

# Administración de Andalucía

## Revista Andaluza de Administración Pública

■ 87/2013

Sep.-Dicbre.

### ESTUDIOS

*José Luis Meilán Gil*

La buena Administración como institución jurídica

*Juan Alfonso Santamaría Pastor*

El contencioso de la Unidad de Mercado

*Joan Rídao Martín/Alfonso García Martínez*

La precaria viabilidad de determinadas concesiones de autopistas de peaje en España. Lecciones estructurales para el modelo de colaboración público-privada y una propuesta de solución coyuntural

*Carlos Mingorance Martín*

Energías renovables y riesgo regulatorio: Los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales

### JURISPRUDENCIA

#### Comentarios de Jurisprudencia

Sentencia de 17 de octubre de 2013 dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

*Helena García Rodríguez/Mónica Ortiz Sánchez*

#### Notas de Jurisprudencia

#### CRÓNICA PARLAMENTARIA

El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma de la Administración Local

*Manuel Medina Guerrero*

#### DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Aspectos jurídicos del precio del agua

*Luis Enrique Flores Domínguez*

La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos: tres apuntes y un problema

*Manuel Andrés Navarro Atienza*

#### RESEÑA LEGISLATIVA

#### NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: Las competencias sobre servicios sociales en Andalucía tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local

#### 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 87**

**Septiembre-Diciembre 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.*

Camacho González, Fco. Javier. *Director General de Administración Local. 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.*

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

Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*

Ortiz Díaz, José. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

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

Vallés Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*

Víboras Jiménez, José Antonio. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*

## Director:

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

## Secretaria:

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

## Consejo de Redacción:

Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo (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 Luis Meilán Gil</i> La buena Administración como institución jurídica	13
<i>Juan Alfonso Santamaría Pastor</i> El contencioso de la Unidad de Mercado	51
<i>Joan Ridao Martín</i> <i>Alfonso García Martínez</i> La precaria viabilidad de determinadas concesiones de autopistas de peaje en España. Lecciones estructurales para el modelo de colaboración público-privada y una propuesta de solución coyuntural	95
<i>Carlos Mingorance Martín</i> Energías renovables y riesgo regulatorio: Los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales	137

---

## JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
Responsabilidad patrimonial por accidente acaecido en un yacimiento arqueológico. Comentario a la Sentencia de 17 de octubre de 2013 dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. <i>(Helena García Rodríguez)</i> <i>(Mónica Ortiz Sánchez)</i>	189
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>	201

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>	263

---

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

El recurso de inconstitucionalidad contra la ley de reforma de la administración local <i>(Manuel Medina Guerrero)</i>	289
--	-----

---

## DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Aspectos jurídicos del precio del agua <i>(Luis Enrique Flores Domínguez)</i>	303
La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos: tres apuntes y un problema <i>(Manuel Andrés Navarro Atienza)</i>	323

# RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de las Unión Europea <i>(Lucía Millán Moro)</i>	347
Crónica normativa de la Junta de Andalucía <i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	397
Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	405

---

# NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

<b>INFORME:</b> Las competencias sobre servicios sociales en Andalucía tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	409
--	-----

---

# NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	417
------------------------------	-----

# RECENSIONES

PALMA FERNÁNDEZ, J.L., *Derecho Administrativo Agrario*,  
Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente,  
Madrid, 2013  
(Antonio Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz) 427

ÁVILA RODRÍGUEZ, C., *La tutela parlamentaria de la buena  
Administración. Perspectiva Estatal y Autonómica de los Comisionados  
Parlamentarios*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, 359 pags.  
(M<sup>a</sup> Isabel López García) 429

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Dir.), PÉREZ GUERRA, R.  
(Coord.) et al, *Manual de Derecho Administrativo del  
Sector Turístico*, Tecnos, 2013, 224 pp.  
(Alejandro Román Márquez) 432

---

# BIBLIOGRAFÍA

**BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO**  
(Javier E. Quesada Lumbreras) 437

# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

## 1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

La *Revista Andaluza de Administración Pública* publica trabajos originales sobre Derecho Administrativo y Administración Pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del Derecho y de las instituciones autonómicas.

## 2. ENVÍO DE ORIGINALES

Los trabajos deberán ser originales e inéditos. Se enviarán por correo electrónico a las direcciones raap@us.es o barrero@us.es o en papel, acompañados, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaria de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

## 3. NORMAS DE EDICIÓN

**a) Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Su extensión total no deberá superar las 40 páginas.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo electrónico y ordinario y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves –de 3 a 5– en cada idioma.

Los originales deberán incluir al principio un Sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

### I. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

#### 1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas.

B. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal.

a). *Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas.*

**b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. Ejemplo: MORELL OCAÑA, Luis (2003): 87.

**c) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título “Bibliografía”.

#### **4. PROCESO DE PUBLICACIÓN**

La *Revista Andaluza de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el método ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

#### **5. COPYRIGHT**

El autor o los autores ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS





# La buena administración como institución jurídica

*José Luis Meilán Gil*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Miembro de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación  
Ex Consejero de Estado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA IDEA DE BUEN GOBIERNO. 1. La justificación del poder público. 2. Identificación entre gobierno y administración. 3. Diferenciación entre buen gobierno y administración. III. LA BUENA ADMINISTRACIÓN. 1. Administración Pública y administración privada: excursio. 2. La “buena administración”, como principio jurídico. 3. La “buena administración” como derecho fundamental. 4. La insuficiencia de la perspectiva garantista de la buena administración. 5. Eficacia jurídica de principios programáticos. 6. El Defensor del Pueblo y la mala administración. 7. Actualidad de la transparencia para la buena administración. IV. EPÍLOGO SOBRE ÉTICA Y ADMINISTRACIÓN

## RESUMEN:

El presente estudio supone una reflexión actual sobre el principio de “buena administración”. Se distingue del concepto de “buen gobierno”, que tiene un alto componente político, en la medida en que la “buena administración” se configura alrededor de un contenido jurídico, que debe ser rellenado (y así lo ha sido trabajosamente) por la jurisprudencia y las leyes. Se analizan las huellas que diferentes elementos asociados a la buena administración han ido dejando en la jurisprudencia española y comunitaria (eficiencia, eficacia, motivación, buena actuación contractual o de selección funcionarial, sometimiento al Derecho, etc.). También la correcta organización administrativa es parte no desdeñable del concepto, aunque el Derecho administrativo le ha prestado escasa atención (centrado como ha estado, desde su configuración inicial, en el estudio de las patologías, esto es, del control contencioso-administrativo). En el Tratado de Lisboa ha quedado consagrado en uno de los derechos de la Carta de Derechos fundamentales de la UE, de la que se sigue su acuñación como “derecho fundamental”

en nuestro ordenamiento, con consecuencias importantes a todos los efectos. También se analiza su relación con la transparencia en la Ley 19/2013, de Transparencia administrativa. Aunque el principio de buena administración no debe tener un sesgo moralizante, al estar la Administración compuesta por funcionarios, es deseable que éstos tiendan a la virtud (Sto. Tomás de Aquino), lo que excede, paradójicamente, de lo puramente jurídico.

**PALABRAS CLAVE:**

Buena administración; buen gobierno; ética y Administración

**ABSTRACT**

This study is a nowadays reflection on the principle of “good administration”. It differs from the concept of “good governance”, which has a high political component, to the extent that “good administration “ is set around a legal content, which must be filled out (and it has been laboriously) by the case-law and Parliament. We analyze the footprints that different elements associated with good administration have been leaving in Spanish and EU jurisprudence (efficiency, effectiveness, motivation, good contractual performance or good civil service selection, rule of law, and so on... ). Also the sound administrative organization is non-negligible part of the concept, although the Administrative Law has paid little attention to it (focused, from its initial configuration, in the study of administrative “diseases”, that is, the judicial control of the Administration). In the Treaty of Lisbon the right to a good administration has been recognized as one of the rights of the Charter of Fundamental Rights of the EU, with important consequences for all purposes. We also discuss his relationship with transparency as recognized in Spanish Act 19/2013, on Administrative Transparency. Although the principle of good administration should not have a moralistic bias, being composed the Administration by officials, it is desirable that they tend to virtue (St. Thomas Aquino), which exceeds paradoxically, the purely legal.

**KEY WORDS:**

Good administration; good governance; ethics and Administration

## I. PLANTEAMIENTO

Se habla afortunadamente con frecuencia de la “buena administración”. La expresión se ha introducido al máximo nivel del ordenamiento jurídico de la Unión Europea al figurar en la Carta europea de derechos fundamentales elevada al rango de tratado por el de Lisboa, figura, al menos como principio en ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y es citada en los fundamentos jurídicos de sentencias de tribunales ante los cuales puede ser invocada. No es so-

lo una laudable preocupación doctrinal, ni un principio no exento de alegoría que trate de “dotar de alma a la Administración”<sup>1</sup> ni, por tanto, un asunto que resida completamente extra muros del Derecho<sup>2</sup>.

Es una obviedad sostener que en este tema hay implicaciones varias: de carácter sociológico, económico, político, ético, además del jurídico. Sucede también, sin que sea ahora cuestión de medir en qué proporciones, con el propio Derecho. Desde siempre lo he considerado como un fenómeno cultural, tomando la expresión en un sentido amplio. No se entienden de un modo cabal sus categorías sin tener en cuenta el contexto, incluida la historia; pero al construirlas y explicarlas no deberían mezclarse las diferentes perspectivas.

La “buena administración” puede ser expuesta utilizando indiscriminadamente todas esas perspectivas y, es posible que con ello se preste un gran servicio a la sociedad, pero no tanto al Derecho administrativo que tiene sus propias reglas y ámbito como ciencia. Sucede en este caso como con otros asuntos de gran actualidad como la corrupción. Por ello aquí se pregunta qué es o puede suponer la “buena administración” para el Derecho administrativo. Desde el Derecho no se asegura aquella en su integridad. La tarea de administrar se lleva a cabo por personas. Ni siquiera la tipificación de delitos y las correspondientes penas, ni de las infracciones y sanciones bastan, aunque puedan ayudar, a que los comportamientos correspondan al arquetipo de la “buena administración”; ni se asegura plenamente con el cumplimiento de lo establecido en el ordenamiento jurídico, trátase de preceptos o principios. La “buena cara” que pone un funcionario en su atención al ciudadano forma parte de la “buena administración”, y tendrá su raíz en convicciones de educación o de ética que, se corresponden con el carácter de servidor público que, por otra parte, tiene su anclaje en la Constitución y en las leyes.

Se pretende, por tanto, abordar la “buena administración” desde la perspectiva del Derecho administrativo. Qué sentido tiene; cuál es su ámbito; qué consecuencias se derivan de su reconocimiento jurídico. Esa inserción en el Derecho

---

<sup>1</sup> J. TORNOS MAS, “El principio de la buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. I, Gobierno de Aragón, Cortes de Aragón, 2008, pp. 829 y ss.

<sup>2</sup> A su exposición, análisis y divulgación se ha dedicado con particular empeño el profesor J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, expresión de un autocalificado “pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario” del que pueden citarse *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006 y *Dereito fundamental à Boa Administração Pública*, Forum, Belo Horizonte, 2012.

proporciona una indudable garantía para que sea efectiva, más allá de proclamas y buenos deseos. Por seguir con el ejemplo de la corrupción, en el ámbito contractual de la Administración el Derecho puede combatirla regulando de una manera adecuada el *iter* que conduce hasta la selección del contratista y la adjudicación del contrato y, en favor de los mismos principios de igualdad, no discriminación y transparencia, impidiendo la prerrogativa de la Administración para la modificación del contrato<sup>3</sup>.

Dentro del ámbito de la “buena administración” en la Unión Europea lo decisivo para reconocer el derecho de los interesados a tener acceso a los documentos que posean la Comisión y el Consejo, antes de elevarlo al nivel de fundamental, no fue un Código de buena conducta<sup>4</sup>, sino la Decisión adoptada posteriormente<sup>5</sup>. La intención moralizadora de obligar a resolver expresamente, por ejemplo, resulta insuficiente desde una buena administración; debería generar, cuando menos, responsabilidad del funcionario.<sup>6</sup> Todo ayuda, pero convertir la “buena administración”, con lo que ello comporta, en un derecho colabora a que sea efectiva.

El propio enunciado de la “buena administración” proporciona un cierto equívoco, según que se exprese ortográficamente con minúsculas o con mayúsculas, que remite a la propia concepción del Derecho administrativo, dentro de lo que puede considerarse Derecho del Estado, al que pertenece también el Derecho constitucional. No parece necesario insistir en que el Derecho administrativo ha de hundir sus raíces en la Constitución, lo que me ha permitido hablar tempranamente de un Derecho administrativo constitucional, no solo como “Derecho constitucional concretizado”, sino también por su virtud constitucionalizante<sup>7</sup>; pero quizá no sea superfluo aludir a que la “buena administración” se

---

<sup>3</sup> Cfr. J.L.MEILÁN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *RAP*, 191, 2013.

<sup>4</sup> Sobre el *soft law* que preparó el acuerdo de Niza cfr. B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, pp. 89 y ss. El Código de buena conducta administrativa de 2001, del Defensor del Pueblo europeo tenía como objetivo “concretar en la práctica lo que significa el derecho a una buena administración establecido en la Carta”.

<sup>5</sup> Cfr. STJE 2007/730 de 27 de noviembre, asunto Athanasios Pitsionis /BCE. El Código de conducta sobre principios para acceso de documentos en su poder preveía que el público tendrá el mayor acceso a los documentos que posean la Comisión y el Consejo. La Decisión es 93/731. Su vulneración fue el objeto del recurso.

<sup>6</sup> El Real Decreto-Ley 4/2012 considera el silencio administrativo en él contemplado como falta muy grave del funcionario. Cfr. J.L.MEILÁN GIL “El silencio de la Administración”, *Anuario da Facultade de Dereito. Universidade da Coruña*, 2012.

<sup>7</sup> Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, pp 22-23

comprende mejor desde una concepción del Derecho administrativo que no se construya como el Derecho de la Administración, como ha venido sosteniendo una dominante dirección doctrinal<sup>8</sup> y que se encuentra también en la brillante idea de “un derecho *del poder para* la libertad. Y esto, se dice, porque hace posible ésta mediante el condicionamiento o limitación de aquél”<sup>9</sup>. Responden a la construcción propia del Estado liberal – Hauriou es una muestra- con una clara y plausible intención de someter el Poder a control -el recurso por *exces du pouvoir* es significativo- y, como habrá ocasión de subrayar, en esas construcciones queda oscurecido el carácter servicial de la Administración, forzada la inclusión de las prestaciones propias del Estado social, difuminado el fundamento de los derechos fundamentales y la libertades públicas reconocidos constitucionalmente, y no consideradas las consecuencias de la definición constitucional del Estado como democrático. Resulta reduccionista ante la asunción del Estado social y democrático de Derecho que no es del caso desarrollar<sup>10</sup>

En 1967, por el contrario, puse el acento en la toma en consideración de los intereses colectivos y hablé de su “regulación y gestión subordinada”<sup>11</sup>, expresión, que, salvo el cambio de intereses colectivos por generales, ha quedado en el artículo 103 de la CE, en cuya redacción intervine, que no figuraba en el anteproyecto: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales...”<sup>12</sup>. La Administración está sometida al Derecho, no solo a la ley como ha sostenido una tradicional concepción del Derecho administrativo. Es poder, pero vicarial; sirve, pero no determina los intereses generales, ni es titular de ellos. Su fin es ha-

<sup>8</sup> Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto persona. Un Derecho estatutario hecho de un equilibrio entre privilegios y garantías. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho administrativo*, 6ª ed. t.I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 38 y ss.

<sup>9</sup> F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, Eunsa, Pamplona, 2ª ed. 1993, p. 424.

<sup>10</sup> La originalidad de ese enunciado constitucional “no radica en los términos que contiene tomados cada uno de ellos aisladamente... ni tampoco en una simple agregación o yuxtaposición... sino... en la integración de los tres términos en una totalidad conceptual... vinculados entre sí” Cfr. M. GARCÍA PELAYO, “El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española”, *Obras Completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 1663-64. Sobre la superación del postulado clásico además de la bibliografía citada en nota anterior y posterior cfr. J.L.MEILÁN GIL, *Contestación al discurso de J. L. CARRO FERNÁNDEZ- VALMAYOR, Ley y Administración Pública. Un ensayo dogmático sobre la potestad administrativa de la Administración*, Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2012.

<sup>11</sup> Cfr. J.L. MEILÁN GIL, *El proceso de la definición del Derecho administrativo ENAP*, Madrid, 1967, pp. 84-85

<sup>12</sup> Cfr. J.L. MEILÁN GIL, *Categorías...* pp. 182-183.

<sup>13</sup> En ese sentido STS de 27 de marzo de 1986, citada en mi *Prólogo* al libro de J. RODRÍGUEZ-ARANA *La suspensión del acto administrativo en vía de recurso*, Montecorvo, Madrid, 1986. El fundamento constitucional se encuentra en el citado artículo 103 que alude al principio de eficacia.

cerlos efectivos<sup>13</sup> o garantizar su efectividad en el caso de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que son el “núcleo duro”, irreductible, de los intereses generales.<sup>14</sup>

Sostenía entonces un concepto material, *ratione materiae*, para referirme a lo administrativo, más que a un criterio formal o personal de la Administración y a los ejemplos puestos entonces pueden añadirse hoy que puede hablarse de Derecho administrativo aunque el poder de donde emane la actividad sea diferente de la Administración Pública (legislativo, judicial... ). Para acoger esta realidad algún autor ha debido modificar su definición inicial<sup>15</sup>. Es, de otra parte, la que domina en el Derecho comunitario a la hora de definir quién es poder adjudicador en los contratos públicos<sup>16</sup> y se constata en el Texto refundido de los contratos del sector público que engloba entidades que no son Administraciones públicas, por citar solo un ejemplo.

En hacer efectivos los intereses generales que le vienen predeterminados a la Administración, por iniciativa del Gobierno y el aval del Parlamento radica la “buena administración”<sup>17</sup>. No es un estándar uniforme y fijo, acentuada esa posible variación por la alternancia en el Poder propia de un Estado democrático y en el caso de los derechos fundamentales vinculada a la voluntad constituyente. Desde esa perspectiva la “buena administración” no responde a bienintencionados principios de Ciencia de la Administración, sino a postulados con fuerza jurídica en un Derecho administrativo acorde con el progreso tecnológico y los requerimientos de la profundización democrática.

Desde la concepción del Derecho administrativo antes adelantada, con referencia al servicio a los intereses generales, en los que se incluyen los derechos fundamentales de la persona, se comprende mejor la “buena administración”. Es un servicio a los ciudadanos, no el magnánimo ejercicio de una prerrogativa en re-

---

<sup>14</sup> De su efectividad habla el artículo 9,2 de la CE. Cfr. J.L. MEILÁN GIL, “Administración Pública, intereses generales e interés público”, en *Categorías...* pp. 184 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol I. 11ª ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 113.

<sup>16</sup> STJCE de 20 de septiembre de 1998, asunto 31/87, Gebroeders Beentjes BV/ Estado de los Países Bajos, que tomó para ello como punto de partida que la noción de Estado debe ser objeto de una interpretación funcional.

<sup>17</sup> Por esa tesis se pronuncia J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 156 y ss con cita en el mismo sentido de BASSOLS COMA. Para TORNOS, *op. cit.* p. 829 la buena administración “exige algo más que el servir de forma objetiva a los intereses generales”.

lación con los “administrados”, expresión que he evitado siempre. En último término, ese carácter servicial, orgullo de una plausible tradición que no debería desaparecer o infravalorarse, la del *civil Service* o de los servidores públicos, ínsita en la idea del servicio público prestacional, responde en los constitucionalismos actuales de Estados democráticos a la importancia de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes... fundamento del orden político y de la paz social, en la expresión del artículo 10 de la CE, una norma jurídica y no un ramillete de proclamas políticas o de exhortaciones éticas.

Desde esa perspectiva se comprende que el acto administrativo como imposición unilateral, resultado del ejercicio de una potestad, ceda posiciones no solo en favor de la prioridad de los derechos fundamentales, sino en el terreno de autorizaciones previas<sup>18</sup> La pérdida de poder no tiene por qué suponer una apropiación de competencias públicas por la sociedad<sup>19</sup>, sino el reconocimiento del protagonismo de la sociedad<sup>20</sup> que implica un cambio en la manera de ejercer la Administración pública su función, de acuerdo con un Estado no solo de Derecho y social, sino también democrático y de derechos fundamentales que se imponen a los poderes públicos incluido el legislativo<sup>21</sup>.

El adjetivo “buena” referido a la administración como actividad, más que como estructura y organización, posee consciente o inconscientemente una connotación ética<sup>22</sup>. En esa dirección podría llegar a concluirse que lo ético en la Administración pública coincide con el cumplimiento del fin que justifica su existencia, en la realización del Derecho, teniendo en cuenta que se trata de una actividad humana. Solo las personas son responsables éticamente. Derecho y ética no se confunden. Aun no siendo coincidentes, no son completamente ajenos, sin caer en extremos de teocracia jurídica o de relativismo positivista, que de todo ha habido en la historia o de un modo menos contundente, sin utilizar lo moral para explicar actuaciones que pueden ser explicadas por lo jurídico, como se ha hecho en relación con la desviación de poder.

---

<sup>18</sup> Cfr. J.L. MEILÁN GIL, “Sobre la revisión del carácter instrumental del acto administrativo”, *Revista andaluza de Administración Pública*, 84, 2012.

<sup>19</sup> En sentido opuesto, J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y Sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

<sup>20</sup> La protección del medio ambiente ofrece testimonios varios. Por ejemplo, Reglamento 66/2010 del Parlamento y Consejo de la U E sobre el uso voluntario de la etiqueta ecológica.

<sup>21</sup> Sobre la introducción de los derechos fundamentales de la persona en el ordenamiento jurídico español, por una enmienda de mi autoría a la Ley para la reforma política de 1977, cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Categorías jurídicas...* pp. 184-186.

<sup>22</sup> Amplia y brillantemente en J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La dimensión ética de la función pública*, INAP, Madrid, 2013. ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, *Relexoes sobre Direito administrativo*. Forum, Belo Horizonte, 2009.

Aunque la realización del Derecho que concierne a la Administración no agote el alcance de la dimensión ética de la actuación de sus autores, en gran medida el comportamiento conforme a Derecho es síntoma de comportamiento ético. Forma parte de la profesionalidad exigida a los servidores públicos y de ahí la importancia de una continua formación. Pero “la buena administración”, no queda reducida al buen comportamiento de las personas; es también aplicable a la Administración como organización a la que es muy forzado atribuir una calificación ética, aunque puede hablarse de estructuras “inmorales”.

El Derecho, en su conjunto, tiene sus limitaciones. Puede y debe orientar y dirigir y estimular el buen hacer y también castigar y disuadir, por tanto, de comportamientos indebidos así como disponer de modo que sean difíciles de llevarse a cabo, haciendo transparente la actuación pública. Las claves para una actuación ética en la Administración Pública habrá que encontrarlas no pocas veces fuera de ese ámbito. Y en todo caso, es indispensable la colaboración de una conciencia social que estimule la “buena administración”.

