la realidad y ésta es que los actos producidos antes de la sustitución de la norma antigua por la nueva habían sido emanados por una entidad irregularmente constituida y la fuente de esa irregularidad sigue siendo el incumplimiento de una norma sobre la que no tiene capacidad de modificación el Consejo de Gobierno ni el Parlamento de Andalucía. A reservas, pues, de la última palabra que corresponderá al Tribunal Constitucional, entiendo que no es posible sostener la constitucionalidad del Decreto-ley 2/2013, de 12 de marzo, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía.





NOTICIA DE  
REVITAS AUTONÓMICAS



## Noticia de Revistas Autonómicas\*

### (1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

FLORES TURRADO, Francisco Javier, *Comisión Arbitral del País Vasco y control autonómico de constitucionalidad*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 59-91.

Este estudio analiza la Comisión Arbitral del País Vasco, previamente estudiada en una magnífica monografía de GARCÍA URETA, *La Comisión Arbitral del País Vasco. Régimen Jurídico y Resoluciones (1999-2000)*, IVAP, Oñati 2003. El trabajo analiza sus elementos esenciales: (*iter* legislativo del art. 39 EPV y la constitucionalidad de la Comisión Arbitral) comparándolo con el Consejo de Garantías Estatutarias catalán y las nuevas funciones Consejo Consultivo de Extremadura. Cree FLORES TURRADO que la Comisión Arbitral debería ampliar sus cometidos, adecuar su composición y estructura, y dotarse de los medios necesarios para cumplirlos con efectividad. En este sentido, sugiere imitar el modelo catalán del Consejo de Garantías Estatutarias de elección de sus miembros con presencia principal de los legislativos Parlamento y Juntas Generales en detrimento de los ejecutivos, Gobierno Vasco y Diputaciones Forales. Cree que sería deseable una ampliación de vocales, que sin perder la paridad dotara a la Comisión de mayor peso, tanto en el Pleno como en las Secciones Territoriales, y posibilitara una entrada de la autonomía municipal. El Estudio incluye una amplia bibliografía y un Apéndice con las Decisiones y resoluciones de la Comisión Arbitral.

PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz & LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Control presupuestario en la Unión Europea, reforma constitucional, ajuste de presupuestos de las Administraciones Públicas y su impacto en autogobierno vasco en el marco del Concierto Económico*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 133-176. *Vid.* (4).

---

\* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

## **(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.**

FLORES TURRADO, Francisco Javier, *Comisión Arbitral del País Vasco y control autonómico de constitucionalidad*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 59-91. *Vid.* (1).

TOLOSA TRIBIÑO, César, *La Administración Pública en el proceso laboral*, “RJCYL”, núm. 28, septiembre 2012, pp. 29-48.

La presencia de la Administración en el proceso laboral constituye una constante en la práctica diaria que determina la existencia de una serie de especialidades procedimentales. La reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social supone un cambio radical en el papel de la Administración en el proceso laboral, al conocerse a través de este instrumento procesal una serie de actos y actuaciones administrativas, hasta la fecha competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial trascendencia tiene la regulación de un nuevo procedimiento para el enjuiciamiento de los actos administrativos en materia laboral, recogido en el artículo 151 de la LRJS, cuya aplicación puede plantear algunos problemas que tratan de solventarse en el presente trabajo.

## **(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.**

DÍAZ CREGO, María, *Derechos sociales y amparo constitucional*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 17-57.

En este trabajo se estudia preliminarmente la protección de los derechos sociales por conexión con el derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 14 CE) (derecho al trabajo, condiciones laborales y derecho a la igualdad y a no ser discriminado de los artículos 35 y 40 CE); (protección del familia y de la infancia y derecho a la igualdad y a no ser discriminado del artículo 39 CE); (prestaciones sociales y derecho a la igualdad y a no ser discriminado de los artículos 41 y 50 CE). Estudia a continuación la protección de los derechos sociales por conexión con el derecho a la tutela efectiva (art. 24 CE) y la protección de los derechos sociales como límites a derechos civiles y políticos. El estudio culmina con el análisis de la exigencia de información como vía indirecta para proteger derechos sociales. Cree DÍAZ CREGO que el análisis de la jurisprudencia del TC en materia de derechos sociales permite afirmar que el

máximo intérprete de la Constitución ha sido excesivamente tímido y escasamente original a la hora de utilizar los mecanismos indirectos de protección de los derechos sociales que otros tribunales vienen utilizando desde hace tiempo. Mediante su conexión al derecho a la igualdad y a la tutela efectiva el TC ha construido una jurisprudencia notable en relación con determinados derechos sociales (discriminaciones laborales asociadas al sexo, derecho a la conciliación de la vida familiar o laboral; o el canon reforzado de motivación que el TC ha exigido a los tribunales ordinarios cuando estos resuelven un litigio en el que está liza un derecho sustantivo -derechos sociales incluidos-. La autora considera todas estrategias limitadas, y cree que el TC debiera seguir al TEDH ligando los derechos sociales a los derechos susceptibles de amparo (como el derecho a la salud de la población reclusa con el derecho al vida). El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

MARTÍN, Esther, *El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios*, "RVAP" núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 95-131.

Este trabajo estudia las consultas por vía de referéndum de ámbito autonómico y local en el ordenamiento constitucional (debates constituyentes, referéndum autonómico en la CE). En segundo término, estudia la diferencia entre referéndum y consulta popular examinando la jurisprudencia constitucional. El verdadero núcleo del estudio lo constituyen las previsiones estatutarias y el caso de Cataluña (previsiones estatutarias y su neutralización por la STC 31/2010 y la actuación del legislador catalán -de la Ley de Consultas Populares por vía de Referéndum (2010) al proyecto de Ley de consultas populares no refrendarías (2011)-. Por último, la autora estudia la singularidad del referéndum municipal. Concluye Esther MARTÍN que la jurisprudencia constitucional sobre este tipo de consultas parece haber cerrado la viabilidad constitucional de esta figura en el ámbito autonómico al ampliar la competencia estatal no sólo respecto a la autorización de la convocatoria sino a la entera disciplina de la institución y someter la regulación autonómica a un condicionamiento previo (impedir el referéndum autonómico si este, además de su previsión estatutaria expresa, no se encuentra previsto en la Ley orgánica estatal. En definitiva, expone Esther MARTÍN la viabilidad de la consultas populares por vía de referéndum, al margen de las previstas en la Constitución en el ámbito autonómico requiere tres requisitos: 1) una previsión estatutaria -no necesariamente en sede de competencias-; 2) la preceptiva autorización estatal *ex art.* 149. 1 32 y 3; 3) el respeto a la normativa estatal básica en tanto que desarrolle el derecho a la participación directa del 23 CE. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

RIDAO MARTÍN, Joan, *La colaboración público-privada en la dotación de infraestructuras públicas. La situación actual en España y las alternativas al actual marco regulador*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp.177-207.

Parte RIDAO MARTÍN del estudio de la problemática general asociada a los proyectos de colaboración público-privada. Analiza en especial aquellos derivados del marco regulador actual (las bajas temerarias, la problemática de la protección del *know-how* en el diálogo competitivo y los incentivos a la participación en un proyecto CPP. A continuación examina los mecanismos de pago –el pago por disponibilidad- y el esquema de distribución de riesgos y el equilibrio financiero del contrato (la problemática de las expropiaciones y el alargamiento de las concesiones). El autor considera necesario un nuevo marco normativo que favorezca la adecuada estructuración de proyectos, contratos y esquema de distribución de riesgos, así como que prevea incentivos a la participación, aclare los mecanismos de pago y, en particular, mejore la definición del nuevo contrato de colaboración público-privada y de la fórmula de diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación específico. RIDAO MARTÍN aporta soluciones a los problemas que detecta. Destacamos alguna de ellas. Considera, por ejemplo, que “hace falta proceder a una mejor delimitación del riesgo constructivo: a) aceptando las expropiaciones como “riesgo impropio”, con el establecimiento de un sistema de bandas (en realidad, un tope superior), en el cual, a partir de un límite de riesgo por parte del privado haya un sistema de absorción pública (marginalmente decreciente) de los excesos y con límite máximo; b) definiendo con precisión los riesgos extraordinarios e imprevisibles (cambios técnicos, desviaciones del coste de los seguros, servicios urbanos afectados, encuentros arqueológicos); y c) creando mecanismos que permitan la emisión de bonos durante el periodo de construcción – aunque reconoce que son de difícil compatibilización con la calificación de *off balance* de este tipo de operaciones-. Nos encontramos ante un Estudio creativo –*rara avis* en el océano del corta y pega-, con propuestas que demuestran no sólo un profundo conocimiento del objeto de estudio *sino capacidad para pensar en Derecho*. El estudio incluye una exhaustiva bibliografía.

GRIS GONZÁLEZ, Juan Carlos, *La modificación de los contratos del Sector Público*, “RJCYL”, núm. 28, septiembre 2012, pp.1-28.