Con frecuencia la buena administración es acompañada por el buen gobierno y en ocasiones se identifican. En ese sentido se habla de Administración Bush o Administración Obama. A estas alturas de la historia pueden deslindarse ambos conceptos. Las políticas públicas son definidas por el Gobierno o a su iniciativa, incluso ocupando el espacio de la ley cuando tiene mayoría absoluta en el Parlamento y opera mediante Decretos-Leyes. A la Administración incumbe ejecutarlas, aunque también el propio Gobierno puede administrar.

La “buena administración” implica que la Administración realice su cometido de modo adecuado a la política diseñada. El gobierno puede acordar una política de obras públicas. La ejecución se concretará en la suscripción de contratos entre la Administración y los particulares. Una defectuosa preparación de los pliegos de cláusulas administrativas revelaría una mala administración. La contratación pública se convierte en un medio para la realización de políticas públicas<sup>23</sup>, como es ya paradigmático en la UE para hacer efectivo la sostenibilidad del medio ambiente como reconocimiento de la solidaridad intergeneracional, que ha propiciado la expresión de *Green public procurement*<sup>24</sup> u otros objetivos políticos o sociales<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “Las prerrogativas...”

<sup>24</sup> Cfr. J. PERNAS GARCÍA, *Contratación pública verde*, la Ley, Madrid, 2011. Se trata, en definitiva, de “todos –con una proyección de futuro– tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo” (artículo 45 de la CE).

<sup>25</sup> Cfr. J. PERNAS GARCÍA (Coord.) *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuter Aranzadi, 2013.

El deslinde de gobierno y administración no siempre es fácil. El artículo 97 de la CE expresa, no obstante, con claridad que “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar”. La Administración no formula las políticas públicas y se desnaturaliza su función si se politiza contaminándose de la alternancia en el Gobierno, porque sería proclive a no actuar con la imparcialidad constitucionalmente requerida (artículo 103,3 de la CE).

Aunque sea relativamente reciente la utilización de la “buena administración” cuenta detrás con una larga historia.

## II. LA IDEA DE BUEN GOBIERNO

### 1. La justificación del poder público.

La justificación del poder público se ha formulado de varias maneras y con diferentes nombres a lo largo de la historia, a la que va asociada una amplia lista de ilustres pensadores de cita innecesaria. Tiene que ver con los fines que se propone la organización política. Dicho de una manera rápida, con técnica impresionista, el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles (“*eudamonia*”) y Tomás de Aquino (*virtus*)<sup>26</sup>, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la Ilustración<sup>27</sup> y el Despotismo ilustrado —“Mi dolor, dirá el emperador José II- es no poder hacer a todo el mundo feliz-, en la Declaración de independencia de los EEUU — *the pursuit of happiness*, como un derecho- o como proclamó la Constitución de Cádiz en su artículo 13: “El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen”.

Algunas de las expresiones recordadas revelan que lo que hoy se entiende por gobierno, administración y ética aparecen mezcladas en la fundamentación y ejercicio del Poder público. La evolución histórica puede ser examinada como un proceso de diferenciación de esos ámbitos del quehacer humano.

---

En ese sentido J.M.GIMENO FELIU, “La ley de contratos del sector público ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la contratación administrativa en la contratación administrativa”, *REDA*, 147, 2010 en donde se habla de la contratación como herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines o sus políticas públicas.

<sup>26</sup> Cfr. S. Thomae Aquinitatis, *In decem libros Aristotelis ad Nicomachum expositio*, Marietti, 1964, I lectio I,4 y *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, Marietti, 1996, I lectio, 11 y 31.

<sup>27</sup> Cfr. J.L. MEILÁN GIL, J.L. *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 177-180.

En ese sentido, principios para el buen manejo de la *res pública* se encuentran, por ejemplo, en Aristóteles (*La Política*), en Cicerón (*De legibus*), en Santo Tomás (*De Regimine Principis*). Esa corriente se desplaza a lo que podría denominarse filosofía política: son los consejos al Príncipe para el buen gobierno, criterios de experiencia o de moral en el gobierno del país y, simultáneamente, límites del poder. Así el *Defensor civitatis* de Marsilio de Padua o las obras de Maquiavelo (*Discursos sobre las décadas de Tito Livio*) y el celeberrimo *El Príncipe*, anotado por Napoleón Bonaparte<sup>28</sup>, o el menos conocido *Norte de Príncipes* de Antonio Pérez<sup>29</sup>.

El absolutismo del Antiguo Régimen se sintetizaba por los revolucionarios franceses y tratadistas del Derecho público coetáneos y posteriores en el axioma *Rex, legibus solutus*, aunque en expresión de Vázquez de Menchaca estaba *legibus alligatus*. No es cuestión de ahondar en el análisis. Bastará reconocer en esa ligazón la vertiente moral inherente durante centurias a la concepción de la Monarquía.

En el ciclo de evolución del Estado, por lo que ahora interesa, una etapa se corresponde con la *gute Policey*, la *bonne police* como expresión de buen gobierno. En ella “se mezclan el aristotelismo tradicional y el espíritu de organización del Estado moderno”<sup>30</sup>. De ahí tomarán su nombre los heterogéneos escritos que tienen por objeto la gestión de los asuntos del Estado. También será denominada *cameralística*, por el carácter práctico, deducido de la actividad desarrollada en las distintas dependencias (*camera*, *kammer*).

La estrecha vinculación a la práctica y la falta de un método adecuado en el tratamiento y selección de las materias daban como resultado un fuerte carácter asistemático que se reflejaba en la mezcla de juicios de valor, descripciones, propuestas de reformas, con un carácter paternalista y hedonista en su orientación básica.

Existían reglamentos de administración y textos jurídicos, pero también la ética estaba presente en catálogos de las “virtudes del buen funcionario”. Para el buen gobierno el Príncipe precisaba de servidores que, además de ser experimentados y hábiles, debían ser leales y piadosos, de acuerdo con el pensamiento de la época.

---

<sup>28</sup> Espasa-Calpe, Madrid, 13ª ed, 1973

<sup>29</sup> *Norte de Príncipes, Virreyes, Presidentes, y Gobernadores, y Advertencias políticas sobre lo público y particular de una Monarquía*, Espasa-Calpe, Madrid, 1969.

<sup>30</sup> Cfr. MICAEL STOLLEIS, *Histoire du Droit Public en Allemagne. Droit public impériale et science de la police. 1600-1800*, pp. 509 y 546.

Se imponía una labor de sistematización, a la que están vinculados los nombres de Delamare (*Traité de la Police*) y de von Justi (*Grundsätze des Polizeiwissenschaft*)<sup>31</sup>. El estudio científico se mezcla con consideraciones acerca de la conveniencia o no de la intervención del Estado en una determinada materia. Es sintomático el contenido de la obra dedicada a la agricultura, al comercio y manufacturas y las costumbres que deben seguir los súbditos y todo para procurar la felicidad pública; pero se establece ya entonces la relación entre los fines del Estado y los medios para conseguirlos y siempre teniendo en cuenta la realidad práctica circundante.

La transición de la ciencia cameral a la Ciencia de la Administración del siglo XIX está marcada por la obra de von Mohl (1799-1875), que establece la diferencia entre Derecho, Constitución y Administración. Un paso decisivo lo da Lorenz von Stein (1815-1890) con su monumental *Verwaltungslehre* que intenta reducir el caos cameralista a sistema<sup>32</sup>. Es posible porque existe una idea de la Administración, que da unidad a la actividad del Estado. La Administración es la medida de la fuerza y de la acción del Estado. Es la Constitución en su realización dinámica; la Administración como “Constitución en acción”.<sup>33</sup>

Merece la pena detenerse brevemente en el planteamiento de von Stein por la significación de su intento y la deriva que va a tener el estudio de la Administración. En él la consideración jurídica de la Administración, lo que hoy se llama Derecho administrativo, no es algo independiente de la Ciencia de la Administración: ésta es una ciencia unitaria que tiene por objeto la Administración globalmente considerada, no exclusivamente desde un punto de vista formal. Siguiendo la línea cameralista se fija en la actividad real del Estado, que se encuentra condicionada por una serie de datos económicos, históricos y sociológicos sin los cuales no se explica.

La profecía sobre el papel integrador de la Ciencia de la Administración resultó fallida en el tiempo. Lo que se impondrá será una consideración dominante de la aproximación jurídica a la Administración, la preocupación por el sometimiento de la Administración al Derecho, característico del Estado de Derecho, el *Rechtsstaat*, que liderará la figura de Otto Mayer. En los casos en los que se

---

<sup>31</sup> Traducción al español desde el francés de PUIG Y GELABERT *Elementos generales de la Policía* (1784). Sobre la cuestión cfr. A.GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del Derecho Público en España (1769-2000)*, pp. 76-85.

<sup>32</sup> Una corriente mayoritaria considera a la Ciencia de la Policía como antecedente de la Ciencia de la Administración. En ese sentido, M. BAENA del ALCÁZAR, *Los estudios sobre la Administración en la España del siglo XVIII*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968

<sup>33</sup> Cfr. Harmut MAURER, *Derecho administrativo*, trad. española, Marcial Pons, Madrid, 2011.

conserva el nombre de Ciencia de la Administración, como ha sucedido en España o Italia, se la ha concebido como “el pariente pobre del Derecho administrativo”, una especie de cajón de sastre en el que se recogerían los desechos del estudio de la Administración, lo que no es susceptible de estudio jurídico, incluso cuando éste se ocupa de la organización.

Será preciso llegar al siglo XX para que se lance la idea de la “vuelta a von Stein (Smend, Forsthoff), de alguna manera similar a la “vuelta a Colmeiro” patrocinada en España por Jordana de Pozas en los años 40 del pasado siglo. Ese movimiento defiende, en definitiva, la consideración, junto al Derecho, de lo existente por debajo de las formas jurídicas, es decir, la realidad económica, sociológica que las normas jurídicas pretenden vaciar, la perspectiva histórica que evidencie su origen y evolución para lograr, en consecuencia, un criterio para determinar si es oportuno o inoportuno su mantenimiento.

El itinerario en los EEUU no es coincidente. Los cambios sociales que se operan a finales del siglo XIX y comienzos del XX influyen en la actividad y estructura del Estado. El aparato estatal aumenta, se complica, no puede manejarse de un modo propio de aficionados y de personas que cambian al compás de los vaivenes políticos, de acuerdo con el *spoils system*. Además de ineficiencia, el turno político facilita la corrupción. Los primeros estudios no proceden de juristas, sino de especialistas en ciencias políticas. Un referente paradigmático es el artículo publicado en 1887 por Woodrow Wilson, más tarde Presidente, con el título “The Study of Administration”. Su lema es “Public Administration out Politics”.

Los estudios sobre la Administración pública están presididos por una idea de reforma. Se trata de hacer más efectiva la responsabilidad del Ejecutivo por su actividad de gobierno, de hacer más neutrales y más competentes a los funcionarios, de conseguir que la actuación administrativa se acerque al nivel de eficiencia de la empresa privada, de acuerdo con el protagonismo característico de la sociedad en ese país.

En todo caso, conviene retener que en los EEUU los estudios sobre la Administración Pública no corresponden al Derecho administrativo, sino a los cultivadores de la ciencia política. Aquel tiene una declarada orientación *garantista*: cuáles son los poderes de las agencias administrativas y sus límites; con qué medios se cuenta para mantenerlas dentro de sus límites.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Cfr. SCHWARTZ, B. *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, p. 3.

## 2. Identificación entre gobierno y administración

La diferenciación entre gobierno y administración queda difuminada durante el constitucionalismo basado en la separación de poderes, abanderada por los revolucionarios en Francia. La Administración queda embebida en el Poder ejecutivo y en la Europa post napoleónica, en virtud del principio monárquico, que supuso una transacción entre los principios revolucionarios y las Monarquías: el Rey como cabeza del Ejecutivo participará en el poder legislativo.

No hay en el plano científico una separación entre gobierno y administración, de lo que son muestra los pioneros del Derecho administrativo en España<sup>35</sup>. En Gómez de la Serna (1843) no se realiza esa distinción. La ejecución de las leyes se lleva a cabo por dos medios: “uno es el de la acción y otro el de la decisión; esto hace que el Poder Ejecutivo se ha dividido en Poder Administrativo o Ejecutivo y en Poder Judicial”. Para Colmeiro (1876): “Administrar significa gobernar, en cuanto gobernación equivale al ejercicio del Poder ejecutivo”.

Esos pioneros hablan de la ciencia administrativa al referirse a la Administración. En Javier de Burgos, la Administración, que acompaña al hombre antes de nacer y durante toda su vida hasta después de la muerte, es “más ciencia que Derecho” es “la más vasta y la más útil de las ciencias morales”<sup>36</sup>. Para Ortiz de Zúñiga, la economía política preparó el camino para el descubrimiento de la ciencia más importante aún conocida con el nombre de Administración. La ciencia de la administración sería la necesidad de las naciones modernas<sup>37</sup>. Posada Herrera hablará de que todo lo que tienda a destruir el principio de la sociedad y detener su progreso “será contrario a las reglas de la *buena administración*”<sup>38</sup> Los planes de estudio de las Universidades en el siglo XIX, reflejan la vinculación de la Administración a otras disciplinas académicas<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Cfr. MEILÁN GIL, J L, *Lectura de clásicos del Derecho administrativo*. Andavira, Santiago de Compostela, 2012, pp. 144 y 205, respectivamente.

<sup>36</sup> Cfr. J.L MEILÁN GIL, *Lecturas*. 101-106. “Hacer bien es la incumbencia esencial, la suma de todas las atribuciones de la Administración”, dice su Instrucción de 1833 a los Subdelegados de Fomento, cit. por A. SÁNCHEZ BLANCO, “El derecho a una buena administración. Control de desviaciones” en *Derechos y garantías de l ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso López Moreno*, Coord. F. LÓPEZ MENUDO, Iustel, Madrid, 2011.

<sup>37</sup> Para GALLEGO ANABITARTE, refuerza su tesis de que empalma con el tradicional mando político, el económico y gubernativo *Formación*... p.166.

<sup>38</sup> *Lecciones de Administración*, ed. de 1978, p. 52, sin un significado específico de la expresión.

<sup>39</sup> Cfr. J L MEILÁN GIL, *Los planes universitarios de enseñanza en la España contemporánea*, ENAP, Madrid, 1970. En el plan de 1850, por ejemplo, la sección de Administración era una de las cuatro que constituían la Facultad de Filosofía. En la ley Moyano forma ya parte de la Facultad de Derecho.

### 3. Diferenciación entre buen gobierno y buena administración<sup>40</sup>

Más que una separación orgánica entre Gobierno y Administración, tanto en la doctrina científica como en la legalidad constitucional, se ha ido abriendo paso una distinción funcional entre gobierno y administración.

En ese sentido, Posada Herrera (1842): “Las funciones del Gobierno son de una esfera más elevada que las de la Administración, son las que están atribuidas constitucionalmente al Poder real; la Administración tiene funciones que aunque menos importantes, no son menos provechosas al bienestar y felicidad del país”.<sup>41</sup>

Según Otto Mayer, “para toda actividad que no sea ni justicia, ni legislación se introduce la palabra administración, no para remplazar al vocablo Gobierno (*Regierung*), sino para designar una nueva rama de la actividad, la cual desprendiéndose también del gobierno se ubica al lado de la justicia”<sup>42</sup>. El gobierno consistiría en “la alta dirección, el impulso que parte del centro para hacer marchar los asuntos en el sentido de una buena política y el interés general”.

En una línea equivalente se pronuncia Hauriou. La función administrativa consiste esencialmente “à faire les affaires courants du public” y la función de gobierno “à résoudre les affaires exceptionnelles”, que interesan a la unidad política y a velar por los “grands intérêts nationaux”<sup>43</sup>. La diferenciación no está explícitamente formulada, por ejemplo, en los EEUU. La CE, en cambio, como se recordó anteriormente, ofrece base para la distinción.

El anterior recorrido permite distinguir en la actualidad entre buen gobierno y buena administración. El buen gobierno es el que mejor responde a las aspiraciones de la sociedad. La prueba decisiva en un sistema democrático viene manifestada por el apoyo o respaldo que tenga en los electores. El juicio jurídico es inapropiado.

Se trata de opciones de carácter político, vinculadas a posiciones o concepciones ideológicas que responden al pluralismo inherente al sistema democrático.

<sup>40</sup> No se hará referencia al término *gobernanza* reiteradamente utilizado en la actualidad. Sobre ello cfr. J.L. MEILÁN GIL, *Aproximación al Derecho administrativo Global*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.

<sup>41</sup> J.L. MEILÁN GIL, *Lecturas...* p. 161.

<sup>42</sup> Cfr. *Le droit administratif allemand*, París, 1903. Para su comprensión es preciso tener en cuenta su concepción del acto administrativo como ejecución o aplicación de la ley de un modo paralelo a la sentencia. Cfr. MEILÁN GIL, J. L., *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2011

<sup>43</sup> Cfr. M HAURIOU, *Précis élémentaire de Droit administratif*, 5<sup>a</sup> ed., puesta al día por André HAURIOU, p. 11.

Se concretan en políticas públicas, que pueden ser objeto de análisis por los cultivadores de la ciencia política, por politólogos; no desde la ciencia jurídica, hecha la salvedad de comprobar el respeto a la Constitución. Desde aquel punto de vista pueden ser examinadas y propuestas las reformas en materia económica, de salud, de educación, de medio ambiente y tantos otros capítulos de la acción del Estado.

La buena administración tiene un ámbito acotado por esas políticas públicas, con el sometimiento pleno a la ley y al Derecho. En ese sentido podría sostenerse que toda reforma administrativa que tiende a hacer realidad el paradigma de la buena administración, ha de insertarse en el ordenamiento jurídico, desde el que puede razonarse la idoneidad de la organización, de las formas de actuación y la regulación del régimen de los agentes para la realización de las políticas públicas, sin que exista una mezcla inapropiada de aproximaciones científicas diferentes.

Adoptado, por ejemplo, el protagonismo del mercado en actividades que previamente eran de titularidad pública aunque fueran gestionadas por particulares, y aceptada la creación de agencias reguladoras, un juicio sobre la buena administración no consiste tanto en valorar la orientación que presidió aquella decisión política cuanto en analizar si la organización administrativa levantada responde adecuadamente a la finalidad perseguida por la decisión política.

En ese sentido la función de las referidas Agencias tiene que ver con la singularidad de los sectores liberalizados, en algunos casos de gran complejidad técnica, como sucede en el de las telecomunicaciones o el energético. Esa circunstancia requiere una especialización en aras de que puedan cumplirse de un modo satisfactorio los fines señalados a las Agencias, que no se pueden lograr con una unificación de entidades, acordada desde una indiscriminada reducción del gasto público. La mala administración resultante proviene de una decisión equivocada, de un mal gobierno.

Apurando el ejemplo, existe consenso en que las agencias reguladoras tengan la necesaria independencia. Esa nota se extiende a lo que con diferentes finalidades puede llamarse Administración instrumental, entes instrumentales, cuyo análisis excede el propósito actual.<sup>44</sup> No resulta excesivo sostener que la razón de esa independencia radica en la necesidad de un distanciamiento del Gobierno en materias que, por una u otra razón, se considera que rebasan el ejercicio ordina-

---

<sup>44</sup> Cfr. MEILÁN GIL, J L, *La Administración Pública en perspectiva*, Universidade da Coruña, 1996, pp. 511 y ss.

rio del poder gubernamental. Se trata de conseguir una “neutralización” del Gobierno, cualquiera que sea su coloración política, en determinados sectores: protección de datos personales, energía nuclear, radio y televisión públicas, Banco central, entre otros.

A veces, esa independencia no es una elección libremente adoptada por un Estado miembro de la Unión Europea, sino obligada o sugerida por ésta. Es el caso reciente, en el marco de las medidas requeridas para cumplir con el objetivo marcado de reducción del déficit público, la creación de una Unidad independiente con la finalidad de que siga o vigile el cumplimiento de los objetivos comprometidos por las Administraciones Públicas en cuanto a endeudamiento.

Una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de octubre de 2012 declaró que no era conforme con el derecho comunitario la Comisión austriaca de protección de datos personales por no cumplir con la obligación de actuar con la completa independencia que se exige a la autoridad para el control en materia de datos personales, porque su administrador es un funcionario federal sometido a supervisión jerárquica y la secretaría está integrada en la Cancillería federal.

### III. LA BUENA ADMINISTRACIÓN

#### 1. Administración Pública y administración privada: excursio.

La Administración Pública, se ha adelantado, tiene como finalidad, como misión podría decirse, servir con eficacia los intereses generales. Desde esta función han de considerarse reformas que tiendan a mejorarla al servicio, en definitiva, de los ciudadanos. Es lo que distingue de las empresas privadas. Es prudente, por ello, alertar de afirmaciones que pueden resultar equívocas por su ambivalencia, en el sentido de que toda agregación social precisa una cierta administración.

El adjetivo público es determinante para entender de qué se habla. El modelo de la Administración pública no ha de buscarse en el sector privado, aunque algunas de sus técnicas puedan ser aprovechadas. Como se ha dicho con autoridad (Wolff)<sup>45</sup>, la Administración pública, como la Administración privada es cuidado de asuntos, de negocios (*Geschäft*), pero la expresión es equívoca, porque la esencia de aquella no viene determinada por la consecución de ganancias. Aun cuando no se excluyan, su actividad es función (*Amt*) y no negocio (*Geschäft*). Es el fin lo que diferencia unas y otras administraciones.

---

<sup>45</sup> *Verwaltungsrecht*, 5ª ed. Munich y Berlin, 1963, p. 12.

La eficiencia no se mide por los mismos parámetros en la Administración pública y en la empresa privada. Eso no es óbice para que estudios y prácticas experimentadas en el sector privado puedan ser adaptados a la Administración Pública; pero el criterio de evaluación es obviamente diferente en uno y otro caso. El rendimiento de la eficiencia, la productividad, la organización racional del trabajo se mide en función de las peculiares misiones de una y otra, sin necesidad de identificarlas. En el fondo, puede existir un cierto posicionamiento ideológico, en el que no es necesario insistir, o un planteamiento táctico para hacer más viable la introducción de reformas. No es infrecuente que frente a una impresión negativa del funcionamiento de la Administración pública, explicable por la conciencia que los ciudadanos tienen de sus derechos, se presente la eficiencia de la empresa privada.

## 2. la “buena administración”, como principio jurídico.

La buena administración ha sido -y es- utilizada por la doctrina científica, por los tribunales y por la legislación como principio jurídico. En ese sentido las normas de buena administración “deben dirigir toda la de la Administración Pública”, en palabras de García Trevijano, que “no son iguales a la moderna ciencia de la administración.”<sup>46</sup> Como “principio rector que impone un mandato de optimización” la califica Tornos Mas, “un nuevo instrumento dentro del proceso de continua perfección de los mecanismos de protección del ciudadano frente al poder público”.<sup>47</sup>

En ocasiones se emplea para calificar como contrario a ella el comportamiento de la Administración, declarado judicialmente por no ser conforme a Derecho. Así se comprueba en un celebrado trabajo del profesor García de Enterría sobre “la interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria” del año 1959, a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo, principio que fue incorporado al artículo 9,3 de la Constitución<sup>48</sup>. Se hablaba del “deber de buena administración” (*arbitrium boni administrationis*). En análoga dirección me pronuncié a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo que anuló la aprobación de un plan urbanístico utilizando el procedimiento de urgencia que restringe los elementos de defensa de los afectados: en “la exigencia del procedimiento ordinario -el procedimiento debido- frente al que habilita la urgencia hay algo más

<sup>46</sup> Citado por J.PONCE SOLÉ *Deber...* p. 152.

<sup>47</sup> Cfr. “El principio...” pp. 830 y 841.

<sup>48</sup> Fue publicado en el n° 30 de la RAP, superando la inercia de la no revisión judicial de los reglamentos.

que una picajosidad. No solo se trata de que no disminuyan las garantías del ciudadano, sino también que se asegure la *buena administración*”.<sup>49</sup>

En la doctrina científica se ha intentado también deducir el principio o deber de buena administración del artículo 103 de la Constitución que al hablar de objetividad y eficacia supondría su consagración implícita como marco de la actuación de la Administración.<sup>50</sup>

Existen textos legislativos que se refieren explícitamente a la buena administración. Suelen citarse la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 en la que intervinieron ilustres profesores, Ballbé y González Pérez fundamentalmente: “las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración”.

El artículo 25,1 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (Real Decreto legislativo 3/2011) dice que “podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”.

La Exposición de Motivos de la Ley 7/2007 de 12 de abril sobre el Estatuto básico del empleado público proclama que “las Administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos que permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que se va consolidando en el espacio europeo”.

En la jurisprudencia aparece esporádicamente la referencia a la buena administración como criterios o principios, a veces con alusión a la moderna doctrina científica,<sup>51</sup> junto con otros, como el de proporcionalidad.

### 3. La “buena administración” como derecho fundamental.

La expresión “buena administración” ha dejado de ser una aspiración meramente programática e incluso un principio jurídico<sup>52</sup> para convertirse en un de-

---

<sup>49</sup> J.L. MEILÁN GIL, “La dimensión temporal de la Ordenación urbanística”, *Revista de Derecho urbanístico y Medio ambiente*, num. 145. 1995, p. 933.

<sup>50</sup> En ese sentido, M. BASSOLS COMA, cit. por J. PONCE SOLÉ *Deber...* p.154 que se adhiere a esa tesis.

<sup>51</sup> Cfr. J. PONCE SOLÉ, *Deber...* pp. 150-152.

<sup>52</sup> Para TORNOS, *op. cit.* p. 833 “la *buena administración* debe concebirse no tanto como un nuevo derecho de los ciudadanos, sino como un principio rector de la actuación de las administraciones públicas”

recho fundamental, en el caso del artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000.<sup>53</sup>

En síntesis consiste en que toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y órganos de la UE “traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”. Esta expresión permite un entendimiento no necesariamente ligado al sentido garantista que domina, sin embargo, en la concreción que de ese enunciado general se realiza en los apartados siguientes del artículo: derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte una medida individual que le afecte desfavorablemente, a acceder al expediente que le concierna, obligación de la Administración a motivar sus decisiones, posible reparación de daños.

Se ha planteado la cuestión de elucidar en qué medida ese derecho fundamental obliga a los Estados miembros a la vista del artículo 51 de la misma Carta, según el cual sus disposiciones “están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”.

Una primera interpretación consistiría en entender que el derecho fundamental de la Carta se refiere a actuaciones de los entes de la Unión Europea. En ese sentido podría esgrimirse una STJ (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2013 que entiende que no procede la petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal italiano por haber sido formulada con un improcedente carácter consultivo y “cuando el Derecho nacional prevé ya la aplicación” en ese caso de la obligación de motivar el acto. El defecto formal de la petición parece cubrir la decisión del Tribunal. La remisión al Derecho del Estado miembro no es obstáculo, en mi opinión, sino todo lo contrario a que el supuesto ya previsto en el Derecho positivo del Estado miembro sea elevado a la categoría de derecho fundamental.

Después de la nueva redacción del artículo 6 del Tratado de la Unión acordado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 por la que la Carta de los Derechos

---

<sup>53</sup> Sobre los precedentes de diferentes ordenamientos nacionales cfr. B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental...* pp. 104 y ss. Las Constituciones de Portugal y Finlandia se refieren expresamente a la buena administración. En otros países, como sucede en el ordenamiento español, se reconoce elementos que integran el contenido del nuevo derecho fundamental: motivación, audiencia, plazo razonable para decidir...En ese sentido la Convención europea de derechos humanos puede considerarse como un precedente.

Fundamentales de la Unión Europea “tendrá el mismo valor jurídico de los Tratados”, puede entenderse despejada la duda expresada anteriormente. El derecho a la buena administración se incorpora, como Estado miembro de la UE, al ordenamiento jurídico español que específicamente incorpora los derechos fundamentales a la Constitución y que se refuerza en su artículo 10.2 que dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales “se interpretarán de conformidad con... los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El avance es de una extraordinaria importancia. No es necesario insistir en la naturaleza y significación jurídica de esa institución. No solo son derechos subjetivos, sino que vinculan, en tanto Derecho objetivo, a todos los poderes del Estado como se reconoce en el artículo primero de la Ley fundamental de Bonn y en el 53 de la Constitución española.

El contenido descrito constituiría el núcleo fundamental del derecho del mismo nombre a la buena administración, que se sitúa en un nivel constitucional. Viene a otorgar ese rango a algunos de los supuestos contenidos en el derecho a la buena administración que eran ya reconocidos por el ordenamiento jurídico español. En ese sentido, por ejemplo, la motivación se enlaza con la caracterización del Estado como democrático de Derecho. Alcanzaría también a reglamentos y disposiciones generales, tradicionalmente consideradas como campo propio de la discrecionalidad e incluso exentas de control jurisdiccional en algunas etapas del ordenamiento jurídico.

No existe un modelo único de buena administración, pero al menos el derecho fundamental indica que existe algo que es sustancial, que puede ser común a todas las Administraciones. La regulación de ese derecho fundamental es deudora de una arraigada concepción del Derecho administrativo, construido sobre la óptica del control de la Administración Pública, en garantía de los derechos de los ciudadanos, cuya relevancia es innecesario subrayar. Pero, incluso desde esa perspectiva, la consideración como fundamental del derecho a la buena administración permite avanzar en el aseguramiento de su realización.

La consideración de la Administración pública como servidora de los intereses generales conduce a dejar de considerarla como el “personaje poderoso que desciende del Olimpo” en frase de Hauriou<sup>54</sup>, enjoyada de privilegios, como todavía se lee en leyes y libros científicos. La motivación como contenido del derecho fundamental a la “buena administración” deja de ser un mero elemento del

---

<sup>54</sup> Cfr. *Précis...* p.3

acto. Resolver en un plazo razonable adquiere mayor fuerza jurídica desde su reconocimiento como derecho fundamental y obliga a un comportamiento diligente de la Administración. Con expresivas palabras se ha dicho en sede judicial que el silencio de la Administración “no es una autorización para no resolver cuando le venga en gana”<sup>55</sup> En materia de silencio no basta que el remedio del incumplimiento sea la obligación de dictar un acto expreso aunque sea confirmatorio del otorgamiento del derecho; existe una responsabilidad que merece la correspondiente sanción.

La consideración de la “buena administración” como derecho fundamental tiene consecuencias jurídico-procesales propias. El artículo 53,2 de la CE dispone que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Aquel procedimiento se regula en el título V de la LJCA, cuyo análisis no es del caso realizar ahora. La motivación del acto deja de ser un mero elemento de éste para constituirse en un derecho fundamental conectado con el también fundamental a la tutela judicial efectiva. Lo mismo sucede en el caso de la no resolución, “indebida dilación”, especialmente importante en materia de silencio positivo, de modo que no corran los plazos para la interposición del recurso en tanto no se dicte la obligada resolución expresa, al menos cuando se trate de una relación bilateral entre el ciudadano y la Administración. Por qué el ciudadano que entiende que el silencio de la Administración es positivo tendría que interponer el recurso en el mismo plazo que en el caso del silencio negativo. Este se ha configurado tradicionalmente en favor del interesado, el no titular del derecho reconocido. Lo contrario que sucede en el caso del silencio positivo. En ese sentido habría que considerar la posibilidad de un recurso autónomo y directo contra ese amplio “silencio” de la Administración, si perdurase más allá del plazo de seis meses previsto en el artículo 46 de la LJCA o, incluso sustituir ese plazo legal que merma la defensa de los afectados por el silencio al privar de la motivación de la Administración, que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la buena administración. En todo caso una razón más para reflexionar sobre la tradicional regulación del “silencio administrativo”<sup>56</sup>

Como derecho fundamental puede ser recurrido también ante el Tribunal Europeo de derechos humanos, en relación con el artículo 6 del Convenio Euro-

---

<sup>55</sup> STS. de 17 de abril de 1990, ponente el profesor F. GONZÁLEZ NAVARRO.

<sup>56</sup> Cfr. J.L. MEILÁN GIL, “Sobre la revisión del carácter instrumental del acto administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 84, 2012.

peo del mismo nombre que se refiere al “derecho a un proceso equitativo”, que concuerda con el citado 41 de la Carta Europea en cuanto al fondo, aunque éste se refiere a entes administrativos y no a tribunales. El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado sobre esta cuestión en numerosas sentencias<sup>57</sup>. Aunque el citado artículo habla de litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de acusaciones en materia penal también ha actuado sobre decisiones de órganos jurisdiccionales administrativos, sobre actos de autoridades administrativas, por falta de independencia del órgano juzgador<sup>58</sup> o, con mayor frecuencia, por superación del “plazo razonable” para decidir<sup>59</sup> o porque una decisión insuficientemente motivada puede llevar a una violación de la libertad de expresión<sup>60</sup>.

También el Tribunal de Justicia de las Comunidades, como es comprensible, ha resuelto asuntos en los que se hace referencia a la “buena administración”, en estos precisos términos, o a alguno de los supuestos en que se concreta según el citado artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la UE<sup>61</sup>. En ese sentido, por ejemplo, en una STJCE de 12 de junio de 2005 asunto Comisión/CEUA Santé Animal sobre uso de la progesterona, aunque no se estima el recurso, se afirma que la inactividad de la Comisión entre el 1 de enero de 2000 y 25 de julio de 2001 no constituye una violación manifiesta y grave del “principio de buena administración”, como se pretendía, que genera responsabilidad de la Comunidad.

---

<sup>57</sup> De fácil comprobación, de las cuales se contiene referencias en V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européen des droits de l'homme*, 8ª ed., Sirey, París, 2002, pp. 149-332. También en B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho...* pp. 265-270.

<sup>58</sup> Cfr. STEDH, caso *Srameck v. Austria* (1984), falta de independencia que no inspira la confianza que debe exigirse en una sociedad democrática.

<sup>59</sup> STEDH, caso *Erkner y Hofaver v Austria* (1987), superación de plazo razonable; STEDH de 21 de abril de 2009, caso *Kürty Firat v Turquía*; STEDH de 21 de julio de 2009, caso *Leon y Agnieszka Kania v. Polonia*, paralización de medidas contaminantes; STEDH de 12 de mayo de 2009, caso *Żetal v Polonia*, orden de derribo.

El “plazo razonable” para decidir es “según las circunstancias y criterios consagrados por la jurisprudencia” STEDH 3097/96 caso *Frigdlander v. Francia*. Se vulnera cuando un tribunal administrativo de Atenas decide en 27 de octubre de 2008 un asunto iniciado en 20 de junio de 1990. STEDH de 18 de abril de 2013, caso *Fergadioti-Rizaki v. Grecia*.

<sup>60</sup> STEDH de 17 de octubre 2001 caso *Association Ekin v. Francia*; STEDH de 27 de junio de 2006, caso *Saygılı y Seyman v. Turquía*; STEDH de 20 de octubre de 2009, caso *Lombardi Vallauri v. Italia*; STEDH de 21 de marzo de 2010, caso *Grosaru v. Rumanía*.

<sup>61</sup> Sobre la jurisprudencia anterior a la Carta de Niza y los primeros años después de ésta cfr. B. TOMÁS MALLÉN *El derecho...* pp. 243-264

La STJCE 2007/730 de 27 de noviembre, asunto *Athanasios Pitsionas/BCE* relativo al acceso de los ciudadanos a los documentos puede servir de ejemplo de cómo juegan los distintos elementos de la “buena administración” en la jurisprudencia comunitaria. Se apela a ella con el recordatorio de la Sentencia del Tribunal de primera instancia de 20 de marzo de 2002, asunto *ABB A Brown Boveri/ Comisión*, T-31/99. Se alude al alcance de la motivación como muestra de la buena administración en STJCE de 6 de marzo de 2003 asunto *Interpor/ Comisión*, C-41/2000, con cita de otras. De paso, se recuerda que el principio de confianza legítima en la Administración, exige “concebir esperanzas fundadas” en la actuación de la Administración.

No siempre la “buena administración” aparece expresamente citada en la jurisprudencia, como ha quedado puesto de manifiesto, incluso en la del TJCE. No se alude a ella directamente como derecho fundamental, sino como principio de buena administración. Existe una inercia que todavía no se ha vencido, lo que también se comprueba en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ha de descubrirse al amparo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva expresamente reconocido en el artículo 24 de la CE que garantiza, entre otras cosas, “un proceso sin dilaciones indebidas”, o relacionada con el principio de la buena fe reconocido en el artículo 3 de la ley 30/1992 sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común o como falta de la motivación debida en relación con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

Una STS de 16 de diciembre de 2010 (2010/ 9413) recuerda que una notificación correctamente practicada en el plano formal no siempre supone que se alcance la finalidad que le es propia. En esa línea la STS de 26 de noviembre de 2012 (2012/416) declara que antes de acudir a la notificación edictal o por comparecencia la Administración debe intentar la notificación en el domicilio idóneo, porque éste conste en el expediente, porque su localización resulta extraordinariamente sencilla normalmente accediendo a oficinas o registros públicos.<sup>62</sup>

Van apareciendo sentencias que expresamente se refieren al artículo 41 de la Carta europea aunque no de forma autónoma sino más bien como una confirmación del fundamento jurídico de la decisión.<sup>63</sup> A título de ejemplo, STS de 2 de diciembre de 2011 (2011/2385) sobre confidencialidad, privacidad y seguridad; STS de 28 de septiembre de 2012 (2012/9507) sobre motivación. Expresi-

---

<sup>62</sup> En el mismo sentido STC 7/2006 de 13 de marzo; 2/2008 de 14 de enero y otras.

<sup>63</sup> Cfr. Las obras citadas de J. PONCE SOLÉ, B. TOMÁS MALLÉN, TORNOS MÁS.

va es la STSJ de Valencia 40/2012 de 16 de enero: “Por añadidura, es evidente que se ha resentido así mismo el principio de celeridad en la actuación administrativa que tiene su formulación más clara en el derecho a una resolución dentro de un plazo razonable como parte integrante del más amplio derecho a una buena administración (artículo 41) en conexión con el artículo 2 de la ley orgánica 1/2008 de 30 de julio por el que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007”.

Ese reconocimiento de la “buena administración” como un derecho fundamental de la persona hace más fácil entender los esfuerzos por que se le reconozca eficacia jurídica<sup>64</sup>. No se trata de una proposición moral, un *plus*, que completara el cumplimiento de la legalidad. Operaría al margen del Derecho; de alguna manera se volvería a una situación histórica superada, de “moralidad administrativa” que todavía se encuentra en Hauriou: un recurso para superar las limitaciones del recurso por exceso de poder, vinculado a la ley, una autolimitación de la Administración para conseguir una razonable buena administración. Esa orientación quedaría reflejada en la explicación de la desviación de poder hoy superada. Bastará con recordar el carácter objetivo de aquella: “el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico” (artículo 70 LJCA). En todo caso es una cuestión jurídica, con independencia de su apreciación moral.

Sucede que en algún ordenamiento como la Constitución de Brasil de 1988 declara en su artículo 37 que la Administración Pública, en todas sus manifestaciones obedecerá, entre otros principios al de “moralidade”. Y el artículo 5, inciso LXXIII reconoce la acción popular que pretenda la anulación actos lesivos a la “moralidade administrativa”.

La tesis que aquí se viene defendiendo coincide con solvente doctrina brasileira que ha debido enfrentarse necesariamente con esos preceptos constitucionales. “A moralidade administrativa nao pode ser dissociada da legalidade”<sup>65</sup>, del Derecho y no solo de la ley, podría entenderse (artículo 103, 1 CE). Desde esta perspectiva puede sostenerse la posibilidad de impugnar actos que vulneren principios ínsitos en el interés general.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> En ese sentido, J. PONCE SOLÉ, *Deber de...*

<sup>65</sup> Cfr. MÁRCIO CAMMAROSANO, *O princípio constitucional da moralidade e ó exercicio da função administrativa*, Prefácio de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, Forum, Belo Horizonte, 2006, p. 102, con referencias a su maestro y Juárez Freitas entre otros.

<sup>66</sup> Cfr. ODETE MEDAUR, *Direito administrativo moderno*, 13ª ed. Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2009, pp. 129-130. El principio de moralidade administrativa é de difícil expressao verbal. Es pre-

Desde una perspectiva jurídica se ha planteado la cuestión en el análisis de la potestad discrecional tal como se ha considerado tradicionalmente, de la que he discrepado de modo reiterado, entendida como la libertad de elección por la Administración de una entre varias soluciones “igualmente justas”.

Desde el punto de vista del interés general, al que la Administración pública debe servir por imperativo constitucional, sólo existe una. Con razón en la jurisprudencia se ha preguntado “si en un Estado de Derecho puede admitirse la existencia *a priori* de algo indiferente jurídicamente”<sup>67</sup>. Aceptando aquel punto de vista se ha sostenido que el empleo de criterios extrajurídicos para determinar lo que es de interés general es “une condition de bonne administration pour le pouvoir exécutif”<sup>68</sup>. No interesa ahora desarrollar esa posición; bastará subrayar el esfuerzo por la consideración jurídica de la “buena administración” para el eventual control judicial, que no ha de limitarse a impedir la arbitrariedad. Quizá no sea necesario acudir al par conceptual potestad reglada-potestad discrecional. La potestad se encuentra vinculada al fin que la justifica, en el cómo, el cuándo, el cuánto. La Administración no es neutral o indiferente al interés general que la ley o el gobierno ha concretado y que ha de servir.

No se trata de que el juez sustituya a la Administración, ni que ésta tenga la libertad de quien determina las políticas públicas, sino de pronunciarse en Derecho a partir de lo que conste en los autos del proceso para decidir en cada caso concreto lo que es justo, no lo que es políticamente más conveniente, para la realización del interés general. No faltan ejemplos de lo que podría dominarse la tutela del servicio al interés general<sup>69</sup>: en materia de urbanismo, de transportes, instalación de farmacias (“*lo decisivo es que la nueva instalación suponga un mejor servicio a un núcleo de población con independencia de las características, físicas o materiales sobre las que se asienta la población*”)<sup>70</sup>, justificación o motivación de la creación de una em-

---

ciso relacionarlo con el contexto. La compra de vehículos oficiales puede ser legal, pero resulta “inmoral” en una etapa de crisis económica. Entiendo que puede subsumirse en un principio general y en todo caso con el sometimiento de la potestad al fin que la justifica (artículo 106,1 CE).

<sup>67</sup> STS de 13 de junio de 2000 *apud* J. L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, 2008, pp. 231-232 donde se expone la diferencia entre potestad discrecional y concepto jurídico indeterminado como expresiones de un proceso volitivo y de conocimiento, respectivamente. Sobre el llamado “neutralismo” de la Administración ha escrito luminosas páginas F. LÓPEZ MENUDO, *La vieja cláusula “sin perjuicio de tercero” y la Administración del porvenir*, Comares, Granada, 2013, pp. 58 y ss.

<sup>68</sup> Cfr. J. PONCE SOLE, *Deber...* la cita es de G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, París, 1968, tesis a la que se adhiere: pp. 128-129, 702 y ss. con el condicionamiento de los límites a que está sometida la revisión judicial.

<sup>69</sup> Cfr. J.L. MEILÁN GIL, *Categorías...* pp. 81-82.

<sup>70</sup> *Ibid.* El asunto, en que intervine profesionalmente, se refería a la instalación de farmacia en un Mu-

presa pública, servicios esenciales y derecho de huelga, oferta económicamente más ventajosa en los contratos, opción más recomendable para la ocupación de terrenos para carreteras en materia de expropiación forzosa...

#### **4. La insuficiencia de la perspectiva garantista de la buena administración.**

Un gran avance se ha dado para hacer realidad la aspiración social de una buena administración con el refuerzo de los medios jurídicos expuestos. La Administración, en ese sentido, responde a la exigencia constitucional de servir los intereses generales con “objetividad”, además de poder ser controlada la actuación por el sometimiento de esta a los fines que la justifican. Pero también se le exige que actúe de acuerdo con el principio de eficacia (artículo 103,1 de la CE). De una manera general se habla también de criterios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público (artículo 31 de la CE). Criterios, que al estar previstos constitucionalmente tienen naturaleza normativa. Inciden en la actuación de la Administración, no solo en la susceptible de control judicial, sino también, por ejemplo y muy significativamente, en los procedimientos utilizados. La actuación puede adecuarse a ellos con toda corrección y, no obstante, puede quedar una razonable insatisfacción de que no se realice una “buena administración”. Es el procedimiento seguido el causante de una ineficiencia.

La buena administración, no solo es un actuar, tal como se deduce del artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la UE; es también estructuras y organización. Una organización administrativa adecuada para la realización de los intereses generales es síntoma de buena administración. De otra parte, una inadecuada configuración de los procedimientos de actuación puede dañar la finalidad garantista de la actuación administrativa. Salvar esos obstáculos pasa por una revisión del Derecho administrativo para que la “buena administración” sea algo más que una laudable aspiración.