Este estudio aborda el régimen de modificación de los contratos del sector público tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible. Especialmente aborda el origen de la actual regulación, el ámbito de actuación (positivo y negativo) de los modificados, los supuestos de modificación, con distinción

entre modificaciones convencionales y modificaciones legales, el procedimiento a seguir para llevar a cabo la alteración contractual, los efectos que producen las novaciones contractuales y el régimen transitorio dispuesto por el legislador. El autor concluye que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público acomodado a las directrices provenientes de la Unión Europea. Este régimen se asienta sobre la idea de que el contrato tiene que llevarse a cabo en las condiciones originariamente establecidas, siendo, únicamente, admisible variaciones cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, o en los casos y con los límites establecidos legalmente, por lo que, en cualesquiera otros casos, si fuera ineludible que el contrato se ejecutase en modo diferente al acordado, deberá procederse a la resolución del mismo y a la suscripción de otro bajo las disposiciones legalmente oportunas.

TOLOSA TRIBIÑO, César, *La Administración Pública en el proceso laboral*, "RJCYL", núm. 28, septiembre 2012, pp. 29-48. *Vid.* (2)

#### **(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.**

PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz & LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, *Control presupuestario en la Unión Europea, reforma constitucional, ajuste de presupuestos de las Administraciones Públicas y su impacto en autogobierno vasco en el marco del Concierto Económico*, "RVAP" núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 133-176.

Este estudio aborda los principales mecanismos sobre los que pivota la nueva gobernanza económica y fiscal de Europa así como el impacto en el Derecho constitucional de algunos Estados miembros. Como segundo objeto analiza la nueva regulación de la estabilidad presupuestaria en España con especial atención a la reforma constitucional en la materia y a su desarrollo en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con especial examen a la aplicación de esta nueva normativa a la Comunidad Autónoma del País Vasco en el marco de Concierto Económico. Los autores propugnan la reforma de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, Reguladora del Concierto Económico con el objetivo de desarrollar su parte financiera y adaptarla a la nueva regulación constitucional y de la Ley Orgánica 2/2012, dándole a la Comisión Mixta del Concierto las funciones que deben corresponderle en estas materias

RIDAO MARTÍN, Joan, *La colaboración público-privada en la dotación de infraestructuras públicas. La situación actual en España y las alternativas al actual marco regulador*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 177-207. *Vid.* (3).

RICO BELDA, Paula, *Los Decretos Leyes en momentos de crisis. Efectos recientes sobre la Hacienda Local valenciana*, “RJCv” núm. 45 enero 2013, pp. 133-148.

En este trabajo la autora reflexiona sobre el uso o abuso de la figura de los Decretos-Leyes en época de crisis analizando en especial los Decretos-Leyes con efectos sobre la Haciendas Locales y los Decretos-Leyes autonómicos. RICO BELDA ilustra la realidad de utilización mediante cuadros resumen y tablas explicativas de los Decretos-Leyes estatales y del *Consell* y la reciente jurisprudencia constitucional (STC 31/2011, de 17 de marzo y STC 1/2012, de 13 de enero). Considera RICO BELDA que tras cuatro años de crisis las dificultades del entorno económico son ya una situación más bien ordinaria y a tener en cuenta en cualquier planificación que el Gobierno realice de sus actuaciones. También cuestiona la urgencia, “difícilmente compatible con medidas cuya entrada en vigor se difiere en el tiempo” y la extraordinaria y urgente necesidad que debe apreciarse en cada caso y amparar todas las medidas contenidas en los Decretos-Leyes, sin que la concurrencia en unos artículos cubra, sin más el resto.

**(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).**

ZAMORA ROSELLÓ, M<sup>a</sup> Remedios, *Los residuos generados por la industria extractiva; virtudes y deficiencias del marco regulador*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 271-317. *Vid.* (6).

**(6) § Sectores Administrativos de Intervención. Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medio ambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc.).**

TRIAS PRAT, Bartomeu, *De los paisajes protegidos a la protección del paisaje: un reto pendiente*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 241-270. *Vid.* (3).



Parte TRIAS PRAT del análisis del estado de la cuestión del paisaje como objeto del Derecho. Estudia a continuación el concepto y la naturaleza jurídica del paisaje destacando la ausencia de un concepto jurídico de paisaje en la normativa anterior al Convenio Europeo del Paisaje de Florencia, auspiciado por el Consejo de Europa de 20 de octubre de 2000. Determina así la naturaleza jurídica del paisaje como un bien jurídico colectivo y describe los elementos esenciales del nuevo régimen jurídico del paisaje en el Convenio de Florencia. Culmina el trabajo el examen de la regulación en el ordenamientos jurídico actual (recepción de los postulados del Convenio de Florencia en la normativa estatal; regulación sectorial del paisaje en la legislación de patrimonio natural; nuevas experiencias de la legislación autonómica). Cree TRIAS PRAT que el problema no reside en el alcance limitado de las normas existentes (por su carácter elitista protegiendo sólo aquellos que destacan por sus singulares valores), sino la ausencia de una normativa que haga del paisaje su objeto central, y que establezca su regulación del mismo como realidad compleja (dotada de una doble vertiente objetiva y subjetiva) y dinámica (sometida a los procesos de en formación inherentes al desarrollo de la vida). En definitiva, “falta una normativa que establezca las pautas básicas del régimen jurídico que ha de inspirar la visión del paisaje en resto de las políticas sectoriales que inciden en él, y que a la vez establezca el marco de referencia –defina criterios e instrumentos de actuación- para aquellos sectores normativos que, por su objeto, incorporan a sus respectivos ordenamientos una regulación del paisaje acorde con los postulados del Convenio de Florencia. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

ZAMORA ROSELLÓ, M<sup>a</sup> Remedios, *Los residuos generados por la industria extractiva; virtudes y deficiencias del marco regulador*, “RVAP” núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 271-317.

Parte la autora del estudio de la regulación europea de la gestión de los residuos (VI Programa marco, y Directiva 2006/21/CE sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas). Aborda a continuación los elementos centrales de la regulación: el control administrativo a través de la autorización; fases de las instalaciones de residuos (construcción, mantenimiento y cierre); garantía financiera y responsabilidad medioambiental; rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras; prevención de accidentes; supervisión de la gestión de residuos a través de los organismos de control. Considera ZAMORA ROSELLÓ que la elaboración de un inventario completo de todas las instalaciones, y la exigencia de un control mas amplio que permita disponer de mas información a la autoridad competente para pronunciarse sobre la clau-

sura definitiva, son exigencias que han de ser incorporadas y que permiten garantizar que los riesgos a que se aspira a controlar se mantienen una vez que finaliza la vida útil de la instalación. Del mismo modo, el autor cree que el seguimiento y la supervisión constante que exige la aplicación de estas disposiciones demandan una implicación muy activa por parte de las autoridades competentes y que las fases de seguimiento e inspección se convierten en ejes principales de actuación.

IVARS BAÑULS, José Antonio, *El procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística en la LUV. Sucinta referencia al Anteproyecto de Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje (LOTUP)*, “RJCVC” núm. 45 enero 2013, pp. 109-132.

En este trabajo IVARS BAÑULS analiza el nuevo marco normativo y los caracteres básicos de la actividad administrativa de garantía de la legalidad urbanística, estudiando el procedimiento que contempla la LUV para conseguir la restauración del orden urbanístico infringido resaltando las divergencias respecto el modelo estatal y la nueva regulación en trámite parlamentario (Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje (LOTUP)). Destacamos en este trabajo la riqueza jurisprudencial y de informes de órganos consultivos que incorpora al tratar cada uno de los elementos de la disciplina urbanística. De particular interés son las consideraciones que autor realiza respecto el régimen de las edificaciones una vez transcurrido el plazo para dictar la orden de restauración de la legalidad urbanística (Disposición transitoria 5ª de la Ley 8/1990, de 25 de julio y del TRLS 2008, art. 533 ROGTU, art. 233 LOTUP –que eleva el rango de este último reglamento–). Analiza los posibles usos de los edificios en los que las potestades de restablecimiento de orden jurídico perturbado han caducado inclinándose por la solución jurisprudencial de permitir los usos que permita el plan o las normas urbanísticas. También nos resulta sugestivo el estudio de la infracción del orden urbanístico por la Administración regulado en los arts. 230 y 231 LUV, regulación ciertamente parca que la LOTUP no altera (y por comparación con de la Comunidad de Andalucía deficiente).

### (7) § **Varia.**

RICO BELDA, PAULA, *Los Decretos-Leyes en momentos de crisis. Efectos recientes sobre la Hacienda Local valenciana*, “RJCVC” núm. 45 enero 2013, pp. 133–148. *Vid.* (4).

Abreviaturas

RJCYL	Revista Jurídica de Castilla y León
RJCV	Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública



# RECENSIONES



**FERNÁNDEZ RAMOS, S. Y PÉREZ MONGUIO, J.M. (2012). *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters - Aranzadi, S.A. 230 págs.**

Tengo el honor de recensionar un libro que, desde hace años, esperaba impaciente. Una monografía necesaria. Un pormenorizado estudio jurídico sobre los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, artículos que establecen las causas de abstención y/o recusación. Un libro que, por méritos propios, viene a ocupar el hueco vacío que tenía reservado en la estantería de cabecera de los muchos operadores jurídicos que cada día tenemos que sortear cuestiones ligadas con la abstención y la recusación.

La espera ha merecido la pena con creces. Es indudable, y la coincidencia es plena con lo que el Profesor Gamero resalta de manera brillante en el prólogo que encabeza esta obra, que los autores han sabido de una vez “*observar lo importante y encontrar el tiempo de aplicarse a su estudio, colmando por fin la imperdonable laguna de la bibliografía jurídica-administrativa y confirmando con ello su carácter de juristas cabales y bien templados*”.