La organización de la Administración Pública, salvo la relativa a los elementos fundamentales de la estructura del Estado de acuerdo con la correspondiente configuración constitucional, quedó durante muchos años fuera de la atención científica del Derecho administrativo, condicionado por una concepción estricta del método jurídico. No es del caso extenderse sobre ello y de la recuperación de su estudio dentro del Derecho administrativo, sobre lo que me referí en 1971. Incluso aunque se configure el Derecho administrativo como un sistema de garan-

---

nicio de Galicia adaptando el concepto de “núcleo de población” a la realidad del asentamiento de la población.

tías la organización de la Administración Pública no queda marginada. Esa vertiente organizativa puede ser considerada como una garantía para el particular. El acceso a la vía de recurso no es el todo. La razón a destiempo puede ser inútil y, lo que es peor, puede desacreditar la misma institución del recurso. La organización no es sólo una cuestión doméstica de la Administración Pública; trasciende hacia el ámbito propio del particular. La reconocida potestad doméstica de la Administración queda en entredicho en los casos de desviación de poder instados por funcionarios afectados. Y también “una deficiente disposición de las estructuras orgánicas o de los procedimientos dificulta indudablemente la actuación justa del funcionario, en su misión de aplicación de la norma”. En ese sentido llegué a afirmar que, “bajo algún aspecto el Derecho administrativo es un Derecho de organización de la convivencia”. Más aún, “la organización se traduce en normas jurídicas que revelan una determinada concepción del Estado”<sup>71</sup>

Contra el desenfoco metodológico de construir el Derecho administrativo desde la óptica del control de la Administración Pública, en la que tanto ha influido la aproximación pretoriana en Francia, me pronuncié tempranamente<sup>72</sup>; ha sido calificado no hace mucho de “estrabismo del Derecho administrativo”<sup>73</sup>.

La vinculación, y mucho menos la identificación, de Derecho administrativo y materia contenciosa no corresponde a la realidad. Aquel no se agota en el ámbito de los recursos. La preocupación por la urgencia de lo patológico no debe impedir, podría decirse, la atención a la fisiología. El Derecho administrativo es algo más que un sistema de garantías, por muy importante que éste sea. No puede reducirse a combatir la arbitrariedad, la actuación *ultra vires*. Es cauce para la satisfacción de los intereses generales, que son de los ciudadanos, y justifica la misión servicial de la Administración Pública.

Esta orientación está vigorosamente subrayada en la actualidad por una importante corriente doctrinal<sup>74</sup> y se ha puesto de manifiesto de un modo significativo en relación con el procedimiento administrativo<sup>75</sup>. No es la mera antesala del

---

<sup>71</sup> Cfr. MEILÁN GIL J. L., *Prólogo* a GALLEGU ANABITARTE, A. *Derecho general de organización*, IEA, Madrid, 1971. A título de ejemplo cfr. GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1988 que dedica la parte segunda a la Teoría dell'Organizzazione.

<sup>72</sup> Cfr. MEILÁN GIL, J. L., *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ENAP, Madrid, 1967.

<sup>73</sup> S. CASSESE, “El estado presente del Derecho administrativo italiano”, *RAP*, 183 (2010).

<sup>74</sup> Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. INAP-Pons, Madrid, 2003.

<sup>75</sup> Cfr. BARNÉS, J. *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...* A. SÁNCHEZ BLANCO, “El derecho...

contencioso, el ámbito de una justicia parcial o provisional, una garantía del particular o, para la Administración pública la ocasión de revisar sus resoluciones al resolver recursos presentados ante ella, en definitiva, el modo de preparar el acto definitivo que pueda ser impugnado ante la jurisdicción contenciosa.

La finalidad del procedimiento no se limita a procurar seguridad jurídica, evitar la arbitrariedad de la Administración, que no es poco. Los ciudadanos aspiran a que el ejercicio de sus derechos y actividades no se entorpezca por la observancia de un procedimiento inadecuadamente formulado. No debe constituir una carrera de obstáculos a salvar; es un medio para hacer realidad la “buena administración”, como un deber que enlaza con el derecho al procedimiento administrativo debido.

Desde esa perspectiva ha de contemplarse el nuevo modo de administrar que se sintetiza en el *e.government* o Administración electrónica, en la era de Internet, símbolo de esta sociedad del conocimiento y la información: nuevos modos de notificación, de identificación, de archivo y también procura de la seguridad jurídica, la neutralidad tecnológica, respeto al derecho de protección de datos de carácter personal. Toda una revolución que precisa una cultura democrática de manera que la Administración no se convierta en el nuevo Leviatán y, a veces, ocurre.

A esa preocupación, no meramente garantista, responden los diversos programas de reforma administrativa. Preocupación paradigmática como intento de renovación del “Estado administrativo” anterior a la CE de 1978. A eso obedeció la creación de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, cuyo primer titular, el profesor Lopez Rodó impulsó reformas legales sobre procedimiento administrativo, funcionarios -incluida su selección y formación-, organismos autónomos y empresas públicas, generalización de órganos *on line* y *staff*<sup>76</sup>. Para lo que aquí se está tratando convendrá recordar que en la ley de Procedimiento de 17 de julio de 1958 se decía que “la actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia y se hablaba de tareas de normalización y racionalización (artículo 29) que se desarrollaban en artículos posteriores.<sup>77</sup>

El último intento es el informe CORA (Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas, 2013) que se inserta en el conjunto de reformas em-

---

<sup>76</sup> Cfr. L. LÓPEZ RODÓ, *La Administración Pública y las transformaciones socioeconómicas*, ENAP, Madrid, 1963.

<sup>77</sup> Cfr. A. SÁNCHEZ BLANCO, “El derecho... cit.

prendidas por el Gobierno con ocasión de la crisis financiera y económica. No es del caso analizar su contenido, sino tomar conciencia de lo que se viene sosteniendo. En su preámbulo se manifiesta que “se puede afirmar sin reservas que España tiene una buena administración”. Pero se reconoce que “también existen ineficiencias y redundancias competenciales que deben corregirse”. Quizá la más relevante novedad proviene de la configuración constitucional del Estado, como Estado compuesto o autonómico. De ahí la relevancia que se da a las duplicidades administrativas, tanto orgánicas como de competencias. Por supuesto perviven cuestiones tradicionales sobre simplificación administrativa, o Administración institucional, obviamente replanteadas como sucede con la gestión de servicios y medios comunes.

### **5. Eficacia jurídica de principios programáticos.**

Una aplicación de la orientación expuesta del Derecho administrativo es el reconocimiento de la efectiva operatividad de principios que se contienen en leyes con carácter formalmente programáticos. Podría decirse también que supone la integración de principios de la Ciencia de la Administración en el ordenamiento jurídico. Es el caso de eficacia, eficiencia, economía, proporcionalidad, transparencia, accesibilidad, simplicidad, que se erigen en criterios de actuación en diversos sectores<sup>78</sup>. Un ejemplo relativamente reciente valdrá para esta exposición.

La ley 2/2012 de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, consecuencia de la modificación del artículo 135 de la CE por exigencias de la UE, contiene principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, transparencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, además de responsabilidad y lealtad constitucional. Obligan a las Administraciones con efectos jurídicos reconocidos en la ley, no solo porque pautan la actuación de la Administración, sino también por las medidas que pueden adoptarse en caso de incumplimiento: necesidad de autorización, e incluso su negación, para las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, pudiendo llegar a la disolución de los órganos de gobierno de estas últimas.

Uno de los retos del Derecho administrativo actual es, precisamente, hacer operativos para la revisión judicial muchos de esos principios que vinculan a la potestad de la Administración en su actuación servicial de los intereses generales.

---

<sup>78</sup> En materia medioambiental están consagrados el principio de precaución, la actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible que recoge la ley 21/2013 de 9 de diciembre de evaluación ambiental.

Si una ley de dependencia, para hacer frente a una necesidad creciente por, entre otras causas, el aumento de la edad de vida de los ciudadanos, dice que la atención sea integral, su desarrollo reglamentario no puede ignorarlo.

No es una tarea fácil, pero ha de intentarse sin escudarse en una superada concepción de la discrecionalidad y en la impotencia judicial para sustituir la decisión de la Administración, colocándose en el lugar del juez.

El principio de eficiencia obliga a optimizar los recursos públicos, que provienen de los ciudadanos, de lo que habla el artículo 31 de la CE citado anteriormente. Quizá sea más propio que el de eficacia que se recoge en el citado artículo 103,1 de la CE, y reconoce el TC (STC 22/1984) como pauta de actuación de la Administración. Principio que ha de operar “en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad (STC 178/1989). Afecta al buen gobierno, al diseño de las políticas públicas, pero también a la buena administración. Ha de tenerse en cuenta, por ejemplo, para decidir la “oferta económicamente más ventajosa” en los contratos del sector público cuya valoración no queda reducida al momento en que se realiza la adjudicación del contrato<sup>79</sup>. Tiene incidencia en el campo, especialmente sensible, de las prestaciones y servicios sociales, y plantea la cuestión de la participación de la sociedad en lo que es actividad de la Administración.

Participación y democracia van unidas, se corresponden esencialmente. De democracia participativa hablaba la *non nata* Constitución europea. Como derecho fundamental se reconoce en la CE (artículo 23,1) el que tienen los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, aunque no todo derecho de participación tiene ese carácter (ATC 942/85 de 18 de diciembre). Ello permite concluir, desde una interpretación positiva, la existencia de derechos de participación en ámbitos propios de la Administración, distintos de la participación política. De hecho, la participación de la sociedad en la realización de los intereses generales que la Administración sirve ha crecido por imperativos democráticos y ha influido en la construcción misma del Derecho administrativo.

Existen funciones en que esa participación es clara: en los procedimientos administrativos, en la programación y planificación, en la elaboración de las normas en que se concretan, en definitiva, las políticas públicas. Esa participación se reclama en ámbitos como medio ambiente, por influjo del Derecho comunitario, urbanismo, aspectos de la Administración local, entre otros.

---

<sup>79</sup> Cfr. J. PERNAS, *Contratación pública...* con prólogo de J.L. MEILÁN.

La participación de la sociedad se ha revelado de gran importancia en relación con las prestaciones y servicios sociales, reclamados para una calidad de vida exigible en esta altura de los tiempos, en cuya materia es preciso un replanteamiento doctrinal.

Es un dato reconocido la voluntad de los revolucionarios franceses de acabar con los estamentos y organismos intermedios existentes en el Antiguo Régimen. El nuevo Estado no asumió actividades educativas y asistenciales, en gran mayoría desarrolladas en Europa por la Iglesia. Un paso importante en la evolución de la historia ha sido la asunción por el Estado de responsabilidad en estas y análogas materias, reconocidas en prestaciones que han dado lugar al “Estado de bienestar”<sup>80</sup>. Las dificultades por las que atraviesa son, en buena parte, consecuencia de su éxito. Un número creciente de personas y un ámbito mayor de cobertura presionan contra la carga financiera que supone para el Estado.

Hay una imbricación recíproca de acción estatal y vida social. El Estado, al asumir la obligación de hacer real y efectivo el bienestar, es un Estado garante, lo que conlleva la realización directa de prestaciones, pero también el reconocimiento de que desde la sociedad se contribuya libremente a esa realización.<sup>81</sup> Existe, como ha dicho el Tribunal Constitucional una “interpenetración entre Estado y sociedad”, para concluir lapidariamente: “La configuración del Estado como social y de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad”.

La crisis actual ha puesto en evidencia esa necesidad. No se trata de minorar las conquistas sociales, sino de garantizar su mantenimiento y mejora. Es preciso para ello superar una concepción ideológica sustentadora del monopolio del Estado en la materia, en cuya base sigue existiendo la contraposición hegeliana entre lo público, caracterizado por la razón, y lo privado o particular, dominado por

---

<sup>80</sup> No es cuestión de desarrollar lo que corresponde al Estado social, la aportación de E. FORSTHOFF, *Rechtfragen der leistenden Verwaltung* Stuttgart, 1950; *Tratado de Derecho administrativo*, trad. Española, IEP, Madrid, 1958; *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, ENAP, 1966. H.J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 5ª ed. Munich y Berlín, 1963 pp. 45-46. Sobre la actividad empresarial del Estado J.L. MEILÁN, *Empresas públicas y turismo*, ENAP, Madrid, 1967 con bibliografía española y europea. Una magnífica aproximación desde la perspectiva aquí considerada en J.Mª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007. Sobre una cuestión que se ha planteado con especial relevancia por la crisis económica cfr. J.PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, INAP, Madrid, 2013.

<sup>81</sup> Cfr. J.L. MEILÁN GIL, “Sobre la revisión del Derecho administrativo, *FIDA*, Santo Domingo, 2012.

el beneficio. Habría que hablar de sistema: de salud, de asistencia social y dependencia, de educación. Lo definitivo es que el sistema sea universal y de la mejor calidad. Es lo que el Estado ha de garantizar, sin excluir la participación de la sociedad; más aún puede necesitar de ella para cumplir su función.

La participación de la sociedad en estos ámbitos se constata en la existencia de numerosas organizaciones sin fines de lucro, bajo formas jurídicas distintas, que se sitúan, para decirlo de un modo gráfico, entre el Estado y el mercado, lo que se ha denominado el *tercer sector*: promovidas por la Iglesia, Fundaciones, Corporaciones y, en general, organizaciones no gubernamentales, fruto de la libertad de asociación, y que responden al principio de solidaridad.

En esa línea se encuentra la ley 5/2011 de Economía social, que se hace eco de iniciativas comunitarias. Constituye un marco jurídico común para las actividades desarrolladas en el ámbito privado con independencia respecto de los poderes públicos bajo principios del interés general económico o social, o de ambos (artículo 2), de promoción de la solidaridad que favorezca, entre otros objetivos, la cohesión social y la inserción de personas con riesgo de exclusión social.

Una apelación a ellas y a las familias, se realiza en la ley sobre dependencia, cuya programada cobertura económica es insuficiente y se ha reducido como consecuencia de ajustes presupuestarios. Las cifras de las prestaciones sociales desde la vertiente de esas organizaciones revelan dramáticamente su justificación en la actual coyuntura de crisis y elevado número de parados.

## 6. El Defensor del Pueblo y la mala administración.

Existen organismos que, sin formar parte de ninguno de los poderes del Estado tienen que ver con prácticas y actuaciones que suponen una mala administración e inversamente, por tanto, con la buena administración. Su gran fuerza proviene de su independencia, como muestra de un modo paradigmático la historia del Ombudsman sueco, que ha sido la referencia de los demás que con diferentes nombres se han creado en otros países. En España se introdujo en el artículo 54 de la CE, con el nombre de Defensor del Pueblo, “como alto comisionado de las Cortes Generales” que lo nombra por amplio consenso y con quienes se relaciona<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Esa definición proviene de Gran Bretaña donde había sido embajador el ponente constitucional que la sugirió.

Con el nombre de Defensor del pueblo europeo consta en el artículo 228 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y es nombrado por el Parlamento europeo. La experiencia acumulada por entes de la misma naturaleza manifiesta una posición equilibrada en cuanto a su función que se refiere a casos de mala administración por parte de las instituciones, órganos u organismos de la UE, con exclusión de los Tribunales de Justicia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. La explicación del Ombudsman sueco tiene que ver en su inicio con la inexistencia de un sistema contencioso-administrativo y, por ello, de difícil trasplante a los países que lo tienen y en todo caso no conciliable con la independencia de los jueces. Así se comprende que el Defensor del Pueblo pueda conocer de las quejas de cualquier ciudadano europeo salvo de que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. El Defensor las pone en conocimiento de la institución, órgano u organismo afectado, que tiene un plazo de tres meses para responder y aquel enviará informe correspondiente al Parlamento<sup>83</sup>

En el caso español la función principal del Defensor del Pueblo es la defensa de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución “a cuyo efecto podrá supervisar la actuación de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”. La ley 3/1981 de 6 de abril que regula la institución concreta que de oficio o a petición de parte puede llevar a cabo cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración y de sus agentes en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la CE y el respeto de los derechos fundamentales.

De acuerdo con ello podría interpretarse que la investigación puede referirse a la comprobación de si la Administración actúa sin objetividad, sin acuerdo con principios de eficacia, sin sometimiento pleno a la ley y al Derecho, cometido en último término de los Tribunales como dice el artículo 106 o solo en cuanto se refiera al no respeto de los derechos fundamentales.

El reconocimiento de la buena administración como derecho fundamental, tal como se realiza en la Carta europea, proporciona fundamento para justificar el alcance de la competencia del Defensor aunque se limite a realizar advertencias, recomendaciones y sugerencias, además de informar anualmente al Parlamento. En ese sentido puede sugerir al órgano legislativo o a la Administración realizar modificaciones cuando llegue al convencimiento de que el empleo riguroso de la norma pueda provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

---

<sup>83</sup> Cfr. B.TOMÁS MALLÉN, *El Derecho...* pp. 221 y ss.

Cuando entienda que una ley vulnere un derecho fundamental puede interponer un recurso de inconstitucionalidad. Esa facultad tiene un especial significado e importancia dado que la legitimación para interponerlo queda de hecho limitada a dos grandes partidos que pueden estar de acuerdo, por razones políticas, en no interponerlo.

### **7. Actualidad de la transparencia para la buena administración.**

El artículo 103 de la CE establece que la Administración Pública actuará con objetividad en su servicio a los intereses generales. Es más que la interdicción de la arbitrariedad. Responde a la obligación de “mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales” (STC 77/1985 de 27 de junio). Con toda lógica se acompaña con la transparencia (ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, artículo 3, 2, g), relacionada con la necesidad de rendir cuentas de la gestión ante los ciudadanos.

La transparencia va más allá de la obligación de motivar la actuación, y de la información y publicidad, aunque las englobe. Se ha dicho que es el derecho de los ciudadanos de conocer y “entender” la actividad administrativa.<sup>84</sup> Un conocimiento o entendimiento que se adquiera de un modo fácil, sin que sea el resultado de un esfuerzo que requiera la especialización del ciudadano interesado. No es mera información, sino información de tal calidad que cumpla con las condiciones que acaban de exponerse. Un exceso de información puede incluso dificultar la transparencia. La información, que desempeña un papel fundamental en la Administración Pública de un sistema democrático, puede hacer opaca la actuación de aquella si se presenta de un modo sesgado o, todavía peor, cuando es manipulada desde instrumentos de opinión pública controlados por la Administración.

La transparencia hace más difícil que aparezca ese elemento corrosivo de la democracia que es la corrupción. De ahí la importancia que se le está dando en los ordenamientos jurídicos de una manera general y frontal superando regulaciones sectoriales. Es lo que pretende la ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en cuya elaboración se ofreció una audiencia a los ciudadanos para que pudieran remitir sugerencias. Existen referencias en determinadas materias: contratos públicos, sub-

---

<sup>84</sup> Cfr. M. R. SPASIANO, “Transparency and quality of administrative action”, en M. PILADE CHITTI (ed.) *General Principles of administrative action*, Bologna University Press, 2006.

venciones, presupuestos, actividades de altos cargos, acceso a los expedientes en los correspondientes procedimientos administrativos. Con esa ley se pretende generalizar ampliar y profundizar la transparencia, así como concretar las consecuencias jurídicas de su no observancia.

Desde este punto de vista se lleva a cabo el encuentro enunciado anteriormente entre Ciencia de la Administración y Derecho administrativo. “En lo que respecta al buen gobierno la Ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos”, que “por las funciones que realizan deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta”. En ese sentido se incorporan a la ley “principios éticos”, así denominados, que adquieren la virtualidad de preceptos jurídicos.

La exposición de motivos, subraya con cierta solemnidad, el propósito último de la ley: “La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

El ámbito de la ley rebasa el de las Administraciones Públicas en sentido orgánico, que incluye a Universidades, y abarca a poderes públicos como el Congreso de los Diputados y el Senado, y el Consejo General del Poder Judicial e instituciones análogas aunque “en relación con sus actividades sujetas al Derecho administrativo”<sup>85</sup>. Una vez más se constata la validez de la orientación *ratione materiae* que he venido defendiendo desde el principio. Bien es verdad que se ha ampliado el ámbito de la ley más allá de esa concepción de lo administrativo: partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, entidades privadas que perciban en el período de un año ayudas o subvenciones públicas en cantidades significativas<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Corporaciones de Derecho público, Fundaciones, Casa del Rey.

<sup>86</sup> Superiores a 100.000 euros o que el 40% del total de sus ingresos sea igual o superior a 5.000 euros.

Están obligadas a publicar “de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”. El Portal de la Transparencia dependiente de la Presidencia del Gobierno pretende hacer fácil el acceso de los ciudadanos a la información. Las Administraciones Públicas han de publicar los planes y programas con el suficiente detalle que permita la evaluación de su cumplimiento.

Contra toda resolución expresa o presunta en materia de acceso a la información se podrá interponer una reclamación ante el Consejo de transparencia y buen gobierno con carácter potestativo previo al contencioso-administrativo. La resolución, calificada de presunta por dejar transcurrir el plazo de tres meses sin resolver expresamente, evidencia el carácter negativo del silencio al entender deestimada la petición del ciudadano.

Capítulo importante para comprobar la efectividad de tan saludables propósitos, es el concerniente a infracciones y sanciones. Se contienen en el título II de la ley que se refiere al buen gobierno y afecta solo a los miembros del Gobierno y altos cargos. Entre las primeras cobran especial relevancia las relativas a materia de gestión económico-presupuestaria, dada la importancia que ha cobrado la estabilidad financiera y los ajustes a que ha obligado su desvío por exigencias comunitarias. Como muy graves se tipifican los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o contraviniendo disposiciones de la legislación presupuestaria. Entre las sanciones figuran la destitución de cargos públicos o inhabilitación.

#### IV. EPÍLOGO SOBRE ÉTICA Y ADMINISTRACIÓN

El Derecho administrativo, me gusta decir, es un Derecho de realización y suscribo la determinación constitucional de que la Administración sirve los intereses generales con *eficacia*, pero con sometimiento pleno al Derecho, sin que haya de entenderse éste como un positivismo que excluya principios, en una contraposición infranqueable entre el *sein* y el *sollen*.

No parece necesario extenderse en la relación y diferencia entre Ética y Derecho. Para una concepción positivista del Derecho resulta difícil explicar expresiones –preceptos jurídicos– en la Constitución o en las leyes que aluden a la moral o a la ética: el derecho al honor, la objeción de conciencia, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones... Hunden sus raíces más allá del Derecho positivo, como sucede con la dignidad de la persona humana,” fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10,1 de la CE). Los derechos fundamen-

tales reconocidos, no creados, por los ordenamientos positivos, se corresponden con los derechos humanos, objeto de Declaración universal, que han de ser presentados como “el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales”<sup>87</sup>.

No resulta sorprendente que en la propia Constitución se aluda expresamente a la ética o a la moralidad de la actuación en el ámbito de la Administración Pública como ocurre en la Constitución de Brasil anteriormente referida. La Convención interamericana contra la corrupción, señala desde el preámbulo que esa actuación negativa va “contra la sociedad, el orden moral y la justicia”... La Declaración del milenio de NU del 2000 afirma de un modo categórico que la corrupción puede contemplarse “como un sistema de mala administración y una mala gestión”.