Casi nada en la vida suele ser fruto de la casualidad y esta obra tampoco lo es. A Fernández Ramos, S. y Pérez Monguio, les une compartir una dilatada carrera académica en la Universidad de Cádiz. Su aportación al Derecho Administrativo con la monografía objeto de la presente recensión estoy convencido va a situar al siempre proceloso mundo de la abstención y recusación en el lugar que le corresponde y que desde hace años le estaba reservado.

¿Y de qué trata el libro? ¿Cuál es su virtualidad? Una primera y a la vez más que certera aproximación se encuentra en el Prólogo que como ya hemos indicado firma Gamero Casado: “*De la necesidad de que las apariencias no enturbien la presunción de neutralidad que debe exhibir toda decisión administrativa*”.

*La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*. Un título que da la primera pincelada de lo que nos vamos a encontrar al adentrarnos en la obra. Así, el primer capítulo, denominado “El principio de imparcialidad” nos introduce de lleno en la exigencia constitucional de la que procede, el principio de objetividad del artículo 103.1 de nuestra Carta Magna. La imparcialidad estudiada y a la que se dedican con más profusión en este capítulo es la “*subjetiva*” que “*no tolera relativización alguna, y su alcance debe ser idéntico en el ámbito administrativo y judicial, pues su finalidad no es otra que servir a los intereses gene-*

*rales y no otros*”. Sumamente interesante resulta conocer las aproximaciones y diferencias que los autores encuentran entre el principio de imparcialidad entre el Derecho Procesal y el Derecho Administrativo. Apartándose de la clásica doctrina administrativista, afirman que la posición clásica de relativizar el principio de neutralidad-imparcialidad en la Administración Pública puede llegar a confundir el principio de imparcialidad con la idea de independencia en su actuación. Una conclusión sumamente interesante, por novedosa, es la de soterrar en parte de la creencia de que el principio de independencia en la actuación de las Administraciones públicas es preminente, concluyendo que sólo en determinadas funciones se puede hablar de independencia, citando entre ellas las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Pero donde la contundencia en el análisis se hace más patente es en la no relativización alguna del principio de imparcialidad en su vertiente subjetiva. *Su finalidad no es otra que garantizar el servicio a los intereses generales y no otros.*

Tras dejar claro que la imparcialidad no es independencia ni neutralidad, el capítulo I nos adentra en la doble dimensión que los autores encuentran en el principio de imparcialidad recordando la doctrina constitucional sobre la abstención-recusación en el ámbito jurisdiccional, y que ésta para ellos solo es equivalente en los procedimientos administrativos sancionadores, único ámbito en la ley que es exigida una separación entre la fase instructora y sancionadora.

Un preciso examen de los elementos que confluyen, permiten entender porqué para Fernández Ramos y Pérez Monguio se distinguen dos tipos de causas de las muchas que pueden darse en los procedimientos administrativos con relación a la abstención-recusación. Por un lado estarían las “*causas de abstención en sentido estricto*” y por otro lado las “*causas de inhibición*”. Las primeras comprenden casi todo el espectro de las tasadas en el artículo 28 de la LRP-JAC, y que básicamente son las que la ley obliga por entender puede existir un conflicto de intereses. Cuando la decisión no comparte conflicto de intereses para el que debe decidir, pero de las que cabría presumir un condicionamiento por parte del sujeto, están las “*causas de inhibición*”.

También dentro del capítulo I otro de los hallazgos de esta obra, es la relación directísima que se establece entre el principio de imparcialidad y el derecho a la buena administración. Los artículos 28 y 29 de la Ley 30/92 eran reproducción casi mimética de la legislación anterior, de 1958. Obviamente no puede predicarse lo mismo lo que se entiende por “imparcialidad” en un Estado Democrático y de Derecho con un Estado autocrático y centralista. Un da-



to este que los autores no pasan por alto y enlazan con la exigencia del Derecho Comunitario al Derecho a la buena administración que proviene del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea culminada en Estrasburgo en 2007. Una disposición de plena vigencia y que vincula necesariamente a España en “*el derecho de toda persona a que las Instituciones traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*”.

A veces se confunden y por ello también tiene su particular reseña. Nos referimos al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas y al deber de abstenerse. Interesante conclusión se nos aporta en el sentido de “*el régimen de incompatibilidades complementa al de abstención, sin perjuicio de que el sistema de incompatibilidades puede responder también a otros fines añadidos a la abstención*”.

La evolución legal a través de la historia de la abstención-recusación es investigada, resaltando su verdadero origen, el Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de Gobernación, de 1947 y verdadero inspirador tanto de la Ley de Procedimiento de 1958 como de la actual.

Concluye el capítulo I con un pormenorizado estudio de la reserva legal y reparto competencial en la materia. Los autores sentencian con el carácter de básicos de los preceptos de abstención y recusación. Lo son como garantía de los ciudadanos en relación con la actuación de la Administración, tanto en una perspectiva de derecho subjetivo como de garantía objetiva del deber de abstención. Sin embargo, esta facultad no lleva aparejada la posibilidad de ampliar o disminuir las causas a menos se faculte a través de normas con rango de ley. En palabras de los autores, la LRJPAC, sus artículos 28 y 29 son “*el mínimo común denominador de la imparcialidad administrativa*”. De esta forma, la ley autonómica sólo podría añadir otras causas de abstención con la finalidad de hacer a fortalecer la imparcialidad. Queda por tanto reducida a una norma con rango de ley la posibilidad de adiccionar a otras causas a las previstas en la LRJPAC. Sumamente interesante resulta en este sentido la aportación de diversas sentencias judiciales que anulan reglamentos que ampliaban las causas de abstención sin norma legal previa que les diera respaldo.

De la abstención se ocupa el Capítulo II en su totalidad. Especial énfasis y acierto se dedica al llamado “*deber legal de abstenerse*”, desde la vertiente de la autoridad y funcionarios en el ejercicio de sus competencias como cuando la facultad ha de ser ejercida como miembro de órganos colegiados. Del mismo modo se razona con riqueza las causas que han de darse para que pueda hablarse de prohibición de la abstención. El capítulo se adentra tanto en los pre-

supuestos que deben darse para que aparezca como en los ámbitos subjetivo y funcional del deber de abstención, abarcando este desde la intervención inicial en el procedimiento, su incidencia en los casos de expediente disciplinarios y sancionadores, así como en la enorme casuística e importancia que el deber de abstención tiene en la praxis real de los tribunales y procesos selectivos de ingreso y/o provisión de puestos de trabajo de empleados públicos.

Las circunstancias de abstención y recusación son rigurosamente estudiadas en el Capítulo III, el carácter abierto o cerrado de las causas que las motivan, así como su clasificación e interpretación. Los autores, tras exponer como la jurisprudencia y doctrina administrativista actualmente establecen el carácter cerrado de las causas de abstención y recusación, hacen suya una decidida apuesta de “reforma de una futura ley” en la que se opte por un sistema mixto (abierto-cerrado), de forma similar al derecho comparado de diversos países de la Unión Europea, “cuando existan motivos suficientes para justificar una desconfianza hacia la imparcialidad” esto en el caso de la recusación, en Alemania, o en Italia, en la “abstención facultativa” cuando concurren “graves razones de conveniencia”. Una apuesta de “lege ferenda” que iría en el camino de preservar “unos altos niveles de seguridad jurídica y a su vez aportaría al sistema actual una flexibilidad de la que carece y que le permitiría servir con mayor eficacia al interés público”. No obstante, y en tanto se produce, la llamada es clara a una interpretación extensiva de la norma hacia un criterio finalista en el que, y a modo de ejemplo se señala con enorme acierto, se contemple como causa el vínculo matrimonial.

De la rigurosidad del trabajo de investigación es buen ejemplo el tratamiento que recibe la clasificación de las causas de abstención y recusación. Desde las más frecuente, “entre causas objetivas y causas subjetivas”, pasando por la clasificación entre “en la relación con los sujetos y en la relación con los objetos”, para terminar en el estudio “de las que suponen un perjuicio y las que no”, siendo esta la que los autores se inclinan, explicándonos como argumentación de la decisión por la salvaguarda que hace más que ninguna del principio de imparcialidad, *leit motiv* de la obra.

El capítulo IV se dedica al análisis de las causas de abstención y recusación. Es el capítulo más extenso del libro, pues se desmenuzan todas las causas fijadas en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC. Perfectamente sistematizado, el repaso es completo a todas las causas tasadas, sin faltar la crítica constructiva, como la mención a algunas reflexiones que están “olvidadas”, entre ellas la omisión del vínculo matrimonial y las uniones de hecho entre las causas de abstención.

Un capítulo este, qué, como todo el trabajo, se hace de utilidad “para todos los públicos”, dado el lenguaje utilizado y qué será sin duda muy valorado por los empleados públicos en sus tareas diarias en las que, con más frecuencia de lo que pueda parecer, se le plantean dudas de esta naturaleza.

Especialmente brillante he encontrado el esfuerzo en “explicar” los consabidos y tantas veces repetidos conceptos jurídicos indeterminados de “amistad íntima” y “enemistad manifiesta”. Todos los elementos y requisitos de la amistad y enemistad desde todas las vertientes posibles. Un acierto que concluye con la propuesta de algunas opciones de *lege ferenda* sumamente interesantes y que sin duda realzarían el principio de buena administración.