En otras ocasiones esa finalidad se concreta en modalidades del denominado *soft law*, Códigos de Conducta o de Buenas prácticas con los que se orienta el comportamiento de autoridades públicas y se practica también en el ámbito privado. Ha surgido de un modo natural en procesos formales de integración, como la Unión Europea, o informales como sucede en la globalización.<sup>88</sup>

La ética no se refiere propiamente a la Administración Pública como una abstracción, sino a la actuación de las personas que la integran, como se dijo al principio y a las personas que se relacionan con ella. Aunque la realización del Derecho que concierne a la Administración no agote el alcance de la dimensión ética de la actuación de sus autores, en gran medida el comportamiento conforme a Derecho es síntoma de comportamiento ético. La desviación de poder, en el mayor número de los casos, supone una conducta éticamente reprochable, aunque técnicamente no haya sido así calificada en un proceso. Algo parecido podría decirse de la arbitrariedad, motivación ausente o sesgada.

La corrupción, se corresponde con actuaciones de esa naturaleza, sean puniblemente castigadas o toleradas o silenciadas. En ella se da un conflicto de intereses, en cuanto un funcionario público que está vinculado por un deber de servicio al interés general lo subordina a un interés particular, suyo o de otra persona física o jurídica. Los contratos o el urbanismo son campos desgraciadamente típicos para actuaciones jurídica y éticamente reprochables.

---

<sup>87</sup> Discurso de Benedicto XVI ante la Asamblea de Naciones Unidas, 18 de abril de 2008.

<sup>88</sup> Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “Sobre la revisión... ; Una aproximación al Derecho administrativo global, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.

El comportamiento ético, en el sentido que aquí se viene manejando, puede ser favorecido o perjudicado por el comportamiento que se lleva a cabo en el nivel propiamente político o de gobierno. Los procedimientos no reglados para el acceso a la función pública no favorecen el comportamiento ético. Los cambios en la función pública según los que se producen en el gobierno, hace posible la consideración del puesto como un botín, desde el que beneficiar al partido político que propició el nombramiento. Informaciones privilegiadas a la hora de concursos, por ejemplo, pueden ser una contraprestación o el espurio entendimiento de la fidelidad partidaria, aunque no se procuren beneficios personales directos.

En términos positivos, habría que concluir que un sistema de selección de los funcionarios basado en el mérito, la capacidad, la transparencia y seguridad jurídica, es una condición aconsejable para asegurar comportamientos éticos y, por supuesto, la existencia de garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (artículo 103,1, CE).

El contexto social en el que se desenvuelve la actividad de la Administración pública puede incidir también positiva o negativamente en el comportamiento ético de sus servidores. Existe consenso en considerar que en el meollo de la crisis financiera y económica actual se detecta un comportamiento reprochable desde el punto de vista ético. Esas conductas en el sector privado constituyen un mal ejemplo para la Administración Pública y sus agentes. El impacto negativo será menos probable si, como dice la Convención interamericana contra la corrupción, se han adoptado medidas que tengan en cuenta “la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio”.

La clave última del cumplimiento de la misión de servicio público de los funcionarios radica en convicciones éticas que tienen su explicación, más allá del Derecho y su cuidada observancia. Volvemos así a ponderaciones clásicas, trátase del imperativo ético o, más inteligible para una antropología realista, de la virtud que hace al hombre feliz, contento con lo que hace y por qué y para qué lo hace, consciente de la lealtad a una misión que vale la pena desarrollar.

# El contencioso de la unidad de mercado

*Juan Alfonso Santamaría Pastor*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Gómez-Acebo & Pombo, Abogados

SUMARIO. I. LOS PRESUPUESTOS. II. RASGOS GENERALES DEL SISTEMA. III. LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS ORDINARIOS. A) *La iniciación de los procedimientos*. B) *La legitimación*. C) *Los recursos previos*. IV. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ESPECIAL. A) *Caracteres generales*. B) *Cuestiones y trámites previos*. 1. La competencia jurisdiccional. 2. La legitimación de la CNMC. 3. La personación de interesados como intervinientes. C) *La interposición del recurso especial*. 1. El requerimiento del artículo 44.2. Los plazos. 3. Los requisitos del escrito de interposición. D) *Las medidas cautelares*. 1. La solicitud y su alcance. 2. El carácter automático de la suspensión. 3. El momento de producción de la suspensión. 4. Inexigibilidad de caución. 5. El levantamiento de la suspensión. E) *Diligencias preliminares del proceso*. 1. Reclamación del expediente administrativo. 2. Emplazamiento de los interesados. 3. La acumulación y sus problemas. F) *Fase de alegaciones y prueba*. G) *Terminación del proceso*. 1. La sentencia y su contenido. 2. La forma de la sentencia y las sentencias *in voce*. 3. La extensión de efectos de la sentencia. V. UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO.

## RESUMEN:

Este trabajo pretende exponer la regulación de los procedimientos contencioso-administrativos regulados por la reciente Ley 20/2013, a través de los cuales se trata de establecer vías procesales para asegurar las libertades de establecimiento y circulación de bienes y servicios en el territorio nacional, superando las disfunciones creadas por las regulaciones dispares establecidas por las Comunidades Autónomas. Se trata de unos procedimientos judiciales complejos, el principal de los cuales se confía a la iniciativa exclusiva de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pero en el que se permite la intervención de los operadores económicos privados que hayan sido lesionados por medidas discriminatorias establecidas por las Administraciones territoriales.

**PALABRAS CLAVE:**

Proceso contencioso-administrativo; unidad de mercado; libertades de establecimiento y circulación; Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**ABSTRACT:**

This work aims to expose the regulation of contentious-administrative procedures regulated by the recent Act 20/2013, through which it is establishing procedural ways to ensure freedoms of establishment and movement of goods and services in the national territory, overcoming dysfunctions created by the disparate regulations set by the Autonomous Communities. These are complex legal proceedings, the principal of which is entrusted to the sole initiative of the National Commission on Financial Markets and Competition, but in which the intervention of private economic operators who have been injured by discriminatory measures established by the territorial Government is permitted.

**KEYWORDS:**

Contentious-administrative process; market unit; freedom of establishment and movement; National Commission on Financial Markets and Competition.

## I. LOS PRESUPUESTOS

Hay muchas formas a través de las cuales el estamento político puede hacer notar la importancia que quiere darse a la protección de determinados valores; o que comparte la preocupación que determinados estratos de la sociedad comienzan a sentir respecto de problemas emergentes, mostrando una actitud decidida a hacerles frente.

Es desalentador comprobar que la respuesta mayoritaria que dicho estamento ha sido capaz de ofrecer a la sociedad española, en los últimos treinta años, ha sido la judicialización de los conflictos y la criminalización de conductas que comenzaban a inquietar a algunos sectores sociales. La primera línea de acción explorada consistió en el gesto de crear unidades especializadas dentro de la Fiscalía General del Estado y de la Policía Nacional; la segunda, en la incorporación masiva al Código Penal de un alto número de conductas antes consideradas lícitas o, a lo sumo, mercedoras de un mero reproche colectivo o de sanciones administrativas. Y en la última década comienza a aparecer, como novísimo *rending topic*, el establecimiento de nuevas modalidades procesales y la ampliación de la legitimación para emprenderlas.

Este último método de dramatización de las políticas públicas es una inclina-

ción común a un amplio espectro de las fuerzas políticas: una tendencia transversal, compartida axiomáticamente por las ideologías de izquierda y de derecha. Aunque no sean los únicos casos, deben recordarse aquí las acusadas semejanzas de planteamiento que, en cuanto a los instrumentos de actuación, se advierten entre la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de una parte, y la reciente Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado; una y otra han optado por judicializar concretos tipos de conflictos (eso sí, de naturaleza muy diversa, y cada uno de ellos muy apegado a la sensibilidad respectiva de los partidos políticos que promovieron ambas leyes), y por cursar inv(c)itaciones explícitas a colectivos y entidades de todo tipo para iniciar los respectivos tipos de procesos.

La eficacia práctica de esta “línea de trabajo” suscita todo tipo de explicables escepticismos; pero de lo que no cabe duda es de que está produciendo el alumbramiento de una nueva forma de entender el proceso contencioso, que ya no solo va a ser el instrumento de defensa de los ciudadanos frente a los excesos del poder público, sino también un escenario de confrontación entre agrupaciones sociales y entes públicos, en el que unas y otros, cual caballeros medievales, harán exhibición de sus fuerzas; confiando la confirmación de sus más radicales prejuicios ideológicos no ya al juicio de Dios, como antaño, sino a la decisión irrevocable de un órgano cuyo acierto se da por seguro exclusivamente en base a su independencia y a su imparcialidad. Y todo ello ante la perpleja mirada de una ciudadanía ignorante de los beneficios que todas estas justas caballerescas aportarán a su seguridad y a su bienestar.

## II. RASGOS GENERALES DEL SISTEMA

La Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LUM), es un texto normativo particularmente ambicioso. Dejando a un lado los principios enunciados en sus artículos 3 a 8 (sobre cuya eficacia práctica nada podemos añadir a la desconfianza que dimana de la práctica en la aplicación de normas similares), los artículos 16 a 20, que constituyen el núcleo duro de la Ley, son de unas pretensiones realmente espectaculares; y, de aplicarse efectivamente, supondrán una auténtica revolución en el conjunto formado por los vigentes ordenamientos autonómicos.

Al servicio de estos preceptos, que se estudian detalladamente en otras partes de este libro, la Ley establece un complejo sistema de mecanismos de garantía. Algunos de ellos (los regulados en los Capítulos III y VI, artículos 10 a 15 y 22 a 25) son de naturaleza puramente interadministrativa; y, junto a éstos se implanta un nuevo cuadro de procedimientos administrativos y judiciales. Estos últimos son el objeto de la presente colaboración, sin perjuicio de las referencias que ine-

vitiblemente habrán de hacerse a las vías administrativas previas reguladas en los artículos 26 y 27, en cuanto condicionan el acceso a los recursos ordinarios, distinto del ahora regido por los nuevos artículos 127 bis, ter y quáter de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA).

Sin entrar por el momento en el detalle de la iniciación, trámite y resolución del recurso contencioso-administrativo especial que la LUM ha creado, el nuevo sistema de recursos puede describirse sintéticamente en unos pocos puntos.

A) La LUM parte de la apertura de dos tipos de procedimientos judiciales alternativos:

1) primero, el que pueden emprender los operadores económicos que estimen “que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, en los términos previstos en esta Ley” (artículo 26.1); se trata de un procedimiento contencioso-administrativo ordinario, que puede emprenderse por dichos operadores dejando a un lado los mecanismos específicos de reclamación previa y de posterior impugnación regulados en los artículos 26 y 27 de la Ley y en los artículos 127 bis a quáter de la LJCA;

2) y segundo, un procedimiento contencioso especial, que puede ser precedido por las vías previas reguladas en los artículos 26 y 27 de la LUM, y cuya incoación corresponde en exclusiva a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC). A este procedimiento se refieren los puntos que siguen.

B) La vía previa a la incoación de este procedimiento contencioso especial se articula en dos fases: una primera, ante el nuevo Consejo para la Unidad de Mercado, que podríamos llamar de intento de conciliación (artículo 26); la segunda, ante la CNMC, instándole a adoptar la decisión de interponer el recurso contencioso-administrativo especial.

C) Este procedimiento contencioso especial puede dirigirse contra las mismas actuaciones que son susceptibles de cualquier recurso contencioso-administrativo, conforme a los artículos 25 a 30 de la LJCA: así lo disponen el apartado 1 del artículo 127 bis de la LJCA y el artículo 26.1 de la LUM.

D) El nuevo procedimiento especial se dirige a una finalidad específica y exclusiva, que resulta del rótulo del propio Capítulo y que se traduce en una limitación de las infracciones del ordenamiento jurídico que pueden invocarse en el

mismo: las cuales no podrán ser otras que las que supongan una vulneración de las libertades de establecimiento y circulación, tal como aparecen protegidas por la LUM.

E) La tramitación y resolución de este proceso especial se encomienda a un único órgano jurisdiccional: la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, según dispone la nueva letra h) del art. 11.1 de la LJCA (también añadida por la LUM), con entera independencia de la naturaleza estatal, autonómica o local de los entes u órganos autores de las actuaciones o disposiciones generales que se impugnen.

F) Se trata, por lo demás, de un procedimiento abreviado en el que se prescinde del trámite de vista o conclusiones y al que se dota de una especial celeridad: los plazos se reducen y, salvo el de interposición por la CNMC, que es de dos meses, son semejantes a los previstos en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales (arts. 114 a 122 bis LJCA). Al igual, también, de lo que sucede en este recurso especial, se reconoce carácter preferente a la tramitación de los recursos para la garantía de la unidad de mercado.

G) Y, por último, su regulación se encuentra fragmentada, no agotándose en los nuevos artículos que se incorporan a la LJCA: en concreto, la legitimación para la interposición del recurso no se regula mediante la modificación del art. 19 LJCA, sino que se contiene en los arts. 26 y 27 de la LUM.

Todos estos rasgos hacen necesario un análisis de estos tipos de procesos, a lo largo de todas sus fases. Esta es la finalidad del presente trabajo, que pretende desentrañar los múltiples interrogantes que esta novedosa regulación suscita, así como señalar sus desgraciadamente numerosos defectos y contradicciones, que sería deseable fueran salvados en una ulterior reforma legislativa.

Huelga decir que esta exposición tiene un acusado carácter de provisionalidad: se ha finalizado cuando se cumplen solo veinte días desde la publicación de la Ley 20/2013 en el Boletín Oficial del Estado. En estas condiciones, es obvio advertir que muchas de las opiniones que aquí se vierten habrán de ser rectificadas o matizadas cuando la doctrina (y, sobre todo, la jurisprudencia; que tardará) proceda a un análisis más detenido del contenido de la Ley; pero, aun con estos riesgos, me ha parecido oportuno ofrecer a los letrados que hayan de intervenir en los procesos, y quizá a los jueces que hayan de decidirlos, una primera orientación en el laberinto procesal que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado ha construido.

### III. LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS ORDINARIOS

El objeto principal de la LUM, en el plano formal, se concreta en el establecimiento del procedimiento contencioso especial, reservado a su utilización por la CNMC; pero no cierra la puerta a los recursos que puedan querer interponer los operadores económicos<sup>1</sup>, prescindiendo de la iniciativa de la CNMC, contra las actuaciones administrativas contrarias a la libertad de mercado.

Dichos recursos son, obviamente, los ordinarios regulados en el Título IV de la LJCA (no, desde luego, el previsto en los artículos 127 bis, ter y quáter); y, pese a su más que sumaria regulación en la LUM (o quizá precisamente por dicha sumariedad), plantean numerosas dudas interpretativas.

#### A) La iniciación de los procedimientos

Dichos procedimientos pueden incoarse en tres hipótesis u ocasiones.

1. La LUM permite, en primer lugar, que cualquier operador económico pueda interponer un recurso contencioso-administrativo contra cualquier actuación que lesione sus derechos o intereses, dejando a un lado por completo las vías administrativas previas que la propia Ley regula: así se deduce claramente de lo establecido en el artículo 26.3 de la misma.

2. El operador que se considere lesionado por alguna de estas actuaciones puede, en segundo lugar, utilizar el procedimiento de conciliación o arreglo previo regulado en el artículo 26 de la LUM, dirigiendo su reclamación a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (artículo 26.1). La resolución que en dicho procedimiento dicte la que el artículo 26 llama “autoridad competente afectada” habrá de notificarse al operador reclamante por la mencionada Secretaría (artículo 26.7).

a) La Ley no dice con claridad qué vía puede tomar el operador en el caso de que la resolución dictada por la autoridad competente afectada no le resulte satisfactoria: es evidente que puede reproducir su reclamación ante la CNMC en un plazo de cinco días (artículo 26.8); pero parece igualmente notorio que puede también apartarse de dicha vía de reclamación y emprender un procedimiento contencioso ordinario contra dicha resolución. Así debe entenderse la disposición del artículo 26.9, aunque esté referida a un supuesto diverso.

---

<sup>1</sup> O las organizaciones representativas que menciona el artículo 26.2: por razones de abreviación, nos referimos a continuación solo a los operadores. Véase, no obstante, lo que se dice en el epígrafe referido a la legitimación.

En efecto: dicho apartado 9 prevé la hipótesis de que el operador reclamante pretenda alegar contra la medida impugnada motivos de legalidad distintos de la vulneración de las libertades de establecimiento y circulación (p. ej., defectos de forma). Dado que el procedimiento contencioso especial no puede basarse en más que en los motivos indicados, se le permite emprender una impugnación paralela y parcial mediante la interposición de un recurso contencioso ordinario, que podrá basarse en motivos ajenos a la infracción de la unidad de mercado, sin perjuicio de continuar su reclamación por dichos motivos ante la CNMC. Y, como en el momento en que se le notifique la resolución de la “autoridad competente afectada” habrá ya expirado el plazo para interponer recurso administrativo o contencioso, la LUM prevé la rehabilitación de dicho plazo, disponiendo que “el plazo para su interposición se iniciará cuando se produzca la inadmisión o eventual desestimación de la reclamación por la autoridad competente”.

En consecuencia, si se permite al operador reclamante un apartamiento parcial de la vía de reclamación prevista en los artículos 26 y 27 de la LUM para iniciar un proceso contencioso, no hay razón para prohibirle un apartamiento total, si cree que la vía especial de reclamación no tiene posibilidades razonables de prosperar.

b) Así pues, las posibilidades que se ofrecen al operador reclamante que acude a la vía de reclamación ante el Consejo para la Unidad de Mercado son tres: i) puede abandonar (momentáneamente, como en seguida veremos) la vía del recurso contencioso autónomo, y replantear su reclamación ante la CNMC, como prevé el artículo 27; ii) puede, también, efectuar dicho replanteamiento ante la CNMC y emprender por su cuenta y riesgo un recurso contencioso autónomo contra la medida lesiva de la unidad de mercado, si pretendiera utilizar motivos impugnatorios distintos de la infracción de dicha unidad, y iii) puede también abandonar esta vía de reclamación, interponiendo recurso ordinario contra la medida.

c) Pero esto no agota todas las hipótesis posibles. En concreto: ¿puede el reclamante continuar con la reclamación ante la CNMC y, al tiempo, interponer un recurso contencioso ordinario contra la medida y resolución que han sido objeto de la reclamación? Hablamos de un recurso contencioso plenario, esto es, no limitado a la impugnación en base a motivos distintos del de lesión de la unidad de mercado (que es el supuesto previsto en el artículo 26.9), sino que se apoye también en este último.

En mi opinión, esta posibilidad debe ser descartada, por razones elementales de economía procesal. No cabe negar al operador que planteó su reclamación al Consejo para la Unidad de Mercado a prescindir de los sucesivos pasos de dicha

vía y litigar separadamente, con plenitud de fundamentos. Pero no tiene lógica permitirle adoptar esta vía si, al tiempo, replantea su reclamación ante la CNMC, por la sencilla razón de que, como veremos en el siguiente punto 3, puede volver a apartarse de la intermediación de la Comisión y acudir al procedimiento contencioso ordinario cuando ésta rechace o inadmita su reclamación. Si opta por el replanteamiento de su queja ante la Comisión, parece razonable que haya de esperar a la resolución de ésta para tomar el camino del recurso contencioso ordinario.

3. La tercera vía de apartamiento que se ofrece al operador surge, precisamente, con ocasión de la reclamación que puede replantear ante la CNMC, si la decisión adoptada por la “autoridad competente afectada” no le resulta satisfactoria.

La reclamación tiene por objeto, evidentemente, instar a la CNMC a que incoe el procedimiento contencioso especial; la cual puede considerar improcedente tal incoación, a la vista de la reclamación y del informe que sobre la misma deberá remitirle la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado; o, por el contrario, estimarla y decidir emprender el procedimiento especial, notificando su decisión, en ambos casos, al operador reclamante. Y, en tal caso, vuelven a abrirse diversas posibilidades.

a) Si la decisión de la CNMC rechaza (por razones de fondo) o inadmite (por falta de legitimación, o por extemporaneidad) la reclamación del operador, parece evidente que éste podrá interponer recurso contencioso ordinario contra la medida lesiva de la unidad de mercado y contra la resolución desestimatoria de la autoridad competente afectada (y, quizá, también contra el rechazo de la CNMC, si éste entra en el fondo y declara que la medida no vulnera la unidad de mercado). Así se deduce del artículo 27.5 de la LUM, según el cual “el plazo para interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia quedará suspendido hasta que ésta le comunique su decisión” (artículo 27.5).

b) Pero la decisión de la CNMC puede estimar la reclamación, decidiendo emprender por sí el proceso especial de los artículos 127 bis a quáter. ¿Qué puede hacer, en tal caso, el operador reclamante? Las vías posibles, en este caso, se triplican:

i) Primera posibilidad: el operador prescinde de interponer cualquier recurso contencioso paralelo, confiando en que la actuación procesal de la CNMC le resuelva su problema. En tal caso, podrá personarse en el proceso especial que la CNMC incoe, en la singular forma prevista en el artículo 127 ter, apartado 7, a

la que más adelante nos referiremos. Pero esta personación es puramente facultativa, por lo que también podrá abstenerse de actuar en el proceso, esperando su decisión final como un tercero interesado.

ii) Segunda posibilidad: el operador tiene en cartera, en contra de la medida lesiva de la unidad de mercado, motivos impugnatorios distintos de los referidos, como prevé el artículo 26.9 de la LUM. Por analogía con lo establecido en este último precepto, parece que el citado operador podrá iniciar un proceso contencioso paralelo para hacer valer tales motivos (de los que no podría hacer uso en su personación en el proceso especial); a la misma conclusión se llega a la vista de lo dispuesto por el artículo 27.5, que transcribimos párrafos atrás. Y, en tal supuesto, podrá también personarse en el proceso especial que incoe la CNMC, en la forma que antes mencionamos.

iii) Tercera posibilidad: el operador no confía plenamente en la solidez de la impugnación que pueda llevar a cabo la CNMC por la vía del proceso especial. En tal caso, se plantea el interrogante de si el mismo puede emprender un proceso ordinario contra la medida lesiva de la unidad de mercado; un proceso pleno, sin limitación en cuanto a los motivos impugnatorios a esgrimir (esto es, la infracción de la LUM, además de los restantes que considere procedentes); y ello sin perjuicio de, además, personarse en el recurso especial que la CNMC interponga.

Esta última posibilidad nos parece más dudosa. Desde luego, no puede negarse al operador reclamante la posibilidad de apartarse, en este momento, de la reclamación emprendida al amparo de los artículos 26 y 27 y de iniciar un proceso autónomo por su cuenta. Pero no parece admisible que, al tiempo, pretenda intervenir como recurrente en el proceso especial que incoe a su instancia la CNMC, alegando simultáneamente la infracción de la unidad de mercado en ambos procedimientos: esta posibilidad estaría excluida por la prohibición de litispendencia (artículo 69.d) de la LJCA), ya que concurrirían entre ambas impugnaciones las tres identidades clásicas definidas por la doctrina jurisprudencial: identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan, misma causa de pedir, *causa petendi*, o fundamento de la pretensión y 3) igual *petitum* o conclusión. No se olvide que, en su personación en el proceso especial, el operador asume la posición de recurrente, la misma que ostentaría en el proceso ordinario que pudiera incoar.