*Quién, cómo y cuándo*, o lo que es lo mismo, el Procedimiento que ha de seguirse en los incidentes de abstención y recusación domina el capítulo V. Un capítulo que comienza investigando cómo se ha de actuar en los casos, frecuentísimos por otro lado, en que la autoridad recusada o la que plantea la abstención carece de superior jerárquico. Entra igualmente en la exposición los supuestos en los que son los miembros de órganos colegiados los sujetos del incidente.

El procedimiento de la abstención, como deber legal, en su totalidad, es escudriñado con profusión en todos sus elementos: la autoridad o agente en el que recae la causa, la causa, la paralización, la comunicación al superior y la resolución pertinente. Desde la iniciación, al momento en el que debe producirse la abstención, la duración del incidente y la terminación, sin olvidar aspectos que en la praxis diaria son muy comunes, como los casos donde la estimación conlleva la sustitución de la autoridad o agente.

La importancia del derecho de recusación es fijado por la LRJPAC, y señalado en la obra, como el que abre el único incidente que suspende el procedimiento. Es el punto de partida para presentar la variada jurisprudencia que declara la nulidad de las actuaciones en caso de ausencia o incumplimiento de situaciones en que no se ha resuelto la idoneidad de los intervinientes en un procedimiento.

Como sugestiva propuesta de reforma de la LRJPAC, encuentro la de garantizar a los interesados en un procedimiento conocer desde el inicio la identidad de las personas que vayan a intervenir en la resolución del mismo, de forma similar a la publicación de los tribunales o comisiones de selección de empleados públicos. Todo con el propósito de hacer posible ejercer el derecho de recusación.

Para el final del capítulo IV queda todo lo relativo a la impugnación de las actuaciones relativas a la abstención y recusación. Se hace además desde las dos vertientes posibles: por parte de los interesados y por parte de la autoridad o agente.

*No se molesta la LRJPAC en aclarar en qué casos la intervención si implica la invalidez del acto.* Nos lo dicen Fernández Ramos, S. y Pérez Monguio al comienzo del capítulo VI, el de “Los efectos del incumplimiento del deber de abstenerse”. Es la llamada “*relevancia invalidatoria*” el eje central del capítulo con el que se cierra el estudio, llegando a la conclusión de que una vez establecida la existencia de la causa de abstención, debe ser la Administración Pública la encargada de probar que su intervención no fue decisiva en la adopción del acto en cuestión. Y es que para los autores, que la intervención sea determinante, ya sea en la elaboración del acto, ya ocurra en el procedimiento de la formación de la voluntad de los órganos colegiados, es el elemento indispensable que debe aparecer ineludiblemente para apreciar causa de abstención y/o recusación.

De forma expresa y sin ambages es el posicionamiento en la doctrina contraria a la que considera que la nulidad de un acto viciado, por una intervención determinante de un funcionario, sólo lo será en el caso de que dicha intervención haya producido desviación de poder de forma real. Así afirman que *esta doctrina entendemos que degrada a la casi absoluta irrelevancia el deber de abstención.* En esta línea llega la afirmación de que en el caso de los tribunales y comisiones de selección que gozan del conocido criterio de “discrecionalidad técnica” todo lo que suponga apartarse del principio de imparcialidad (y lo sería el incumplimiento probado del deber de abstenerse) debe determinar la nulidad de pleno derecho del acto. Similar razonamiento es el que defienden para los procedimientos seguidos por los órganos sancionadores, como exigencia en estos casos del derecho de defensa del artículo 24 de la CE.

Con la responsabilidad personal se cierra el capítulo, estructurándose el análisis de la misma tanto en lo referente a autoridades y altos cargos de la Administración General del Estado, como en relación a los empleados públicos y la conexión de esta responsabilidad con lo dispuesto en su Estatuto básico y en el reglamento de régimen disciplinario de 1986.

En resumen, todo un hallazgo que permite, sin dudarle ahora sí, hablar por fin de una teoría general de la abstención y la recusación en el Derecho administrativo al alcance de todos.

José María de la Hera Martín  
Granada, mayo 2013

**GUICHOT REINA, Emilio (coord.): *Derecho de la comunicación*, (2ª ed.), Iustel, Madrid, 2013, 296 págs.**

El Derecho de la Comunicación se caracteriza indudablemente por su constante evolución, como demuestra la aprobación de normas tan relevantes como la Ley del Cine en el año 2007 o la Ley General de Comunicación Audiovisual en 2010, o, recientemente, los importantes cambios producidos en la Ley General de Comunicación Audiovisual y el Anteproyecto de modificación, más general, de la Ley de la Propiedad Intelectual.

Este hecho, junto al común interés, preocupación y experiencia en la materia, ha llevado a un grupo de profesores de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de distintas Universidades (Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Sevilla, Universidad Loyola Andalucía y Universitat de València) a realizar un estudio sintético, integral, riguroso y actualizado del Derecho de la Comunicación, desarrollando todas las cuestiones relevantes que componen la disciplina.

En efecto, este trabajo en colaboración, coordinado por el profesor GUICHOT REINA, lleva a cabo en cada capítulo un análisis completo del tema en cuestión, exponiendo tanto el régimen jurídico vigente y su evolución, como los factores jurídicos y extrajurídicos implicados.

Todo ello se efectúa con el gran mérito de concisión y empleo de un lenguaje asequible para no juristas, como demuestra el hecho que cuando se emplean conceptos que puedan entrañar cierta dificultad aparecen definidos en sus notas básicas. Ciertamente, en ningún momento se olvida que la obra va dirigida a cualquier persona, jurista o no jurista, que quiera acercarse al Derecho de la Comunicación, pero fundamentalmente a alumnos de Periodismo y Comunicación.

Prueba de la valía del estudio realizado lo constituye la excelente acogida de la primera edición de la obra, lo cual ha ocasionado la publicación de una segunda, que actualiza los temas y sintetiza algunos epígrafes, para seguir respondiendo a su finalidad pedagógica. A pesar de que tan sólo ha transcurrido un año y medio desde la anterior edición, la realidad y la regulación de los medios de comunicación ha cambiado notablemente, motivo por el cual se justifica plenamente la puesta al día.

Pero dicha valía no sólo viene avalada por su tan favorable recepción, sino,

además, por razón de la trayectoria investigadora de sus autores, reputados especialistas en Derecho de la Comunicación. GUICHOT REINA es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla, investigador del proyecto europeo de investigación MEDIADDEM y autor de numerosos trabajos sobre los medios de comunicación, las autoridades independientes de regulación del audiovisual y el régimen sancionador audiovisual. BOIX PALOP, profesor de Derecho Administrativo de la Universitat de València, ha analizado el fenómeno de Internet como medio de comunicación y las implicaciones para los derechos de autor de las transformaciones de la era digital. CARRILLO DONAIRE es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Loyola Andalucía y autor de diversos trabajos en los sectores de la televisión por cable, mercado de la radiotelevisión y las autoridades independientes del audiovisual. DE LA SIERRA es profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha y directora del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, además de investigadora principal del proyecto MEDIADDEM y autora de importantes trabajos sobre el Derecho de Cinematografía y sobre las relaciones entre cine y televisión. VÁZQUEZ ALONSO es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y especialista en libertades públicas.

En cuanto a su estructura, la obra se compone de ocho capítulos. El primer capítulo titulado «Aspectos constitucionales del Derecho de la Comunicación», elaborado por VÁZQUEZ ALONSO (con la colaboración de GUICHOT REINA -acceso a la información y protección de datos- y CARRILLO DONAIRE -publicidad-), se centra en los dos elementos de rango constitucional sobre los cuales se construye todo el Derecho de la Comunicación, esto es, el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información, así como en los límites constitucionales, sin los cuales no es posible entender el contenido de los mismos. Concretamente, es el derecho a la libertad de información, para el cual el Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina muy garantista, el que ocupa la mayor parte del capítulo. Explican los autores que, aunque la titularidad de este derecho corresponde a todas las personas, nuestro ordenamiento jurídico parte del presupuesto de que son profesionales quienes la ejercen (los periodistas) y de que no toda información va a estar amparada por el derecho fundamental, sino sólo aquella noticiable, relevante para la opinión pública, veraz, diligentemente elaborada y contrastada. Junto a los derechos constitucionales que pueden entrar en conflicto con la libertad de informar (como el honor, la intimidad y la propia imagen), el capítulo analiza el régimen general de la publicidad en los medios de comunicación, a partir de la premisa de que la publicidad es, por un lado, una información dirigida a los clientes potenciales de un producto o servicio, por lo que debe respetar ciertos límites,

y, por otro, una actividad íntimamente ligada a la comercialización y mercadotecnia empresarial, conectada con la libertad de empresa.

El capítulo segundo de la obra «Prensa», realizado por VÁZQUEZ ALONSO, aborda este medio de comunicación, caracterizado por ser el hábitat natural de la libertad de información y el instrumento básico para la formación de la opinión pública. Debe tenerse en cuenta que este sector no sólo tiene como base constitucional de su regulación el derecho a la libertad de expresión, sino también el derecho a la libertad de empresa. Como aclara VÁZQUEZ ALONSO, curiosamente en España los cambios que afectan al sector de la prensa se han producido sin que se haya aprobado una regulación tributaria de los principios constitucionales. La única norma que regula la prensa escrita es la Ley de Prensa de 1996, que, a juicio de su autor, es de dudosa utilidad y constitucionalidad. Seguidamente, se abordan las limitaciones específicas de la prensa escrita que pueden estructurarse a partir de consideraciones sociales mayoritarias y no sólo de la Constitución.

A continuación, los capítulos tercero, cuarto y quinto desarrollan todos los contenidos sustantivos del régimen jurídico de la radio y la televisión. Así, para comenzar, en el capítulo tercero «Aspectos generales», GUICHOT REINA y CARRILLO DONAIRE, sus autores, precisan que, antes de entrar en dichos aspectos, es necesario clarificar el reparto de competencias entre las distintas instancias políticas, europeas, estatales, autonómicas y locales. En este orden de consideraciones, señalan que la Unión Europea no ha condicionado la consideración de la radio y la televisión por cada Estado miembro como servicio público o actividad liberalizada, si bien ha impuesto algunas reglas en materia de competencia. En el plano interno, aunque el Estado concentra una parte sustancial de las competencias en la materia, no puede obviarse que todos los Estatutos de Autonomía incorporan en la actualidad competencias sobre desarrollo y ejecución en materias de medios de comunicación. Por ello, es tan conveniente examinar la evolución normativa tanto de la regulación de las modalidades de prestación y de los contenidos, así como el objeto y el ámbito de aplicación de la Ley General de Comunicación Audiovisual, que establece las normas básicas en materia audiovisual, sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos. Se analizan también la evolución normativa, el ámbito objetivo y subjetivo de la Ley General de Comunicación Audiovisual. Asimismo, el control por las Autoridades independientes de control: a nivel estatal, el *non nato* Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y el previsto reparto de sus competencias entre los Ministerios de Industria, Presidencia y la nueva Comisión Estatal de los Mercados y de la Competencia; a nivel autonómico, los Consejos Audiovisua-

les que en el presente sólo existen en Cataluña y Andalucía. Y, finalmente, el régimen sancionador.

En el capítulo cuarto titulado «Modalidades de Prestación», el profesor CARRILLO DONAIRE aclara que el pretendido equilibrio entre el funcionamiento del mercado audiovisual y los intereses generales presentes en el sector enmarca la tensión entre lo público y lo privado, y que jurídicamente, existe un mercado regulado, abierto a la competencia, pero limitadamente, con la permanencia de una prestación pública de servicio público, que responde a reglas diversas de las del mercado. Tomando como base esta premisa, los autores abordan el estudio pormenorizado de los servicios de comunicación audiovisual por operadores privados y de los prestadores públicos del mismo, deteniéndose en su objeto, ámbito de cobertura, aspectos organizativos, límites, modalidades de difusión y financiación.

En el capítulo quinto «Regulación de contenidos», GUICHOT REINA analiza la regulación de los contenidos de la radio y la televisión, que como medios a través de los cuales se ejercen los derechos de libertad de información y de expresión, tienen su límite en la necesidad de compatibilizarlos con los restantes derechos, bienes y valores constitucionales. Por este motivo, es tan importante detenerse, como hace su autor, en primer lugar, en el ejercicio de la libertad de información y de expresión, y en los principios de pluralismo político, social y cultural, que los medios de comunicación deben siempre respetar. Y asimismo, en el derecho a la diversidad cultural y lingüística, y la consecuente obligación impuesta a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de promoción del conocimiento y difusión. Además, se abordan las medidas para la protección de los menores y de los discapacitados, el régimen de las comunicaciones comerciales o el de la retransmisión en abierto de acontecimientos de interés general (en la práctica, deportivos).

Seguidamente, en el capítulo sexto «Internet» BOIX PALOP explica que la comunicación social no puede entenderse en la actualidad sin hacer referencia a Internet, debido a que este fenómeno ha cambiado el panorama social y económico, convirtiendo el espectro comunicativo en una realidad más plural, pero también menos controlada. A pesar de que Internet no altera cualitativamente los elementos esenciales que determinan el régimen jurídico de la comunicación pública, comporta novedades y consecuencias desconocidas hasta la fecha, a los que el Derecho debe adaptarse. Por esta razón, Boix Palop comenta con gran claridad en el presente capítulo cuáles son las matizaciones a las reglas de uso que se han utilizado hasta el momento.



En el capítulo séptimo de la obra «Cine», DE LA SIERRA explica el régimen jurídico, la organización y las medidas de ordenación y de fomento del cine, vehículo de comunicación con una importante dimensión económica, cultural y social, que refleja las sociedades. Sobre estas cuestiones, señala su autora que si bien existe un conjunto amplio y reciente de normas nacionales reguladoras de la cinematografía, éstas no pueden ser entendidas sin prestar atención al Derecho de la Unión Europea. En cuanto a las formas de intervención que tiene el Derecho, destaca la autora, por un lado, la regulación de un sistema de ayudas que permitan afrontar los gastos calificación, y por otro, los instrumentos de clasificación y calificación que identifican las películas, respectivamente, en función de la edad del público y el singular valor cultural de la cinta.

Finalmente, en el último capítulo «Derechos de autor en el ámbito comunicativo», BOIX PALOP analiza los aspectos más relevantes de la protección jurídica de los derechos de los autores, así como los problemas que existen en este ámbito, especialmente por la situación de crisis que enfrenta el sector de la comunicación. En este contexto, destaca el autor la gestión de los derechos de propiedad intelectual a través de entidades colectivas, y la tutela civil, penal y administrativa que prevé el ordenamiento para estos derechos.

En definitiva, se trata de una valiosísima aportación doctrinal, con gran claridad de ideas y explicaciones sobre el Derecho de la Comunicación, fundamentales para cualquier persona que quiera acercarse a la materia. Además, de servir, sin duda, para enjuiciar con fundamento las nuevas tendencias de futuro que nos esperan, ya que, como indica GUICHOT REINA, sólo conociendo lo que hay, podremos pensar en cómo podría ser lo que habrá y formarnos una opinión crítica al respecto.

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

**CASARES MARCOS, Anabelén, *Principio de Legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora*. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012, 424 páginas.**

Con el libro que presento la autora ha conseguido dos objetivos, uno evidente que, sin duda ha pretendido, y otro menos evidente, pero no menos real que no me consta haya pretendido pero que, a mi juicio, se desprende del trabajo realizado. El primero está presente desde la primera línea hasta el final y consiste en destacar los titubeos, ambigüedades y consecuencias colaterales,

tantas veces no queridas, de haber justificado el derecho administrativo sancionador como una especie de subproducto del derecho penal. Es un lugar común que se acepta este sector del derecho administrativo precisamente porque se nos presenta la potestad sancionadora de las administraciones públicas como una participación de éstas en el superior *ius puniendi* del Estado que, a su vez, sólo es admisible en el contexto del Estado de derecho, bajo las pautas y principios del derecho penal. De esta manera el art. 25 de nuestra Constitución hace discurrir las infracciones y sanciones administrativas en riguroso paralelo con la teoría del delito y de la pena que acuña el moderno derecho penal. La Constitución avanza, pues, en un terreno ya roturado por una doctrina y una jurisprudencia aceptadas en los últimos años del franquismo. Sin embargo, una vez justificadas las infracciones y sanciones administrativas la evolución posterior se cifra precisamente en relativizar esa dependencia so pena de privarlas de la funcionalidad que se les ha otorgado. Se genera de esta forma una conocida tensión derecho penal-derecho administrativo sancionador que aparece en una copiosísima jurisprudencia y da lugar a las más agudas reflexiones doctrinales. Al final parece que resulta una suerte de decepción doctrinal que se apoya en una cierta frustración de los presupuestos justificadores.

El otro objetivo que, en mi opinión alcanza el trabajo de la profesora Casares, está implícito porque forma parte de la génesis de muchas de las instituciones más características de nuevo derecho administrativo. Me refiero precisamente a una actitud metodológica que ha buscado su justificación y explicación desde perspectivas, técnicas y principios ajenos al mismo. El resultado, como no podría ser de otra manera, es la incompreensión, la ambigüedad y la sensación de que se dice una cosa y su contraria al mismo tiempo. Solo con un empeño notoriamente voluntarista es posible obtener algo que no sea el desconcierto final de semejantes actitudes. Me viene a la cabeza multitud de ejemplos de instituciones en las que nos ha ocurrido algo parecido a lo que ha pasado con la potestad sancionadora. Se ha desdeñado su construcción desde los principios y técnicas propis del derecho administrativo, como hace ya algunos lustros señalara Nieto<sup>1</sup> y hemos terminado en la confusa situación en que nos encontramos que se describe en el libro reseñado. Así ocurrió hace un siglo con el dominio público. La doctrina que patrocinó Hauriou provocó un notable giro en la comprensión de la institución, sustituyendo por la idea de propiedad especial la dinámica más genuina de la de potestad pública en que pa-

---

<sup>1</sup> NIETO, A. Derecho administrativo sancionador, Tecnos 4ª edición, 2005, pág. 25.