No es preciso ponderar en exceso la extrema complejidad de supuestos que suscita esta posibilidad de interposición de recursos paralelos. Y esta complejidad se acrecienta si tomamos en consideración otros factores.

## B) La legitimación

El primero de ellos, quién está legalmente habilitado para interponer recursos contenciosos (ordinarios, los únicos a los que nos referimos en este epígrafe III) contra las actuaciones de los poderes públicos que lesionen el principio de unidad de mercado.

Este interrogante surge con ocasión de la referencia contenida en el artículo 26.2 de la LUM: “Las organizaciones representativas de los operadores económicos, incluidas las Cámaras Oficiales de Comercio y las asociaciones profesionales, podrán acudir al procedimiento previsto en el apartado anterior en defensa de los intereses colectivos que representan”. No hablamos en este epígrafe de la participación de dichas organizaciones en las vías previas y en el proceso especial que puede incoar la CNMC, sino de si las mismas se hallan legitimadas para interponer recurso contencioso ordinario contra las actuaciones que consideren lesivas de la unidad de mercado.

La respuesta debe ser, desde luego, afirmativa. Aunque la LUM solo reconozca dicha legitimación (en vía administrativa) para su intervención en las vías previas y en el proceso especial, la misma deriva de lo establecido en el artículo 19.1.b) de la LJCA, que legitima ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a “las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”. Obsérvese, por otra parte, que esta enumeración es sensiblemente más amplia que la que contiene el artículo 26.2 de la LUM; lo que supone que estos recursos contenciosos (ordinarios) en defensa de la unidad de mercado podrán ser interpuestos también por las entidades y organizaciones que el artículo 26.2 no menciona (en concreto, los sindicatos y los grupos de afectados).

Si las medidas a impugnar lesionan los intereses colectivos que cada una de estas organizaciones y entidades tengan atribuidos por ley o por sus normas estatutarias, parece indiscutible que podrán interponer los recursos contenciosos ordinarios que estimen oportunos para la defensa de dichos intereses. Ni siquiera podría plantearse aquí la cuestión de si, para ostentar tal legitimación, se requiere de una habilitación legislativa específica (además de la que deriva del artículo 19.1.b), como el mismo precepto parece exigir). Creemos que tal habilitación específica (caso de estimarse necesaria, a lo que la jurisprudencia ha respondido implícitamente en sentido negativo) se encontraría en los artículos 26.2 y concordantes de la propia LUM.

Y, por supuesto, dichas posibilidades impugnatorias podrían ejercitarse en los mismos términos y ocasiones que la LUM reconoce a los operadores económicos, apartándose total o parcialmente de su intervención en las vías previas ante el Consejo para la Unidad de Mercado y ante la CNMC, en la forma y supuestos que analizamos en el anterior epígrafe A).

### C) Los recursos previos

En el caso de interposición, por los operadores económicos y por las entidades corporativas y asociativas mencionadas en el artículo 26.2 de la LUM, de recursos contenciosos ordinarios contra las actuaciones públicas lesivas de la unidad de mercado, ¿qué vías de recurso administrativo previo deben seguirse? Aunque las mismas podrían deducirse de la exposición hecha en el anterior epígrafe A), conviene recordarlas brevemente, por su complejidad.

1. Ninguna duda digna de mención plantean los supuestos en los que un operador económico, una corporación o asociación, o cualquier otro interesado decida impugnar una actuación pública de esta naturaleza al margen de las vías previas y del procedimiento especial que la LUM regula, ya que nos hallamos ante el régimen común de impugnación de actos y disposiciones administrativas:

a) No podrá interponerse recurso administrativo alguno si la actuación pública a impugnar tiene la naturaleza de disposición de carácter general, por prohibirlo el artículo 107.3 de la Ley 30/1992; debiendo ser directamente impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Si la actuación a impugnar consiste en un acto administrativo que no pone fin a la vía administrativa, deberá interponerse el correspondiente recurso de alzada (o la reclamación económico-administrativa que proceda) contra dicho acto (artículo 114.1 de la Ley 30/1992).

c) Si, por el contrario, el acto pone fin a la vía administrativa, deberá ser directamente impugnado ante la jurisdicción contenciosa; pudiendo interponerse previamente, con carácter potestativo, recurso de reposición (artículo 116.1 de la Ley 30/1992).

d) Si el objeto de la impugnación fuera la inactividad administrativa (en las dos modalidades previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 29 de la LJCA), el recurso en vía contenciosa deberá ir precedido de una reclamación a la Administración inactiva, pudiendo interponerse dicho recurso una vez transcurridos tres meses o un mes, respectivamente, desde la presentación de dicha reclamación. Pese a que el artículo citado emplea la expresión “*pueden reclamar*”, la ju-

risprudencia ha considerado tal reclamación como obligatoria (últimamente, la STS de 2 de abril de 2013, Casación 5720/2011).

e) Por fin, si lo que tratara de impugnarse fuera una actuación en vía de hecho, el recurso contencioso podrá ir precedido de un requerimiento (en este caso, meramente potestativo) que deberá ser contestado en el plazo de diez días (artículo 30 de la LJCA).

2. Los problemas comienzan a suscitarse cuando alguna de las personas físicas o jurídicas que se mencionaron en el anterior epígrafe 1 hubieran optado por hacer uso de las vías previas reguladas en los artículos 26 y 27 de la LUM y, posteriormente, se apartaran de ellas en las formas que examinamos en el epígrafe A).

a) La primera posibilidad de apartamiento se produce, como ya vimos, cuando, tras la reclamación formulada ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, la autoridad competente afectada la desestima expresa o tácitamente. Dicha autoridad puede ser de aquéllas cuyos actos ponen fin a la vía administrativa, o no; pero esta diferencia no es relevante, ya que el artículo 26.7 de la LUM dispone que “cuando se trate de actuaciones administrativas que no agoten la vía administrativa, la resolución de la autoridad competente debidamente notificada pondrá fin a dicha vía”. Contra dicha resolución, en consecuencia, solo cabrá interponer directamente recurso contencioso, que podrá ser previamente recurrido en reposición, siempre de forma potestativa.

b) Y la segunda ocasión de apartarse del procedimiento especial acaece cuando, como también vimos, la CNMC rechaza o inadmite su queja (art. 27.3 de la LUM); también, cuando su resolución no satisface al operador reclamante, o cuando éste pretende hacer uso de motivos de impugnación distintos al de la lesión de la unidad de mercado. En este caso, ¿será necesario interponer recurso de alzada si la medida contra la que se formuló la reclamación no pone fin a la vía administrativa?

La LUM guarda silencio sobre este extremo, limitándose a decir que “el plazo para interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia quedará suspendido hasta que ésta le comunique su decisión” (artículo 27.5). Pero si esta regla se une a la contenida en el artículo 26.7, que dispone que la resolución de la autoridad competente afectada pondrá fin en todo caso a la vía administrativa, puede concluirse con seguridad que no cabrá interponer recurso de alzada, porque no tendría sentido que la resolución de la autoridad competente afectada pone fin a la vía administrativa en la primera fase de este procedimiento administrativo especial, pero no en la segunda.

La acertada prevención de que el plazo para interponer recurso contencioso quedará en suspenso hasta tanto la CNMC comunique al reclamante su decisión revela la convicción implícita del legislador de que la vía administrativa de recurso ha quedado plenamente agotada y sustituida por la de la reclamación, en sus dos fases, por lo que no cabe ya otra alternativa que acudir directamente ante el juez contencioso.

No obstante, la inagotable inventiva de los reclamantes obliga a plantear un último interrogante: rechazada o inadmitida la queja por la CNMC, ¿puede el reclamante, antes de interponer el recurso contencioso, recurrir en reposición ante la autoridad competente afectada? Creemos que no puede negarse esta posibilidad. El agotamiento de las reclamaciones ante el Consejo para la Unidad de Mercado, primero, y ante la CNMC, después, no tiene otro efecto, para el operador, que la sustitución de la vía administrativa de recurso jerárquico por aquellas otras; tanto el rechazo de la reclamación por la autoridad competente afectada como, posteriormente, por la CNMC, tienen como único efecto la finalización de la vía administrativa. Y si un particular puede interponer siempre recurso de reposición potestativo contra las decisiones que ponen fin a la dicha vía (artículo 116.1 de la Ley 30/1992), no existe razón para negarle esta facultad en el caso que examinamos. Y, en tal caso, la prevención que hace el artículo 27.5 de la LUM en el sentido de que el plazo para interponer recurso contencioso solo se iniciará en la fecha de la notificación de la resolución desestimatoria o de inadmisión de la CNMC, habrá de entenderse referida al plazo para interponer el recurso de reposición aludido.

## IV. EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ESPECIAL

### A) Caracteres generales

La regulación del proceso contencioso especial se abordó por la LUM mediante la adición al Título V de la LJCA de un nuevo Capítulo IV (comprensivo de los artículos 127 bis, ter y quáter), así como añadiendo una nueva letra h) al artículo 11.1 (sobre las competencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional) y reformando ligeramente el artículo 110.1, también de la LJCA. De modo asistemático, sin embargo, algunas cuestiones claramente procesales se han mantenido por el legislador en el articulado de la LUM, como son las relativas a la legitimación para emprender este proceso especial (artículo 27) y las vías administrativas previas al mismo (artículos 26 y 27).

1. En términos generales, la regulación que se hace del proceso es seriamente deficiente: se trata de una regulación fragmentaria, hecha a golpes de brocha gorda, en la que únicamente se establecen las normas que difieren respecto de las

establecidas para el proceso contencioso ordinario (cuya regulación se declara supletoria: artículo 127 ter, apartado 10) y en la que quedan en la penumbra múltiples cuestiones sustanciales.

2. El rasgo más característico de esta regulación es, desde luego, la celeridad que pretende imprimirse al proceso, que se manifiesta en un drástico acortamiento de los plazos para la realización de los diferentes trámites: cinco días para remitir el expediente administrativo en lugar de veinte; diez días, y no veinte, para formalizar la demanda y la contestación; veinte, y no treinta, para el período de prueba; y cinco días, en lugar de diez (¿?) para dictar sentencia; todo ello unido al carácter preferente que se otorga a la tramitación del recurso (artículo 127 ter, apartado 9). Y la perla: la posibilidad de dictar la sentencia *in voce* (artículo 127 ter, apartado 6).

Todo este apresuramiento carece de sentido y utilidad: en pocas ocasiones podría decirse de una regulación, con mayor fundamento, aquello de que los autores del texto confundieron el tocino con la velocidad. Es probable que esta artificial prisa se justifique en la pretensión de obtener una sentencia en el menor plazo posible, habida cuenta del régimen de suspensión automática que prevé el artículo 127 quáter (y de la lógica paralización que ello supone de la actuación administrativa impugnada). Pero resulta difícilmente explicable que el redactor del texto (que, sin duda, debe haber sido alguna persona con una cierta experiencia procesal) haya olvidado que las demoras en el pronunciamiento de una sentencia no se deben tanto a los plazos de tramitación de un recurso cuanto al dilatado período que media entre la declaración del proceso como concluso y dicho pronunciamiento, dada la carga de trabajo que pesa sobre todos los órganos jurisdiccionales; y que este período no se acorta de modo voluntarista con una mera declaración de tramitación preferente, de la que gozan otros muchos procesos.

Y contra esta gratuita celeridad juega, además, el sistema de recursos jurisdiccionales. No se olvide que las sentencias que dicte la Audiencia Nacional serán recurribles ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo; y que el recurso de casación será admisible con mucha frecuencia si se tiene en cuenta que la mayor parte de los recursos será de cuantía indeterminada (artículo 86.2.b) de la LJCA), o que versarán sobre la nulidad de las disposiciones que impongan barreras a la unidad de mercado (artículo 86.3). ¿Para qué, entonces, tanta prisa en tramitar el proceso de instancia si, a su término, el asunto habrá de colocarse pacientemente en una larga lista de espera para su fallo, y después ser sometida su sentencia a un recurso de casación?

3. Pero, además, la celeridad es una característica manifiestamente inadecuada para debatir y resolver los conflictos que se tramitarán en este proceso espe-

cial. Por mucho esfuerzo que la LUM haya desplegado para concretarlo (que lo ha hecho), el concepto de unidad de mercado es, hoy por hoy, de una notable indeterminación, de límites fluctuantes y difusos en un sistema político basado en la autonomía recíproca de las Administraciones territoriales, al que es inherente un cierto grado de desigualdad en las regulaciones respectivas. Los debates procesales acerca de si una determinada medida lesiona o no las libertades de establecimiento y circulación habrán de ser de una notable sutileza y con un importante componente económico (como también sucede en los asuntos de defensa de la competencia); y pretender despacharlos en plazos fugaces de alegación (y sin conclusiones) no puede llevar más que a la chapuza, forzando a la Audiencia Nacional a dictar sentencias de motivación insuficiente, por escasez de elementos de juicio.

## **B) Cuestiones y trámites previos**

### **1. La competencia jurisdiccional**

Como ya antes señalamos, la LUM añadió al artículo 11.1 de la LJCA una nueva letra h), en la que se atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la competencia para conocer “de los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado”.

Esta decisión competencial supone una ruptura de los principios que inspiran el régimen de distribución contenido en los artículos 8 a 12 de la LJCA, que asignan las competencias primariamente en base al órgano que hubiera realizado o dictado la actuación administrativa impugnada. Supone, por tanto, que la Sala de la Audiencia Nacional conocerá de todos estos recursos, con independencia de que la actuación recurrida provenga de una entidad local, de una comunidad autónoma, de la Administración del Estado o de algún ente instrumental de cualquiera de ellas.

Tal ruptura merece un juicio inequívocamente positivo; porque si el valor que pretende asegurar este tipo de procesos es la unidad de mercado, nada sería más desaconsejable que confiar su resolución a órganos jurisdiccionales diversos, cuyas decisiones, potencialmente dispares, no podrían ser reconducidas a criterios unitarios utilizando el peculiar sistema de recursos contra sentencias que rige entre nosotros.

Este mecanismo carece, sin embargo, de una pieza clave para asegurar la completa unidad de criterio. El legislador olvidó en este punto, quizá, que, junto

a los recursos en defensa de la unidad de mercado que interponga la CNMC, se entablarán otros muchos ordinarios por los diferentes operadores económicos y corporaciones (los que hemos examinado en el epígrafe III); recursos que, en defecto de cualquier regla de atribución competencial en la LUM, habrán de ser tramitados y fallados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados Centrales, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y, por qué no, también por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Y olvidó también que algunos de estos recursos podrán dirigirse contra la misma actuación administrativa que, al tiempo, esté siendo objeto de impugnación por la CNMC ante la Audiencia Nacional, pudiendo dar lugar a sentencias radicalmente contradictorias: unas, declarando que las actuaciones respectivas no vulneran la unidad de mercado, y otras, anulándolas por lesionar el referido precepto constitucional.

Si la intención del legislador fue asegurar por la vía judicial la unidad de mercado, esta carencia constituirá el talón de Aquiles de todo el sistema; ello solo podría evitarse atribuyendo a la Audiencia Nacional todos los recursos que, interpuestos por la CNMC o por cualquier otro sujeto, impugnen una actuación administrativa por infracción del principio de unidad de mercado; imponiendo a los demás jueces y tribunales la obligación de declinar el conocimiento de estos asuntos a favor de la Audiencia Nacional (el mecanismo de acumulación previsto en el apartado 8 del artículo 127 ter es manifiestamente insuficiente, como más adelante razonaremos).

## 2. La legitimación de la CNMC

a) Ya señalamos anteriormente que la LUM atribuye la legitimación para incoar estos procesos especiales a la CNMC: legitimación que tiene carácter exclusivo y excluyente de cualquier otra persona o entidad. Aunque tal exclusividad no aparece claramente expresada en el artículo 27.1 de la LUM<sup>2</sup>, este rasgo se deduce de la redacción de los arts. 127 bis, 127 ter y 127 quáter, que únicamente mencionan como recurrente (o, en el último caso, como solicitante de la medida cautelar de suspensión) a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

---

<sup>2</sup> “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

Esta regla constituye una singularidad absoluta: salvo error por mi parte, en ningún caso la ley legitima para interponer un tipo de recursos a una única persona jurídica. No es, sin embargo, la primera vez que el legislador otorga legitimación a entidades públicas, en plural, para interponer recursos<sup>3</sup>, lo cual, como señalé al comienzo de esta colaboración, marca una inesperada tendencia hacia el activismo administrativo en el uso de los instrumentos judiciales.

b) ¿Por qué legitimar a un organismo estatal para interponer estos recursos, y por qué precisamente a la CNMC? Es posible que esta decisión responda a un intento de exhibir una actitud proactiva del Estado en la defensa de la unidad de mercado, no limitándose a esperar pasivamente a que sean los operadores económicos privados quienes protagonicen dicha defensa; y es probable que legitimar a la CNMC tuviera como objeto dar una apariencia de objetividad y tecnicismo a las impugnaciones que hubieran de hacerse de actos y normas de comunidades autónomas, como emprendidas por un organismo público independiente del Gobierno de la Nación.

Ello, de ser cierto, sería a mi juicio tan defendible como equivocado, porque olvida que la unidad de mercado es un objetivo que no solo debe ser medido de acuerdo con los criterios de la ciencia económica o del Derecho; es, sobre todo, un valor de naturaleza política; y se corre el riesgo de que un organismo fuertemente técnico como la CNMC tienda a evaluar las denuncias que se le hagan de lesiones a la unidad de mercado con criterios de ortodoxia económica o jurídica, no políticos. Pero este es, quizá, el precio que ha de pagarse cuando la garantía de dicha unidad se pone, en última instancia, en manos del aparato judicial, en vez de asumirse y defenderse con los instrumentos propios del Gobierno.

c) La decisión de la CNMC de incoar el proceso, o de no hacerlo, es incoercible. La LUM establece una legitimación universal (llamada impropia acción pública: ver más adelante) para solicitar de la Comisión que interponga el

---

<sup>3</sup> Me refiero, en primer lugar, a los recursos en defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, que pueden interponer, cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, “los organismos públicos con competencia en la materia”: artículo 19.1.i, párrafo segundo, de la LJCA, letra que fue añadida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. No hay aquí, sin embargo, exclusividad alguna, ya que dichos recursos pueden también ser incoados por los sindicatos más representativos y las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres. La legitimación de la CNMC tampoco es una novedad, ya que el artículo 5.4 de su Ley de creación (Ley 3/2013, de 4 de junio) legitima también a ésta para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley “de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

recurso; pero tales peticiones no le vinculan en modo alguno. La CNMC deberá valorar “en el plazo de cinco días si procede la interposición de recurso contencioso-administrativo, informando al operador de su decisión” (artículo 27.3). Nos parece evidente que tal decisión no es susceptible de recurso; máxime cuando una negativa a interponer el recurso no deja indefensos a los solicitantes, los cuales podrán, acto seguido, interponer recurso contencioso-administrativo ordinario contra la actuación presuntamente lesiva de la unidad de mercado, cuyo plazo no se iniciará hasta tanto la Comisión no le comunique su decisión negativa (artículo 27.5).

Por lo demás, no podemos dejar de aludir a la notoria imprecisión de que la LUM hace gala al referirse a las personas que pueden formular a la CNMC la solicitud de que recurra la medida que les afecta: el artículo 26 se refiere reiteradamente a “los operadores económicos”; también habilita para elevar estas solicitudes a sus organizaciones representativas, así como a las Cámaras Oficiales de Comercio y las Asociaciones Profesionales (apartados 2 y 8); pero el artículo 27.2 vuelve a referirse solo a los operadores económicos.

Y, para mayor confusión, la disposición adicional quinta establece que “será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y, a través de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ante los Tribunales el cumplimiento de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado”; norma ésta que engloba y hace innecesarios los reconocimientos de legitimación que mencionamos en el párrafo anterior. Y es doblemente superfluo el párrafo segundo de dicha disposición adicional que, como antes vimos, dice que “en particular, se reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos de afectados para ejercer el derecho de petición a que se refiere el artículo 27 de esta Ley”. Parece evidente que si el párrafo primero establece una acción pública, la legitimación específica a las entidades que menciona en su párrafo segundo sobra por completo.

Tampoco podemos dejar de formular un reproche al incorrecto empleo de la expresión “acción pública”. Una acción de este tipo que solo habilita para solicitar a la CNMC que interponga un recurso contencioso, pero que no legitima para interponerlo a quien formula la solicitud, no puede recibir esta denominación, porque se trata de una simple denuncia o de un supuesto de ejercicio del derecho constitucional de petición. No es malicioso suponer que el uso que de esta fórmula hace la LUM no tiene más efecto que el puramente propagandístico, desde el momento en que el establecimiento de auténticas acciones populares solo tiene lugar en los casos en los que el legislador pretende magnificar la relevancia extrema de los valores que intentan protegerse con ellas.

### 3. La personación de interesados como intervinientes

Una novedad no menos notable en el plano de los sujetos intervinientes en el proceso se encuentra en el apartado 7 del artículo 127 ter, según el cual, “durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención, como parte recurrente, cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente”.

El precepto no puede dejar de producir sorpresa, al ser la primera vez en la historia del contencioso español en la que se permite la participación sobrevenida en el proceso, como parte recurrente, de un sujeto distinto del que interpuso el recurso contencioso-administrativo (posibilidad que la jurisprudencia ha excluido en una doctrina invariable). Parece claro que, con esta novedad, el Gobierno ha pretendido controlar estrictamente la iniciación del proceso, impidiendo que lo planteen los reclamantes que lo hubieren solicitado a la CNMC. Varias cuestiones deben resaltarse respecto de esta nueva figura.

a) Primera, quiénes pueden ser intervinientes. La lectura de corrido del texto de los artículos 26 y 27 de la LUM y, después, de los nuevos artículos 127 bis, ter y quáter de la LJCA podría hacer suponer que tendrían derecho a personarse en el proceso especial como intervinientes quienes hubieran ejercitado la reclamación previa ante el Consejo para la Unidad de Mercado y formulado la petición de impugnar a la CNMC. Pero el artículo 127 ter, 7 habla, más genéricamente, de “cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente”; y parece evidente que lo normal será que quienes soliciten intervenir en el proceso sean quienes hayan solicitado a la CNMC que interponga el recurso; pero el precepto permite también la intervención de cualquier otro operador económico provisto de un interés directo (siempre que no hubiera emprendido un recurso contencioso diverso contra la misma actuación que se impugne en éste), aunque no hubiera seguido los trámites de los artículos 26 y 27 de la LUM.

¿Solo los operadores económicos? Dejando a un lado la fuerte ambigüedad de este concepto, nos parece que los redactores de la LUM olvidaron que el artículo 26 de la misma permite formular reclamaciones y peticiones al Consejo para la Unidad de Mercado y a la CNMC también a “las organizaciones representativas de los operadores económicos, incluidas las Cámaras Oficiales de Comercio y las asociaciones profesionales” (apartados 2 y 8). Este olvido fue salvado, no obstante, por el párrafo segundo de la disposición adicional quinta de la LUM, que claramente establece que “se reconoce la legitimación de las corpora-

ciones, asociaciones y grupos de afectados para ejercer el derecho de petición a que se refiere el artículo 27 de esta Ley y para personarse en el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado regulado en el Capítulo IV del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

b) Segunda, cuál sea la naturaleza procesal del tercero interviniente. De la regulación que hace del mismo el apartado 7 del artículo 127 ter se deduce con nitidez que la función que este precepto le asigna no es la propia de un mero coadyuvante de la CNMC. El texto de la norma puntualiza que su intervención es “como parte recurrente” de pleno derecho, lo cual supone dos cosas: i) primera, que “podrá defender las pretensiones formuladas [por la CNMC] o las que el propio interviniente formule”, esto es, pretensiones propias y distintas de la de anulación de la actuación impugnada, como, por ejemplo, las de “el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante” que menciona el segundo párrafo del artículo 127 ter, 6; ii) y segunda, que “podrá utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales para su interés, aunque las consienta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o las demás partes personadas”.

Esta posición como parte recurrente auténtica supone, también, que el proceso no finalizará si la CNMC desistiera de la impugnación emprendida, ya que el artículo 74.5 de la LJCA dispone que “si fueren varios los recurrentes, el procedimiento continuará respecto de aquellos que no hubieren desistido”. Con lo cual puede llegarse a la situación, un tanto paradójica, de que un proceso que solo puede iniciar la CNMC finalice con un único recurrente distinto de la Comisión, que sea quien lleve a término la protección jurisdiccional de la unidad de mercado.

c) Y tercera: la facultad que se atribuye al interviniente de ejercitar pretensiones propias supone la posibilidad de utilizar en su defensa una línea argumental diversa de la que haya utilizado previamente la CNMC como recurrente principal.

Es problemático, sin embargo, si el interviniente podrá emplear motivos de impugnación distintos de la lesión de la unidad de mercado. Tal posibilidad parece vedada por el artículo 26.9 de la LUM, antes mencionado, que obliga a los reclamantes a esgrimir dichos motivos en un proceso ordinario, independiente del que estamos analizando; pero el apartado 6 del artículo 127 ter parece mantener una postura más flexible al decir que “la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circula-

ción, incluida la desviación de poder”; este precepto supone que la fundamentación de este recurso no habrá de basarse exclusivamente en la infracción de los preceptos que, de una u otra forma, protejan la unidad de mercado, sino que podrá alegarse (y acogerse por la sentencia) cualquier otra infracción del ordenamiento, siempre que tal infracción ocasione una lesión a dicha unidad. Es, en suma, lo mismo que el artículo 121.2 de la LJCA establece respecto del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona.

### **C) La interposición del recurso especial**

El artículo 127 bis se refiere de modo muy sumario a la incoación del proceso especial, lo que obliga a completar estas someras alusiones con las normas de los artículos 44 a 48 de la LJCA. Y ello plantea algunas cuestiones de muy distinta dificultad.

1. La primera de ellas, si cabe la formulación del requerimiento potestativo que regula el artículo 44. La cuestión no es ociosa, dado que estos recursos especiales son, por su propia naturaleza, litigios entre Administraciones Públicas.

En nuestra opinión, esta pregunta debe responderse negativamente en el caso de que la CNMC actúe a instancia de alguna de las personas legitimadas para solicitarle la interposición del recurso: en tal caso, la función que desempeña el requerimiento previo está cubierta por el trámite regulado en el artículo 26 de la LUM, que permite a la Administración autora de la actuación considerada como lesiva de la unidad de mercado pronunciarse sobre la reclamación formulada por un particular. No tendría sentido, y sería contrario al principio de celeridad que inspira la regulación de los artículos 127 bis, ter y quáter, permitir la anteposición de un requerimiento que tendría carácter puramente redundante.

Por el contrario, la cuestión debe ser respondida afirmativamente en los casos en los que la CNMC actúe de oficio, como prevé el artículo 27.2 de la LUM. La Comisión, en efecto, puede interponer el recurso especial sin que su actuación haya sido instada por nadie, en base a su propia información. En tales supuestos, no habiendo precedido a la interposición ningún trámite de arreglo amistoso similar al regulado en el artículo 26 de la LUM, el requerimiento previsto en el artículo 44 de la LJCA puede resultar no solo legalmente procedente, sino incluso oportuno.

2. El plazo para la interposición del recurso por parte de la CNMC viene regulado en el apartado 2 del artículo 127 bis, siendo su cómputo distinto según que la interposición del recurso se acuerde de oficio por la Comisión o a instancia de alguna persona.

a) En el primer caso, la LUM remite a los plazos y forma de cómputo establecidos en los apartados 1 a 3 del artículo 46 de la LJCA. No plantea ninguna dificultad el cómputo del plazo cuando lo que vaya a impugnarse sea una disposición de carácter general (siendo el *dies a quo* el de su publicación oficial); pero la regla del artículo 46.1 no será aplicable en el caso de que el recurso vaya a dirigirse contra un acto administrativo, ya que no parece probable que la Administración autora de la actuación lo notifique a la CNMC. En tal supuesto, habrá de estarse a la fecha en la que la Comisión declare haber tenido conocimiento del acto.

Por lo demás, y aunque no serán frecuentes los supuestos en que se vulnere la libertad de mercado mediante una actuación en vía de hecho, en los casos en que pueda producirse nos parece que el plazo de diez o veinte días para interponer que establece el artículo 46.3 es extremadamente reducido para una Administración de las dimensiones y complejidad de la CNMC. Quizá hubiera sido preferible establecer una excepción a lo dispuesto en dicho precepto, y fijar un plazo único de dos meses para el recurso contra todo tipo de actuaciones administrativas.

b) Cuando la interposición del recurso se realice aceptando la solicitud de una persona, “el plazo de dos meses se computará desde la [fecha de] presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, dice el apartado 2 del artículo 127 bis. La interpretación de la regla no ofrece dificultad alguna; solo cabe advertir de la desproporción que existe entre este plazo y el fijado en el artículo 27.3 de la LUM, según el cual la CNMC dispone de solo cinco días para adoptar una decisión sobre la solicitud que haya formulado un ciudadano (que es la tarea que puede consumir un mayor lapso de tiempo), y de dos meses para preparar un escrito de interposición que no exige más de media hora de trabajo.

3. Ni la LUM ni la LJCA aluden a los requisitos del escrito de interposición ni a sus documentos anejos, que lógicamente habrán de ser los mismos que prevé, para el procedimiento ordinario, el artículo 45, apartados 1 y 2, de la LJCA. Su comentario no corresponde al objeto de este trabajo; pero sí debe llamarse la atención acerca de la necesidad de que el representante o defensor procesal de la CNMC aporte el coloquialmente llamado “acuerdo corporativo” que menciona el apartado 1.d) del artículo 45; esto es, el acuerdo adoptado por el órgano competente de la Comisión en orden a la interposición del recurso; en la actualidad, dicho órgano es el Consejo de la Comisión de conformidad con lo establecido en el art. 8.2.f) de su Estatuto Orgánico (Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), que le atribuye la función de “acordar, a propuesta del Secretario del Consejo o de otras autoridades competentes de la Comisión, la interposición de recursos”.

Por supuesto, cabe la posibilidad de que la incoación del recurso se realice no con un sencillo escrito de interposición, sino directamente mediante demanda. El artículo 46.5 de la LJCA admite esta modalidad de iniciación en los procesos dirigidos “contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados”; y ésta es una hipótesis que no será rara que se dé en estos recursos especiales, muchos de los cuales se emprenderán contra disposiciones generales de las distintas Administraciones públicas y desde una perspectiva abstracta y general, esto es, por su potencialidad para causar lesiones a las libertades de establecimiento y circulación, antes incluso de que hayan podido ser objeto de aplicación a sus destinatarios privados; pleitos en los que, por tanto, no existirán aún terceros interesados.

### **D) Las medidas cautelares**

El régimen de medidas cautelares aplicable a este proceso especial, contenido en el artículo 127 quáter, es su rasgo más notable y singular. Se trata de un régimen similar al previsto en los artículos 128 y siguientes de la LJCA, en el que destaca la singularidad de la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, a la que se da carácter automático; una técnica directamente inspirada en el artículo 161.2 CE para el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas.

#### **1. La solicitud y su alcance**

Las partes recurrentes pueden solicitar cualquier medida cautelar en el curso del proceso (artículo 127 quáter, 1), de acuerdo con el régimen general de *numerus apertus* o medidas innominadas.

La solicitud de medidas cautelares puede ser hecha por cualquiera de las partes recurrentes. El artículo 127 quáter, 1 menciona solo a la CNMC; pero es obvio que el tercero interviniente, en su condición plena de recurrente, puede también solicitarlas, incluida la suspensión de la ejecución o aplicación de la disposición o acto impugnados.

#### **2. El carácter automático de la suspensión**

Con excepción de la suspensión solicitada por la CNMC (que es, como decíamos, automática), la tramitación y otorgamiento de las restantes medidas cautelares, tanto si son solicitadas por la Comisión como por los terceros intervinientes, se sujeta a las normas generales de la LJCA (artículo 127 quáter, 3); lo que significa que la suspensión pedida por el tercero interviniente (si no lo hu-

quiera hecho ya la CNMC, claro está) habrá de tramitarse y otorgarse por el órgano jurisdiccional, en su caso, con sujeción a dichas normas generales.

En cuanto a la suspensión pedida por la CNMC, debemos recordar que, en el régimen general establecido por la LJCA, las medidas cautelares se adoptan siempre mediante una decisión del órgano jurisdiccional ante el que se interpone el recurso (y, salvo en el supuesto de las medidas urgentes previstas en el artículo 135, previa audiencia de las demás partes procesales). En cambio, de acuerdo con el apartado 2 de este artículo, la suspensión se produce automáticamente, una vez solicitada por la CNMC, y “una vez admitido el recurso”: esto es, en el momento en que el Secretario judicial dicta la resolución de admisión correspondiente (art. 45.2 LJCA).

La suspensión, pues, se produce *ex lege*, sin necesidad de que ninguna resolución del órgano jurisdiccional lo declare o acuerde; y, lo que no es menos importante, tiene lugar *inaudita altera parte*, esto es, sin que para ello deba oírse a las partes demandadas (lo que, por otro lado, no sería posible en este momento inicial del proceso, en el que ni siquiera ha llegado noticia formal de su existencia a la Administración demandada).

### 3. El momento de producción de la suspensión

Pero es dudoso que, como parece decir el artículo 127 quáter, la suspensión surta efectos con la mera resolución de admisión del recurso. Es preciso, como mínimo, que dicha resolución sea notificada a la Administración demandada para que ésta pueda cumplirla; y dicha notificación se producirá, normalmente, junto con la resolución de admisión y la reclamación del expediente.

Y aun esto no será suficiente cuando lo que se impugne en el recurso sea una disposición de carácter general. Téngase en cuenta que el artículo 134.2 de la LJCA (recordemos: supletoriamente aplicable a este proceso especial) dispone que “la suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2”; precepto que dispone que “el Secretario del órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia”. Y estas normas han de ser completadas, a su vez, con lo dispuesto en el artículo 72.2, también de la LJCA, establece que “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”.

Todo ello supone que la Administración demandada no podrá hacer aplicación de la norma suspendida a partir de la fecha de recepción de la comunica-

ción del Secretario judicial; pero que la suspensión no tendrá efectos frente a terceros sino a partir de la fecha en la que la resolución del Secretario se inserte en el diario oficial correspondiente.

#### 4. Inexigibilidad de caución

En el régimen general de medidas cautelares, la Administración que hubiere realizado la actuación recurrida, y las restantes partes demandadas, pueden solicitar al propio órgano jurisdiccional que adoptó una medida cautelar la indemnización de los daños que ésta les hubiere causado, una vez que la medida pierda su eficacia (art. 133.3 de la LJCA); y, para asegurar el pago de dicha indemnización, el apartado 1 del mismo artículo habilita al órgano jurisdiccional para exigir la prestación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos daños.

Sin embargo, el artículo 127 quáter, 2, exime a la CNMC de la obligación de afianzar el abono de las indemnizaciones antes aludidas. Pero de la exención de esta obligación (que, por otra parte, es un privilegio general de todos los entes públicos: respecto del Estado, véase el art. 12, párrafo primero de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas) no puede deducirse, en modo alguno, una paralela exención del deber de indemnizar los daños que la suspensión automática pudiera producir; que es una obligación autónoma, independiente de la de garantizar su abono. La excepción del deber de afianzar que este art. 127 quáter establece no conlleva la exención del deber de indemnizar.

#### 5. El levantamiento de la suspensión

En el régimen general de medidas cautelares, la suspensión que se hubiera acordado puede ser objeto de revocación, a lo largo del proceso, “si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado” (art. 132.1). En este procedimiento especial, en cambio, el legislador prefirió continuar aplicando el modelo previsto por el art. 161.2 CE, atribuyendo al tribunal la facultad de levantar la suspensión, automáticamente producida, en un plazo de tres meses. Las características de este trámite son las siguientes:

a) El levantamiento de la suspensión solo podrá acordarse a solicitud de la Administración demandada: lo dice con toda claridad el precepto al disponer que “la Administración cuya actuación se haya recurrido podrá solicitar el levantamiento de la suspensión...”. No cabe, por tanto, el levantamiento de oficio de la suspensión.

b) La solicitud debe formularse “en el plazo de tres meses desde su adopción”. La expresión no es enteramente concluyente, pudiendo suscitarse la duda de si la

petición ha de formularse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de producción automática de la suspensión (esto es, desde la fecha de la resolución del tribunal admitiendo a trámite el recurso), o si solo puede formularse una vez expirado dicho plazo.

El paralelismo que esta norma guarda con el art. 161.2 CE (que dice que “el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”) aconseja optar por la primera de las interpretaciones apuntadas; lo que significa, a efectos prácticos, que el levantamiento podrá solicitarse de modo inmediato (esto es, incluso el día siguiente a aquél en que la Administración demandada tenga conocimiento de la suspensión producida).

c) La solicitud ha de motivarse, necesariamente, mediante justificación razonada de que del mantenimiento de la suspensión “pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el tribunal ponderará en forma circunstanciada” (fórmula ésta que es, literalmente, la que el art. 130.2 LJCA utiliza para referirse a los motivos de denegación de una medida cautelar).

Ello no supone que los intereses a ponderar por el tribunal hayan de ser, exclusivamente, los propios que la Administración demandada persiguió al realizar la actuación que se impugna en el proceso. El párrafo segundo de este apartado 2 alude a “los intereses en conflicto”, pues la suspensión también persigue proteger intereses distintos de los de la Administración demandada: los propios de la necesidad de proteger la unidad de mercado. La decisión judicial sobre el levantamiento de la suspensión deberá ponderar, por tanto, todos estos intereses contrapuestos, inclinándose por levantarla cuando los lesionados propios de la Administración demandada sean de una intensidad superior a los que la impugnación pretende proteger.

d) Antes de resolver sobre la solicitud de levantamiento de la suspensión, el tribunal deberá oír, por plazo de diez días, a la CNMC en defensa de aquélla. Naturalmente, si en el proceso hubieran comparecido otras personas, tanto a título de partes demandadas como demandantes (al amparo en este caso de lo previsto en el art. 127 ter, 7), entendemos que deberán ser igualmente oídas, por el mismo plazo.

## **E) Diligencias preliminares del proceso**

### **1. Reclamación del expediente administrativo**

El artículo 127 ter, apartado 1, dispone que “en el mismo día de la interposición del recurso [...] o en el siguiente, el Secretario judicial requerirá con carác-

ter urgente al órgano administrativo correspondiente, [...] para que en el plazo máximo de cinco días a contar desde la recepción del requerimiento remita el expediente acompañado de los informes y datos que se soliciten en el recurso, con apercibimiento de cuanto se establece en el artículo 48”.

Pese a su aparente simplicidad y semejanza con lo dispuesto en el artículo 48.1, esta norma plantea algunas cuestiones.

a) En primer lugar, la relativa al momento de reclamación del expediente. Según el precepto, ha de producirse el mismo día en que la CNMC interponga el recurso o, como máximo, en el siguiente. Esta disposición responde, sin duda, al criterio de celeridad extrema que el legislador quiso imprimir a este proceso; pero es tan voluntarista como imposible de cumplir en la mayor parte de los casos.

En efecto: para poder reclamar el expediente, el Secretario Judicial debe, de acuerdo con el artículo 45.3 de la LJCA, examinar previamente el escrito de interposición y sus documentos anejos para cerciorarse de “la validez de la comparecencia”, y acto seguido dictar resolución admitiendo el recurso. Pero, para realizar estas operaciones, es preciso que el escrito presentado por la CNMC en el Registro de la Audiencia Nacional llegue físicamente al Secretario Judicial, y que éste examine y despache, por su orden de llegada, todos los restantes documentos que ese mismo día hayan ingresado en el Registro, que pueden ser muy numerosos. Todo ello puede consumir varias jornadas de trabajo, de manera que será excepcional que el plazo preteritorio establecido en el precepto antes transcrito pueda observarse. Sin duda, hubiera sido preferible hablar de “a la mayor brevedad” u otra fórmula semejante.

b) Es extraño que la Ley no haga ninguna mención a la resolución del Secretario Judicial por la que declare la admisión del recurso. Es cierto que ya se refiere a ella el artículo 45.3 de la LJCA, supletoriamente aplicable; pero una alusión explícita no hubiera sido superflua, porque en este proceso especial dicha resolución posee una importancia mayor que en el proceso ordinario, ya que, como vimos en el anterior epígrafe D.3, es el acto que determina la producción de la suspensión del acto o disposición impugnados. Como también se echa en falta una referencia a la comunicación que habrá de hacerse de tal resolución a la Administración demandada (cuya recepción determinará el comienzo efectivo de la suspensión) y a su publicación oficial, cuando el recurso se dirija contra una disposición de carácter general.

c) ¿A qué expediente administrativo se refiere la Ley, y a quién ha de reclamarse? En cuanto a lo primero, téngase en cuenta que en estos procedimientos hay dos expedientes: de una parte, el que dio lugar a la aprobación de la dispo-

sición o acto administrativo objeto del recurso, y que deberá haber sido tramitado por la Administración demandada; de otra, el expediente que se habrá constituido en el procedimiento de la reclamación ante el Consejo para la Unidad de Mercado y, después, ante la CNMC, que regulan los artículos 26 y 27 de la LUM.

En nuestra opinión, el expediente a reclamar es el primero de los mencionados, pues es el que se refiere a la formación del acto o disposición impugnados. Pero no puede eludirse el hecho de que dicho expediente no proporcionará excesivos elementos de juicio al tribunal que conozca del recurso, porque la ilegalidad del acto o disposición impugnados derivará no de elementos intrínsecos, sino de sus efectos: cuando dicho acto o disposición produzca una lesión en la unidad de mercado; y, para valorar la existencia de tal lesión, será mucho más ilustrativo el segundo expediente antes aludido, que es donde se habrá debatido la existencia o inexistencia de una lesión a las libertades de establecimiento y circulación. Pero este segundo expediente, pese a su mayor utilidad, no es el que debe remitirse por la Administración demandada, porque tampoco se hallará en su poder, sino en el del Consejo para la Unidad de Mercado o de la CNMC; y este segundo expediente deberá ser aportado por la representación procesal de la CNMC junto con el escrito de demanda, en la medida en que dé soporte a su impugnación.

d) El expediente que la Administración demandada ha de remitir deberá ir “acompañado de los informes y datos que se soliciten en el recurso”. El artículo 127 ter, 1, no da indicación alguna de a qué informes y datos quiere referirse (el artículo 48 de la LJCA no contiene una mención similar); ello parece suponer que se pretende abrir a la CNMC una posibilidad de requerir el envío de cualesquiera informaciones que fueren necesarios u oportunos para ponderar en qué medida la citada actuación puede suponer una vulneración de las libertades de establecimiento y circulación.

Esta ampliación del expediente está tomada del artículo 116.1 de la LJCA, relativo al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, pero con una variación relevante: en dicho procedimiento, los informes y datos que la Administración demandada haya de remitir son los que la misma “estime procedentes”, mientras que en el proceso especial que examinamos en este trabajo son los que la CNMC exija en su escrito de interposición. Y la dificultad surgirá, obviamente, en el caso, harto probable, de que dichos informes y datos no obren en el expediente administrativo y que, por tanto, hayan de elaborarse *ad hoc*. No nos parece inadecuada esta facultad de reclamar tales informaciones; pero la posibilidad de cumplirla se da de bruces con la exigencia de que el expediente, y tales informaciones, hayan de remitirse a la Audiencia Nacional en el brevísimo plazo de cinco días, que será de muy difícil cumplimiento.

La fijación de un plazo tan fugaz (que también está tomado del procedimiento de protección de derechos fundamentales), responde nuevamente a las prisas del legislador, que pretende imprimir al proceso un ritmo artificialmente acelerado. Pero, en este caso, tal urgencia juega justamente en contra de la pretensión de celeridad, porque i) lo normal es que el expediente no llegue a la Sala en el plazo indicado; ii) como “la falta de envío del expediente administrativo dentro del plazo previsto en el apartado anterior no suspenderá el curso de los autos” (artículo 127 ter, 2), la CNMC se verá obligada a formalizar su demanda sin tener a la vista el expediente y los informes y datos que haya solicitado; y iii) cuando tales informes y datos lleguen finalmente al órgano jurisdiccional, este deberá dar un plazo adicional de alegaciones (artículo 127 ter, 3), con lo que el tiempo “ganado” con el mínimo plazo de envío del expediente se perderá con creces con el que haya de consumir dicho plazo de alegaciones complementarias. Como se dice coloquialmente, para ese viaje no se necesitaban tales alforjas.

## 2. Emplazamiento de los interesados

De acuerdo con el artículo 48.1 de la LJCA, en el oficio en que se reclame el expediente administrativo se ordenará a la Administración demandada que practique los emplazamientos previstos en el artículo 49: esto es, a todos cuanto aparezcan interesados en el proceso.

Aunque el artículo 127 ter no hace referencia a este trámite, su obligatoriedad es evidente y no necesita ser justificada. Pero no puede ocultarse que su cumplimiento planteará, en numerosas ocasiones, dudas insolubles a la Administración demandada, habida cuenta del carácter abstracto que tendrán no pocas impugnaciones; porque incluso en los casos en los que se recurra un acto administrativo singular, la sentencia puede afectar a múltiples operadores económicos; a miles, sin hipérbole alguna.