recía apoyarse con anterioridad. A partir de ahí todo se explica merced a en una especie de tejer y destejer cuyo centro de gravedad se situó precisamente en un conjunto de principios de formulación negativa: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad como rasgos configuradores. Creo que no puede haber mayor aberración que explicar negando. La consecuencia la extraía un importante ramillete de autores que a mediados del siglo pasado no podían menos que propugnar su desaparición por entender que el dominio público era inútil, confuso, etc<sup>2</sup>. Afortunadamente tal deriva se pudo corregir a tiempo, al menos en parte y sin perjuicio del largo camino que queda por recorrer si se desea una configuración racional, armónica y verdaderamente útil de la institución. No quiero hacer aquí un elenco de errores doctrinales en los que cada uno podemos haber colaborado de alguna manera pero algo muy semejante podríamos decir quizá también del contrato administrativo y otras figuras no menos importantes. Con esto no estoy defendiendo una especie de autarquía doctrinal del derecho administrativo cerrada a influencias de otras disciplinas jurídicas que, en ocasiones y una es precisamente la que consideramos de la potestad sancionadora, pueden resultar muy enriquecedoras y convenientes o incluso necesarias. Me hago cargo de que, por sus orígenes, el derecho administrativo ha tenido que estar expuesto al influjo de otras ramas del derecho más antiguas y que semejanzas son inevitables en virtud de la unicidad del derecho. Lo que estoy queriendo poner de relieve es que muchas veces se han seguido atajos pretendidamente dotados de mayor eficacia y que, también hay que reconocerlo, han contribuido a salvar determinadas cuestiones en momentos de apuro aún a costa de dificultades posteriores que ha costado años rectificar.

A esta rectificación, es la tarea a que alerta la profesora Casares en un libro riguroso que desciende al análisis, diría que exhaustivo, de los problemas que plantea la aplicación del principio de legalidad a la potestad sancionadora y su adaptación al entorno de las diversas administraciones públicas: flexibilización, colaboración de la potestad reglamentaria., la titularidad de la potestad sancionadora de los entes institucionales y corporaciones de derecho público. Todo ello ilustrado con una bibliografía muy actual y abundantísima jurisprudencia que revela como han afrontado el problema nuestros principales tribunales. En definitiva un libro muy útil cuya lectura es un placer recomendar.

José Ignacio Morillo-Velarde Pérez

---

<sup>2</sup> Puede verse al respecto mi trabajo *Dominio público*, Trivium, 1992, pág. 13.

**RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel, *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Iustel, 2013, 177 pp.**

La intervención administrativa en la supervisión y tutela del derecho a la propiedad intelectual se encuentra en un momento de replanteamiento e incremento de su intensidad. Recientemente, dos jóvenes administrativistas, en la misma editorial, Iustel, han publicado sendos trabajos sobre dos de los aspectos más relevantes y que se encuentran en pleno proceso de reforma legislativa: el profesor de la Universidad de Valencia UREÑA SALCEDO, sobre la regulación y control de las entidades de gestión, que ya tuve ocasión de recensionar, y el profesor de la Universidad de Córdoba RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, sobre la tutela administrativa de los derechos de autor en internet, cuyo trabajo, recién salido a la luz, tengo ahora el placer de reseñar.

Se trata de un riguroso y completo estudio que analiza la nueva tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información, nacida ante las insuficiencias de la vía penal y civil. La primera, por la exigencia de ánimo de lucro, entendido como lucro comercial, y no como el “ahorro” del usuario privado no autorizado, así como por no abarcar el tipo penal la conducta consistente en enlazar a páginas no autorizadas. La segunda, por cuanto no es uniforme en la jurisprudencia la consideración de los enlaces a obras protegidas o el intercambio P2P como una ilegalidad. Además, se ha encontrado obstáculos en la protección de datos. Por una parte, porque la Agencia Española de Protección de Datos, de forma discutible, ha considerado ilegal la recogida incontestada de datos de tráfico de direcciones IP por las entidades de gestión de derechos de autor. Por otra, porque requiere la identificación de los usuarios y la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones sólo prevé la posibilidad de instarla de los proveedores de acceso a través del juez penal en caso de delitos graves. Lo cierto es que a resultas de todo ello, puede decirse que la persecución jurídica de las descargas a través de sistemas P2P o la descarga o el visionado a través de enlaces se hace en la práctica muy compleja. Hay que apuntar, en todo caso, que en materia civil la reforma legal en materia de propiedad intelectual que se encuentra en curso, y sobre la que enseguida volveremos, prevé ya entre las diligencias preliminares civiles de la LEC la posibilidad de requerir, a petición del accionante, la identificación de los prestadores que infrinjan indiciariamente el derecho de propiedad intelectual, solicitud que el tribunal civil girará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad, que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de carácter económico con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar.

Las dificultades para luchar contra la piratería en la red no son sólo un problema español, por supuesto, sino mundial, pero hasta el momento, como ocurre con otros problemas que internet (como símbolo de la globalización) ha planteado no se ha alcanzado una solución común, ni siquiera a escala europea, aunque se trabaja en ello tanto a nivel mundial –el famoso Tratado ACTA– como comunitario. Algunos países, como Francia, acogieron por una solución gradual de advertencias y requerimientos, que finalizan con una desconexión forzosa de los usuarios que vulneran los derechos de autor. En España, se optó por otra solución (a mi juicio, más razonable) acogida en la modificación en 2011 del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), impulsada por el gobierno socialista, y en su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, aprobado por el gobierno conservador. De la insuficiencia de sus resultados es muestra que en la actualidad se encuentra en fase de información pública un Anteproyecto de ley de modificación de la LPI, que, entre otros, prevé una reforma de las previsiones que se comentan en la monografía que recensamos.

El dispositivo jurídico arbitrado consiste en la atribución a un órgano administrativo, la Comisión de la Propiedad Intelectual, constituida en el seno del Ministerio de Cultura pero interdepartamental, de la potestad para el restablecimiento de la “legalidad intelectual” frente a vulneraciones a través de internet. Se limita, pues, a las vulneraciones por este medio y es compatible con las demás vías (penal y civil). Su singularidad reside en que permite a la Administración actuar “siempre que el prestador, directa o indirectamente, actué con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial”.

El mecanismo es *sui generis* y plantea diversos retos dogmáticos que son analizados por el profesor RODRÍGUEZ PORTUGUÉS de forma rigurosa y sin huir de ninguna de las dificultades que encierran.

La primera peculiaridad es que no se trata de un procedimiento administrativo sancionador, pero por decisión legislativa se rige por los principios del artículo 135 de la LRJAP-Pac, que se refieren al procedimiento sancionador. Esta nota tiene la importante consecuencia de que cabe, pues, simultanearlo con la vía penal. Y que, además, cabría añadirle un sistema sancionador, que es una de las novedades propuestas por el Anteproyecto de ley de modificación de la LPI.

Una segunda peculiaridad consiste en que se prevé la intervención judicial en el curso de dicho procedimiento administrativo como garantía de determi-

nados derechos fundamentales de los afectados. Este fue uno de los aspectos más debatidos en la tramitación parlamentaria de la modificación de la LPI: ¿puede una ley atribuir a una autoridad administrativa la competencia para requerir a un tercero datos personales identificativos –en este caso, de los responsables de la puesta a disposición en internet de obras protegidas o de enlaces a dichas obras? ¿y para ordenar la retirada de contenidos no autorizados o la suspensión del acceso a los mismos? El acuerdo final al que se llegó entre los dos grupos parlamentarios mayoritarios fue el de establecer la necesidad de previa autorización judicial en ambos casos a través de un proceso “especialísimos” previstos en el artículo 122.bis.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJ). Más tarde volveremos sobre el tema de si es ésta la única solución compatible con la Constitución.

El profesor RODRÍGUEZ PORTUGUÉS destaca lo que llama “condicionantes constitucionales” en esta materia.

-El primero de ellos es cuál sea el derecho constitucional en juego en la tutela administrativa de la propiedad intelectual en internet. Considera que es el derecho de propiedad del artículo 33.1 y no la libertad de creación del artículo 20.1.b), tanto en general para la regulación de la propiedad intelectual cuanto, con más razón, para un procedimiento como el diseñado encaminado a la tutela de su contenido patrimonial, que se enmarcaría, de este modo en la “regulación del ejercicio” del derecho de propiedad (al que, por cierto, califica reiteradamente de “derecho fundamental”) *ex* artículo 53.1. Sin embargo, el RD 1889/2001 incumpliría, a su juicio, la reserva de ley al disponer que el cumplimiento voluntario de las órdenes de retirada de contenidos dictadas por la CPI implica un reconocimiento implícito de la vulneración de la propiedad intelectual, en la medida en que supondría una regulación reglamentaria de una materia jurídico-privada. También se extralimitaría al añadir que la solicitud de iniciación del procedimiento puede dirigirse contra los responsables de servicios de la sociedad de la información cuando se identifique el contenido ofrecido “o al que se facilite el acceso”, añadido éste respecto a la dicción legal, que sólo prevé que pueda exigirse a los intermediarios su colaboración para asegurar la eficacia de las medidas que se adopten, pero no dirigir contra ellos el procedimiento. El actual proyecto de reforma da ya cobertura legal a ambas determinaciones.

- El segundo de estos condicionantes constitucionales se refiere a la interesante cuestión de si la tutela administrativa de la propiedad intelectual en internet infringe el principio de separación de poderes y la reserva de jurisdicción establecida en el artículo 117.3 CE. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS pone

de relieve que nuestro ordenamiento viene a circunscribir dicha reserva a los supuestos de heterotutela, esto es, los casos en que por parte de la Administración hay un “desinterés objetivo”, mientras que la admite en los casos de “autotutela”. Conforme a este criterio, en la protección de los derechos económicos de autor habría reserva de jurisdicción, pero sin embargo, hace notar cómo el artículo 8.1 LSSI, tras su modificación coetánea con la aprobación de la “Ley Sinde”, incluye ahora entre los motivos que permiten ordenar la interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información, y junto al orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la salud pública, la protección de la juventud e infancia, etc., la tutela de la propiedad intelectual. Esto es, se ha “elevado” a bien público, conforme a la concepción de RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “la dimensión objetiva del derecho fundamental de propiedad intelectual”, y, con ello, se ha integrado su tutela en el mandato del artículo 9.2 CE para hacerlo efectivo, siendo proporcionado que se lleve a cabo por la Administración en la medida en que internet supone un desafío especial a su garantía que no pueden salvaguardar por sí sólo los tribunales. Ahora bien, aquí la gran cuestión jurídica y doctrinal, entiendo, queda por resolver: ¿permitiría, pues, la Constitución, un mecanismo de cierre de páginas web por orden administrativa sin necesidad de autorización judicial, a la vista de que la tutela de la propiedad intelectual se ha “elevado” al rango de bien público? ¿o, por el contrario, es la solución arbitrada la única que tiene encaje en nuestra Constitución? Creo que la respuesta queda en el aire en este trabajo. El profesor RODRÍGUEZ PORTUGUÉS se limita a apuntar que en nuestro Derecho hay una doble garantía judicial y poca discrecionalidad en la decisión administrativa, con exigencia de motivación y proporcionalidad.

- La tercera cuestión constitucional se refiere al reparto de competencias para la puesta en práctica del mecanismo analizado, que no ha dejado ningún papel a las Comunidades Autónomas. La reforma de la LPI se apoyó en el título del artículo 149.1.13<sup>a</sup> CE (“ordenación general de la economía”), mientras que su Real Decreto de desarrollo lo hace en el 149.1.9<sup>a</sup> (“legislación sobre propiedad intelectual”). El autor se esfuerza por encontrar una coherencia en estas invocaciones competenciales y considera que el título invocable debe ser el primero (por la mayor jerarquía de la ley) y que sería coherente con la finalidad del precepto que consiste en poner freno a la debacle de ventas y reordenar el mercado cultural, a partir de un enfoque público, y no privatista. Sin embargo, este meritorio esfuerzo doctrinal nos parece, en realidad, más sofisticado que la mente del propio legislador, y le lleva a hacer ciertos equilibrios conceptuales en mi opinión artificiosos. Considero que la invocación del artículo 149.1.13<sup>a</sup> tuvo como único “sentido” el dar la cobertura global a la

Ley de Economía Sostenible, una de cuyas adicionales llevó a cabo “aprovechando la ocasión” la reforma de la LPI que comentamos. Es por eso que el RD de desarrollo, centrado ya en esta medida e impulsado todo él por el Ministerio de Cultura, se apoya ya en su título lógico, el 149.1.9ª CE, y, aún más significativo, que en él se apoya también el Anteproyecto de reforma de la LPI ahora en curso que pretende modificar esta regulación. El propio RODRÍGUEZ PORTUGUÉS pone de relieve cómo el Tribunal Constitucional ha bendecido que el título de “legislación en materia de propiedad intelectual” pueda servir de apoyo para la reserva al Estado de facultades ejecutivas (en la STC 196/1997, respecto a la autorización de entidades de gestión) y lo justifica, como hace el propio RD 1889/2011, en la ineficacia de la “compartimentalización” en relación a una realidad, como internet, que no conoce fronteras. Así es y, en realidad, ello no hace más que poner de relieve la contradicción que todo ello supone con las competencias exclusivas en materia de ejecución de la legislación sobre propiedad intelectual que se reservan los Estatutos de Autonomía. Lo mismo podría predicarse, por lo demás, respecto de las fronteras estatales. Es una muestra más de los desafíos jurídicos de la globalización y de la necesidad de regulaciones mundiales que, de hecho, están en curso de elaboración.

A partir de estos condicionantes se construye la nueva potestad administrativa de salvaguarda de la propiedad intelectual en la sociedad de la información que RODRÍGUEZ PORTUGUÉS analiza en el resto de la obra.

Diversas cuestiones centrales se encuentran aún indeterminadas, como por ejemplo, si los titulares de páginas de enlace pueden considerarse prestadores de servicios de la sociedad de la información, o si teniendo en cuenta que no realizan una actividad económica, lo son los que participan en el sistema de intercambios P2P. El autor da mucha relevancia a esta cuestión porque a su juicio el sistema está construido sobre el requisito del ánimo de lucro. Quita importancia a la dicción legal, que habla de la actuación frente a una conducta que “directa o indirectamente” con “ánimo de lucro” o que “haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial”. A su juicio, englobaría a los que obtienen un lucro directo (pago por el usuario) o indirecto (publicidad), pero la disyuntiva “o” no tendría como sentido abarcar también a los que sin ánimo de lucro causan un perjuicio patrimonial (al que pone en internet un contenido sin autorización de su autor, sin obtener un ingreso económico a cambio), ya que en todo caso no se trataría de “prestadores de servicios de la sociedad de la información”. Sin embargo, no me parece tan evidente (cosa distinta es que se decida no actuar contra ellos). En cuanto a los intermediarios, los titulares de páginas de enlaces, considera que su actividad tampoco estaría



incluida, en la medida en que el 158.4 LPI habla de “responsables de servicios de la sociedad de la información”, y ellos no lo serían, lo que no quiere decir que del procedimiento no se pueda derivar su necesaria colaboración en la ejecución de medidas. En todo caso, no incluirían a los titulares de páginas de enlaces a redes P2P, en su opinión, de nuevo porque sus responsables no son prestadores de servicios de la sociedad de la información. El profesor RODRÍGUEZ PORTUGUÉS considera que ello es así por una excesiva vinculación del mecanismo arbitrado con los conceptos de la LSSI, que lo convierte en ineficaz. En esta línea, la reforma proyectada pretende ya incluir “en el ámbito de aplicación de este precepto, subsidiariamente y cuando se cumplan determinadas condiciones, a los prestadores de servicios que tengan como principal actividad facilitar de manera específica y masiva la localización de contenidos ofrecidos ilícitamente de manera notoria, en particular en los casos en los que ofrecen listados ordenados y clasificados de enlaces a tales contenidos ofrecidos ilícitamente de manera notoria, desarrollando a tal efecto una labor activa, específica y no neutral de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas de localización, pues dicha actividad constituye una explotación conforme al concepto general de derecho exclusivo de explotación establecido en la normativa de propiedad intelectual”. Lo anterior, sin embargo, no afecta a los buscadores generales como Google. Además, se prevé que en caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. En la adopción de las medidas de colaboración se dará prioridad a aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último recurso, en caso de ser ineficaces las demás medidas al alcance. A estos efectos, en el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo Registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

El contenido del artículo 158.4 consiste en habilitar a la CPI para declarar la vulneración y ordenar la retirada de los contenidos. De acuerdo con el artículo 11.1. LSSI, si fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, puede ordenarles que suspendan el correspondiente

servicio, lo que a su juicio y aunque no esté claro en la norma incluiría a los sitios de enlaces. Se plantea al respecto si sería necesario que estos poderes le fueran atribuidos a una Administración independiente (a semejanza de la AEPD), y concluye en la negativa, dado que no lo exige la índole de un derecho, como es el de propiedad intelectual, que (a diferencia del derecho a la protección de datos) sólo marginalmente sufre riesgos de vulneración por la propia Administración. Estoy de acuerdo.

Cuestiones muy interesantes plantea el procedimiento previsto. Considera RODRÍGUEZ PORTUGUÉS que se trata de un procedimiento iniciado de oficio y ello pese a que según 158.4 LPI “se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos”. A partir de esta solicitud, se instruye una fase preliminar para determinar la solidez de la denuncia y la existencia de indicios de infracción que puedan fundamentar la iniciación. Esa solicitud de iniciación convierte al solicitante (autores o sociedades de gestión de los derechos de autor) en interesado, no en mero denunciante. El procedimiento se rige por los principios del artículo 135 LRJAP-PAC, pese a lo cual el autor apunta que no es un procedimiento sancionador, pues está sólo encaminado al restablecimiento de la legalidad. Además, la norma prevé que si en tres meses tras la solicitud de iniciación, ésta no se acuerda se produce el silencio negativo que faculta al titular del derecho a recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El autor considera que debería proceder en su lugar la caducidad según las reglas de la LPA. Y apunta que “podría quizá defenderse una aplicación integradora de los artículos 44 LAP y 158.4 TRLPI en el sentido de entender que lo que se produce, cuando la Sección Segunda incumpla el plazo máximo para resolver y notificar, es un silencio administrativo y, simultáneamente, una caducidad del procedimiento. De esta forma, el titular de los derechos de propiedad intelectual podría acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en busca de la tutela que la Administración le niega; pero –al mismo tiempo– los prestadores de servicios afectados no tendrían por qué temer una resolución extemporánea, pues para la Administración se habrá producido la caducidad del procedimiento, debiendo a lo sumo declarar dicha caducidad con el archivo de las actuaciones”. Esta línea parece seguir la reforma proyectada, que señala que “*La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud y de caducidad del procedimiento*”. A mi juicio, se trata de un modelo peculiar construido a imagen y semejanza de los delitos que sólo pueden perseguirse e instancia de parte, como, por cierto, lo son los delitos contra la propiedad intelectual regulados en nuestro Código Penal.

Lo más debatido de la “Ley Sinde” fue la atribución a una autoridad administrativa de la potestad para ordenar el cierre de páginas web, lo que se til-

dó de “censura de la libertad de expresión” de internet, y, en relación con la identificación de los responsables, de “atentado contra la intimidad, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones”. Todo ello motivó que finalmente los dos grupos parlamentarios acordaran prever la intervención judicial en dos momentos. El primero en caso de ser necesario determinar la identidad de los responsables de la presunta infracción. En este caso, el Juzgado Central examina si hay indicios de vulneración y si los datos que se piden son necesarios. El segundo consiste en la autorización de la orden de bloqueo de contenidos o cierre de páginas web cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución, que, en realidad, y como apunta RODRÍGUEZ PORTUGUÉS con una valoración favorable, es siempre preceptiva, según el 158.4 LPI, y no sólo cuando la CPI considere que puede afectar a estos derechos. En este caso, el control judicial se refiere a si la medida afecta o no a las libertades del 20 CE. Se trata, en ambos casos, a mi juicio, de dos preceptos cuestionables en su redacción, puesto que considero que la ley – como por lo demás hacía el proyecto legislativo original– bien podría habilitar a la Administración para requerir esos datos sin intervención judicial (como ocurre en otros sectores no “virtuales”, que conocen de obligaciones de identificación de terceros y de medidas administrativas de decomiso de productos ilegales). En mi opinión, con carácter general y pensando en las páginas dedicadas al enlace y el albergue de contenidos audiovisuales “piratas”, no está en juego ni el derecho al secreto de las comunicaciones ni la libertad de expresión. Y, de hecho, los comentarios o valoraciones de estos productos (películas, canciones, series) que dichas páginas han comenzado a introducir para burlar la ley son más bien la prueba de ello. Basta en estos casos con ordenar la retirada o bloqueo del acceso al contenido en sí, y no a los comentarios que lo acompañan. La tarea que esta intervención judicial impone ahora a la jurisdicción, por mucho que sirviera para aplacar al “monstruo” de la supuesta “libertad para acceder gratis a contenidos culturales”, no acabará por contentarle y sí contribuirá al atasco judicial.

En todo caso, la suspensión del servicio de intermediación es subsidiaria respecto del cumplimiento voluntario (advírtase, no de la ejecución forzosa) por el responsable de las medidas contenidas en la resolución. Es preciso que sea autorizada judicialmente. Si transcurren setenta y dos horas desde la orden y los intermediarios no la han ejecutado la CPI puede ejecutarla forzosamente y aplicarles sanciones al amparo del 38.2.b) LSSI que tacha estos incumplimientos de infracción muy grave, con multa de entre 150.001 y 600.000 euros. Si hay reiteración puede prohibirse la actividad por plazo máximo de dos años. La infracción, al ser continuada, no prescribe. Esta posibilidad es especial-

mente relevante respecto de las páginas de enlaces, a las que civil y penalmente no resulta factible perseguir, pero sí sancionar administrativamente. El otro efecto de la resolución CPI es que desde su dictado se entiende que el prestador del servicio de intermediación tiene conocimiento efectivo de la ilicitud a los efectos de la LSSI y a partir de dicha constatación los titulares de los derechos pueden ejercer acciones civiles de la LPI contra ellos, como dispone el 138.3 LPI. Obsérvese que, por el contrario, los responsables no incurrir en infracción alguna. La reforma proyectada pretende, como afirma su exposición de motivos, concentrar las capacidades y recursos de la Comisión de Propiedad Intelectual en la persecución de aquellos grandes infractores que causan daños significativos, cuantitativa o cualitativamente, a los derechos de propiedad intelectual. Para ello, se dota a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual de mecanismos más eficaces de reacción frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada que le sean dirigidos por aquélla, incluyendo la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de de pagos electrónicos y de publicidad y previendo que el bloqueo técnico únicamente se aplicará como medida de último recurso. Asimismo, se prevé que en caso de incumplimiento reiterado de tales requerimientos de retirada la CPI pueda sancionar administrativamente al prestador con multas de hasta 300.000 euros y en su caso publicidad de la resolución sancionadora, cese de actividades o bloqueo del acceso por un máximo de un año.

Como puede comprobarse, toda una serie de complejas cuestiones jurídicas que ponen, en buena medida, sobre la mesa, las dificultades de regular con esquemas tradicionales y nacionales una realidad global y tecnológica.

Emilio Guichot  
Profesor titular de Derecho Administrativo.  
Universidad de Sevilla

# BIBLIOGRAFÍA



## Bibliografía sobre derecho autonómico enero – abril 2013

- AA.VV.: *El Derecho del Patrimonio Histórico e Instituciones Culturales en Andalucía* (Coords. José María Pérez Monguió y Severiano Fernández Ramos), Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2013. ISBN: 978-84-8333-599-4.
- AA.VV.: *Derecho local de Castilla-La Mancha* (Dir. Francisco Delgado Piqueras), Ed. Iustel, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9890-228-0.
- AA.VV.: *Energía y tributación ambiental* (Coords. Eloy Álvarez Pelegry y Macarena Larrea Basterra), Ed. Marcial Pons. Instituto Vasco de Competitividad. Fundación Deusto, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-1566-428-4.
- AA.VV.: *La cuestión catalana, hoy*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9273-712-3.
- AA.VV.: *Derecho local de Navarra* (Dir. Martín María Razquin Lizarraga), Ed. Iustel, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9890-227-3.
- AA.VV.: *La ciudadanía autonómica en el exterior. Comunidades Autónomas y emigración* (Editora Cristina Pauner Chulvi), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-442-3.
- AA.VV.: *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático: experiencias comparadas y el caso de Madrid* (Dir. Ángel Menéndez Rexach; Coords. Ana de Marcos Fernández y Zaida López Cárcamo), Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9020-124-4.
- ÁLVAREZ CONDE, E.; GARCÍA-MONCÓ, A.; TUR AUSINA, R.: *Derecho autonómico*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-3095-731-6.
- BAIRATI, L.: *La Intervención de las Comunidades Autónomas y de las Regiones Italianas en Transposición de las Directivas Europeas. El Caso de la Certificación Energética de los Edificios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013. ISBN: 978-84-9014-398-8.

- BOTO, A.: *El enigma de la descentralización funcional. La utilidad de otros modelos en la reforma de la Administración española*, Ed. Erasmus, Barcelona, 2013. ISBN: 978-84-1546-209-5.
- CORCHERO, S.; CORCHERO, M.: *Guía práctica de planeamiento y gestión urbanística de Extremadura*, Ed. Iustel, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9890-226-6.
- FERNÁNDEZ TABALES, A.; CRUZ MAZO, E. C.: *Sector de la construcción y desarrollo territorial en Andalucía*, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2013. ISBN: 978-84-4721-448-8.
- GATÓN PÉREZ DE ALBÉNIZ, J.; TEJERINA GONZÁLEZ, J.I.; HEREDERO BERZOSA, I.: *Manual de ordenación urbanística de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2013. ISBN: 978-84-7777-404-4.
- MANTECA VALDELANDE, V.: *Práctica profesional de la Administración Pública. Estatal, Autonómica y Local*, Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-7052-651-0.
- MANZANA LAGUARDA, R. S.: *La nueva función pública. Una injustificable demora. Especial referencia a la Ley valenciana 10/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-524-6.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P., *Régimen jurídico de las energías renovables en Andalucía*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública-RCA, Sevilla, 2013. ISBN: 978-84-9396-412-2.
- PÉREZ GABALDÓN, M.: *La gestión intergubernamental de la política de cambio climático en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013. ISBN: 978-84-9014-377-3.
- RALLO LOMBARTE, A.; GARCÍA MAHAMUT, R.; BLASCO DÍAZ, J.L.; PAUNER CHULVI, C.; TOMÁS MALLÉN, B.: *Derecho público de la Comunitat Valenciana*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9004-844-3.
- TOLEDO PICAZO, A.: *Licencias y disciplina urbanística. Restablecimiento y sanción administrativa de las vulneraciones en el ámbito estatal y autonómico*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013. ISBN: 978-84-9790-303-5.

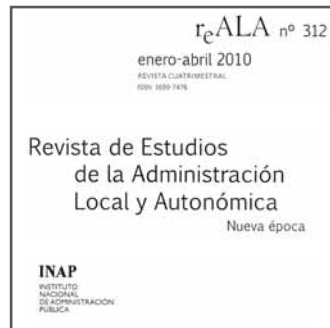


TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *Derecho urbanístico de Cataluña*, cuarta edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2013. ISBN: 978-84-1569-015-3.

ZORNOZA GALLEGO, C.: *Crecimiento urbanístico en la zona costera de la Comunidad Valenciana (1978-2009). Análisis y perspectivas de futuro*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-3709-070-2.

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
-------------------------------	-----

---

IAAP