No es fácil indicar a quién habrá de emplazarse para personarse en el recurso. Desde luego, si previamente a su interposición se hubiera seguido por alguna persona los procedimientos de reclamación regulados en los artículos 26 y 27 de la LUM, la misma deberá ser necesariamente emplazada. Pero no se puede ir más allá, porque, por las razones antes mencionadas, será prácticamente imposible adivinar qué personas físicas o jurídicas (incluso otras Administraciones) pueden tener interés en el resultado del litigio.

Por ello, creemos que hubiera sido aconsejable que el artículo 127 *ter* hubiera previsto algunas modalidades de difusión del litigio distintas del mero emplazamiento personal. Aun siendo consciente de su escasa eficacia en el plano de la publicidad material, no habría sido impertinente que la interposición de estos pro-

cesos fueran objeto de la publicación oficial prevista en el artículo 47.2 de la LJCA; si bien invirtiendo la regla que el mismo establece, ya que la publicación de los recursos interpuestos contra una disposición de carácter general sería innecesaria si, como antes expusimos, se inserta en un periódico oficial la suspensión de la norma impugnada. Y, dado el alcance general que estos recursos tienen, tampoco sería desacertado que la CNMC publicitara su interposición en su página web.

### 3. La acumulación y sus problemas

El apartado 8 del artículo 127 *ter* dispone que “la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordará la acumulación al promovido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de todo procedimiento que, iniciado por un operador económico ante el mismo u otro órgano jurisdiccional, se dirija frente a la misma disposición o actuación y se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación conforme a lo previsto en esta Ley”.

Esta norma, cuya justificación no es preciso explicitar, por notoria, merece también algunos comentarios.

a) Ante todo, debe hacerse mención de la singularidad que supone este régimen de acumulación frente al previsto en el artículo 37.2 de la LJCA, del que es una aplicación concreta. Como es bien sabido, acordar la acumulación de procesos entraña una valoración del grado de conexión que existe entre sus diversos objetos; lo cual, unido a la expresión que el citado precepto utiliza (“...el órgano jurisdiccional *podrá* en cualquier momento procesal, [...] acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas [de las partes], ha llevado a la jurisprudencia a considerar esta decisión como discrecional del órgano jurisdiccional (STS de 3 de marzo de 2004, Rec. 3053/2001, con cita de jurisprudencia anterior). El apartado 8 del artículo 127 *ter*, por el contrario, parece imponer la acumulación con carácter obligatorio: “la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional *acordará* la acumulación...”.

b) Esta obligación de acumular no afecta, sin embargo, a todos los supuestos contemplados en el artículo 37.2 citado: sólo al previsto en el apartado 1 del artículo 34, cuando las pretensiones se ejerzan “en relación con un mismo acto, disposición o actuación”, y siempre que el recurso se fundamente en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación.

¿Pueden, no obstante, acumularse facultativamente procesos en los que no concurren estos requisitos? En líneas generales, esta pregunta debe responderse

negativamente. Desde luego, la acumulación parece improcedente cuando la impugnación de los mismos actos o disposiciones se base en motivos ajenos a la vulneración de la unidad de mercado: dada la estricta finalidad del proceso especial que analizamos en este trabajo, la acumulación no tendría sentido y sería disfuncional. Y lo mismo cabe decir de procesos que tengan por objeto actos o disposiciones diversas, solo relacionados por su fundamento impugnatorio: sería absurdo, por ejemplo, que estando dirigido el proceso incoado por la CNMC contra un acto por el que se impone a un operador el deber de residencia en el territorio de una comunidad autónoma (artículo 18.2.a, 2.º de la LUM), se acumule a él otro en el que lo que se impugnara fuese la negativa al reconocimiento de la autorización expedida por otra Administración pública (artículo 20.1.a de la LUM); la continencia de la causa exige una cierta homogeneidad no sólo en los motivos impugnatorios, sino también en cuanto al objeto del recurso.

En este último supuesto solo cabría, a nuestro juicio, la acumulación de procesos dirigidos contra actos entre los que existiese una relación directa: por ejemplo, que se impugnasen preceptos diversos de un mismo texto reglamentario, o un acto de aplicación del reglamento recurrido por la CNMC; o un reglamento de desarrollo de éste.

c) En cualquier caso, la acumulación de estos procesos ofrecerá dificultades considerables cuando se hayan interpuesto ante órganos distintos a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Es evidente que dicha Sala carece de medios hábiles para conocer los recursos que, interpuestos por particulares o entidades asociativas, se tramiten ante otros órganos jurisdiccionales con el mismo fundamento de vulneración de la unidad de mercado. Pero tampoco dichos particulares y entidades asociativas disponen de medios para tener noticia de los que interponga la CNMC, salvo los que se inicien por ésta contra disposiciones generales y sean objeto de suspensión (la cual, como antes vimos, debe ser objeto de publicación en un diario oficial), o aquellos de considerable importancia de los que se hagan eco los medios de comunicación.

Es previsible, pues, que la norma del apartado 8 del artículo 127 ter tendrá un grado muy limitado de eficacia, salvo respecto de los procesos que, con idéntica fundamentación, se tramiten ante la propia Audiencia Nacional. A ello han de añadirse no solo la resistencia, muchas veces comprensible, que todos los órganos jurisdiccionales muestran a la acumulación de procesos, por la complejidad exponencial que exige su fallo conjunto, sino también la propia celeridad que los artículos que comentamos imponen a este proceso: si ya es dudosamente realista (y razonable) pretender que procesos de esta dificultad e importancia se sentencien en el plazo de cinco días (artículo 127 ter, 6), resolver en el mismo plazo cinco o seis procesos acumulados en los que habrían de valorarse motivos de im-

pugnación distintos a la lesión de la unidad de mercado, y pretensiones diversas de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas o indemnizatorias, se convierte en una fantasía de ciencia ficción.

Es muy probable que los redactores de esta norma tuvieran *in mente* la exclusiva acumulación, al interpuesto por la CNMC, de aquellos procesos contenciosos ordinarios emprendidos por particulares, corporaciones o asociaciones profesionales que, habiendo iniciado el trámite de reclamación ante el Consejo de Unidad de Mercado regulado en el artículo 26 de la LUM, optaran después por litigar independientemente. Dado que dichas personas se encontrarán identificadas en los documentos que la CNMC aporte con su demanda, sería preferible que se procediera a su emplazamiento y se les ofreciera intervenir en el proceso principal en la forma prevista en el artículo 127 ter, 7; requiriéndoles información acerca de los procesos separados emprendidos por ellos, a efectos de su posible acumulación.

## F) Fase de alegaciones y prueba

La fase del proceso referida al debate entre las partes merece muy escasos comentarios. Su regulación en los apartados 3 a 5 del artículo 127 ter se halla, una vez más, fuertemente inspirada en la del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (artículo 118 a 120 de la LJCA), de la que es un calco notorio, salvo en la ausencia de participación del Ministerio Fiscal y en la muestra de una leve generosidad al fijar la duración de los plazos para formalizar demanda y contestación (diez días en lugar de ocho).

Esto no obstante, estos apartados exigen algunas consideraciones; en este caso, claramente críticas.

a) En primer lugar, y al igual que sucede en el procedimiento tomado como modelo, se excluye la entrega del expediente a las partes para formalizar su demanda y contestación, que es sustituida por su puesta de manifiesto a los representantes de las partes en la Secretaría de la Sala. Esta opción nos parece claramente desafortunada tratándose de asuntos tan complejos y delicados, que exigirán un trabajo conjunto dentro de cada una de las Administraciones litigantes; hacerlo sobre la base de las notas manuscritas que el representante procesal pueda tomar, o de las fotocopias sueltas que pueda conseguir, y en diez días, es una incitación al desaliño. La unidad de mercado parece que exigiría una forma de actuar más reflexiva y pausada.

b) Se prevé un “trámite adicional de alegaciones a las partes” en el caso de que el expediente administrativo no haya llegado a la Sala en el plazo que impo-

ne el apartado 1 de este artículo 127 ter; trámite que, por la extrema brevedad del plazo de envío del expediente, habrá de utilizarse en la mayoría de los casos, neutralizando la celeridad que pretende imprimirse a la tramitación del recurso con la fijación de dicho plazo, como ya advertimos anteriormente. A esta incoherencia habrá de sumarse la escasa cortesía mostrada por el legislador, que no se molestó en fijar la duración de este trámite de alegaciones: creemos que podría ser aplicable el de diez días que establece el artículo 53.2, por más que los supuestos de hecho de ambos preceptos no sean idénticos; lo que hace que la analogía resulte un tanto discutible.

c) La Ley insiste en el ridículo énfasis (que también se encuentra en los artículos 118 y 119) de calificar de “improrrogables” los plazos para formalizar la demanda y la contestación, cuando a nadie se le oculta, a estas alturas de la película, que dichos plazos pueden ser ampliados hasta el día siguiente a la fecha de notificación del auto declarando la caducidad de los respectivos trámites, como prevén los artículos 52.2 y 128.1 de la LJCA.

d) Y, asimismo, y siempre en la línea de acortar al máximo la tramitación de estos procesos, se guarda un equívoco silencio en relación con dos trámites relevantes propios del procedimiento ordinario (desde luego, con clara intención de suprimirlos): de una parte, el de alegaciones previas regulado en los artículos 58 y 59 (que quizá se suprime bajo la hipótesis de la breve duración teórica del proceso, que permitiría decidir sobre las causas de inadmisibilidad directamente en la sentencia); y, de otra, el de vista o conclusiones, sobre el que también guardan silencio los artículos relativos al procedimiento de protección de los derechos fundamentales y que, por tanto, ha de entenderse excluido de este proceso especial; sin ningún fundamento sólido, ya que una segunda ocasión para alegar puede ser más que aconsejable en asuntos que normalmente revestirán una seria complicación y en los que la prueba poseerá una relevancia considerable.

## **G) Terminación del proceso**

### **1. La sentencia y su contenido**

El apartado 6 del artículo 127 ter se refiere a la sentencia con la que ha de concluir este proceso, en una discutible copia literal de los apartados 1 y 2 del artículo 121 de la LJCA, también referidos al procedimiento de protección de los derechos fundamentales. Con él se hace bueno el dicho de que no hay un mal modelo que no pueda ser empeorado por una copia. En efecto:

a) Se toma del artículo 121.1 el absurdo plazo de cinco días para dictar sentencia. A ello ya nos hemos referido anteriormente en diversas ocasiones, por lo

que, por respeto al legislador, no añadiremos más: una norma condenada al desuso desde su primer día de vigencia.

b) Se reproduce el mismo defecto en que incurre el artículo 121.2 de no referirse más que a uno de los posibles pronunciamientos de la sentencia, como si no cupiera otro distinto del de estimación del recurso.

Es cierto que la finalidad de esta mención (que podría haberse sustituido con ventaja por una referencia a lo dispuesto en los artículos 68 a 73 de la LJCA) radica en la exigencia, para que el fallo estimatorio pueda pronunciarse, de que la infracción del ordenamiento jurídico “afecte a la libertad de establecimiento o de circulación”. Pero dicha puntualización es tan ociosa como la que el artículo 121.2 hace a que la infracción del ordenamiento debe suponer la vulneración de un derecho constitucional susceptible de amparo, porque la exigencia está implícita en la propia existencia de este proceso especial: un recurso que solo puede interponerse cuando se estime que una actuación administrativa “sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado” (artículo 127 bis 1), es evidente que no puede estimarse por el tribunal más que cuando se aprecie la efectiva existencia de una infracción que afecte a estas libertades. En resumen: una obviedad.

c) No es obvia ni irrelevante, por el contrario, la precisión que se hace de que la sentencia, además de corregir la conducta infractora (a lo que nos referiremos en el epígrafe siguiente) se pronunciará sobre “el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta haya causado”.

En primer lugar, la sentencia podrá también reconocer una situación jurídica individualizada (artículo 71.1.b LJCA) en el caso de participación en el proceso de un tercero interviniente (artículo 127 ter, 7), a favor del mismo y siempre que lo haya solicitado; no es justificable el silencio sobre este punto, que podría apoyar una interpretación (errónea) *a contrario sensu*, en el sentido de que la sentencia que se dicte en este proceso especial no podría declarar tal reconocimiento, al no haberlo mencionado.

Y, en segundo lugar, es ociosa y comprometida la precisión de que el pronunciamiento de indemnización de daños y perjuicios incluye el lucro cesante, al que el artículo 71.1.d) no alude: es ociosa porque el deber indemnizatorio incluye, por definición, la compensación tanto del daño emergente como del lucro cesante (por más que la jurisprudencia le haya impuesto mil limitaciones); y es comprometida, porque su inclusión en este artículo podría avalar, nuevamente, una interpretación sistemática *a contrario sensu* del citado artículo 71.1.d): si el artículo

127 ter menciona expresamente la indemnizabilidad del lucro cesante, podría pensarse que dicho concepto no debe entenderse compensable en los restantes preceptos de la LJCA que se refieren, genéricamente, a la indemnización de daños y perjuicios.

d) Y mucho más sorprendente aún, por fin, es la indescriptible prevención contenida en el párrafo segundo del citado apartado 6 del artículo 127 ter, según la cual “conforme a lo dispuesto en el artículo 71, la sentencia que estime el recurso implicará la corrección de la conducta infractora”.

Veamos: primero, el artículo 71 de la LJCA no habla en ningún momento de la “corrección”, sino de anulación total o parcial; segundo, lo que “corrige” o anula la sentencia no es ninguna “conducta infractora”, sino un acto administrativo o una disposición de rango inferior a la ley; tercero, que la infracción no es cometida por ninguna “conducta”, sino por el resultado de la misma, que son el acto o disposición recurridos; y cuarto, último y principal, que, si esta surrealista expresión no es producto de un *lapsus calami*, hubiera sido muy positivo y conveniente que se explicara a los aplicadores de la ley qué significa que la sentencia “implique” la “corrección de la conducta infractora”. Un recurso contencioso no puede perseguir otra finalidad que la anulación del acto o disposición impugnados, y dicha anulación producirá los efectos inherentes a la misma: prohibición de ejecutar el acto o aplicar en lo sucesivo la disposición anulada, al privarles de su validez; evidentemente, lo que la sentencia no puede imponer a la Administración demandada es la prohibición de dictar en lo sucesivo un acto o disposición iguales o equivalentes, ni amonestarle (que es uno de los sinónimos de “corregirle”) por haber ocasionado un atentado ilegítimo a la unidad de mercado.

El mejor destino que cabe a los dos primeros párrafos del apartado 6 del artículo que comentamos es su más completo olvido.

## 2. La forma de la sentencia y las sentencias *in voce*

Hasta el primer párrafo del apartado 6, el artículo 127 ter se limita a efectuar una mala copia de los preceptos reguladores del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. En el segundo, en cambio, se lanza con osadía a la innovación normativa, con los resultados que acabamos de exponer; y en los siguientes párrafos del apartado insiste en la misma línea creativa, alumbrando una nueva genialidad de la ingeniería procesal: las sentencias pronunciadas *in voce*.

a) No es necesario recordar que esta forma de dictar las sentencias carece de precedentes en el sistema español de justicia administrativa, y que la LJCA no las

admite en supuestos que podrían estar justificados: no lo hace en la vistilla prevista en el artículo 135.1.a) para la confirmación o levantamiento de la medida cautelar adoptada *inaudita altera parte*, ni tampoco en el procedimiento abreviado (artículo 78.20), en el que quizá podría emplearse para resolver litigios sencillos y repetitivos (por ejemplo, multas de tráfico, expulsiones de extranjeros e inadmisión de peticiones de asilo; y no en todos los casos).

Pero es difícil imaginar un tipo de procesos en los que esta forma de dictar sentencia sea menos adecuada.

Hemos recordado reiteradamente que los procesos en garantía de la unidad de mercado serán, normalmente, de una importante complejidad; no solo jurídica, sino sobre todo económica, porque apreciar que una determinada actuación administrativa produce, o no, una lesión de las libertades de establecimiento o circulación exigirá un razonamiento detallista y muy matizado. Serán, también, de una notable delicadeza, porque lo que se resolverá en todos los casos será, en definitiva, un conflicto entre la norma estatal y las disposiciones o actos que las Comunidades Autónomas o las entidades locales hayan dictado en ejercicio de sus competencias. Para confirmar estas apreciaciones no cabe mejor ejercicio que la lectura de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dedicadas, igualmente, a enjuiciar las medidas lesivas de estas dos libertades por cada uno de los Estados miembros.

Pretender sustituir una sentencia escrita por una exposición oral improvisada sobre temas tan complejos y delicados es, dicho sin ambages, una insensatez que ningún miembro de la carrera judicial osará cometer; supongo, salvo apoyándose en un texto escrito que haya elaborado cuidadosamente (en cuyo caso, lo preferible sería convertirlo en una sentencia ordinaria). Porque cualquier sentencia que se dicte en esta materia (sobre todo si es estimatoria) entrañará una censura implícita muy seria a la Administración demandada: no solo por imputarle una vulneración de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Constitución, sino porque dicha infracción atenta a dos de las libertades básicas sobre las que se asienta todo el edificio europeo; y será objeto de críticas aceradas y de imputaciones solapadas de centralismo (o de autonomismo desaforado).

b) Pero no se trata solo de la inadecuación de las sentencias *in voce* al objeto de este proceso especial. En el desarrollo que el propio apartado 6 hace de esta peculiar forma de sentenciar encontramos algunas otras prevenciones que merecen un breve comentario; por desgracia, nada favorable.

En primer lugar, el detalle del contenido de la exposición oral de la sentencia. El magistrado encargado de la misma (¿el ponente?) deberá relatar “los razona-

mientos en que sustente su decisión, resolviendo sobre los motivos que fundamenten el recurso y la oposición y pronunciando su fallo”. Aparte de que los razonamientos de la decisión y la valoración de los motivos del recurso y la oposición son una y la misma cosa, formulemos dos preguntas: ¿la sentencia no ha de hacer alusión alguna a los antecedentes de hecho? Y los contenidos que este precepto menciona, ¿no son los que enumera el artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil? ¿Para qué repetirlos (con omisiones) entonces?

Y, en segundo lugar, la prescripción del párrafo cuarto, según la cual “la no comparecencia de todas o alguna de las partes no impedirá el dictado de la sentencia de viva voz”. Es evidente que una sentencia debe poder dictarse, se hallen o no presentes las partes. Pero ¿podría explicárcenos qué finalidad tiene una sentencia dictada de viva voz ante un auditorio vacío? ¿Acaso se obliga a algún profesor a dictar una clase estando el aula sin un solo alumno? ¿Qué oscura finalidad pretende someter a los miembros de la Sala a una situación tan absurda y desairada?

c) En estas condiciones, no sería extraño que la aplicación de esta peculiar modalidad de dictar sentencias quede inédita. Y muy probablemente será así, paradójicamente, por la propia regulación que el artículo 127 ter, 6 hace de la misma.

En efecto. Dicho precepto admite el pronunciamiento de las sentencias *in voce* solo “cuando se trate de asuntos en los que no quepa ulterior recurso” contra las mismas; recurso que será el de casación, único que procede contra las sentencias dictadas por la Sala de la Audiencia Nacional en única instancia (artículo 86.1 de la LJCA). Y resulta que, dada la configuración que se da a este recurso, su admisión procederá en todos los casos, ya que i) las impugnaciones que haga la CNMC de actuaciones contrarias a la unidad de mercado serán siempre de cuantía indeterminada, no siéndoles de aplicación el umbral establecido en el artículo 86.2.b) de la LJCA, y ii) las sentencias no podrán versar sobre cuestiones de personal, ni sobre las dos restantes excepciones establecidas en las letras c) y d) del mismo artículo y apartado.

Por fortuna, el propio legislador ha puesto remedio al dislate que supone esta exótica modalidad de sentenciar.

### 3. La extensión de efectos de la sentencia

Además de los nuevos preceptos de la LJCA que hemos venido analizando en las páginas precedentes, la disposición final primera de la LUM introduce una modificación en el apartado 1 del artículo 110 de aquélla: una modificación for-

malmente muy leve, consistente en la adición, a la relación inicial de materias cuyas sentencias son susceptibles de extensión de efectos (“En materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública...”), el inciso “y de unidad de mercado”.

a) En la primera lectura que se hace de la LUM, esta reforma suscita una cierta extrañeza: no se entiende bien cómo puedan ser susceptibles de extensión de efectos las sentencias dictadas en un recurso institucional (en cuanto exclusivamente emprendido por un organismo público estatal) y cuya finalidad no es el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, sino un pronunciamiento abstracto de restauración del orden jurídico, dirigido a la anulación de actuaciones administrativas que lesionen las libertades constitucionales de establecimiento y circulación.

b) La explicación de esta aparente incongruencia se encuentra, claro está, en la facultad que se reconoce a “cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada” para personarse en el proceso y participar en él como parte recurrente.

Como ya señalamos con anterioridad (véase el epígrafe IV.B.3 de este trabajo), estos terceros intervinientes pueden formular en el proceso pretensiones distintas de la anulación, consistentes en el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas. El artículo 127 ter sólo habla de pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios; pero, en la medida en que dichas pretensiones no son más que una de las posibles de restablecimiento de la situación jurídica individualizada (vid. artículo 31.2 de la LJCA), parece evidente que dichos intervinientes también podrán pretender la declaración de ésta. Y son estas situaciones individualizadas que la sentencia puede declarar las que pueden ser reconocidas, en el incidente del artículo 110 de la LJCA, a quienes, encontrándose en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo, lo soliciten en la forma establecida por dicha norma.

c) Esta explicación choca, sin embargo, con el obstáculo de la regla contenida en la letra b) del citado artículo 110.1, según la cual el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia cuya extensión se pretende debe ser “también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada”; regla que puede resultar incompatible con la atribución exclusiva de competencia que el artículo 11.1.h) de la LJCA hace a favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Expliquémoslo con un ejemplo. Supongamos que una ordenanza municipal exige una autorización específica para el ejercicio, en su término, de una deter-

minada actividad económica, y que rechaza la validez de las otorgadas con la misma finalidad por otros Ayuntamientos (contra lo que establece el artículo 20.1.a) de la LUM), imponiendo multas a los empresarios que realizan dicha actividad careciendo de dicha autorización específica. Supongamos también que la CNMC impugna dicha ordenanza, y que se persona en el proceso uno de los industriales sancionados, solicitando al tribunal que se reconozca su derecho a ejercer la actividad y que se anule la sanción que se le hubiere impuesto; y la Audiencia Nacional anula efectivamente la ordenanza y reconoce las pretensiones ejercidas por el industrial interviniente.

¿Qué podrán hacer los restantes empresarios a los que se ha impedido el ejercicio de la actividad? Dado que la actividad administrativa lesiva proviene de un Ayuntamiento, el órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos contra la misma será, normalmente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo; pero la sentencia cuya extensión de efectos se quiere solicitar ha sido dictada por la Audiencia Nacional, la cual habría de rechazar la solicitud de extensión por carecer de competencia para reconocer la misma situación jurídica individualizada.

Este conflicto, originado por la atipicidad de la atribución competencial hecha por el artículo 11.1.h) de la LJCA a favor de la Audiencia Nacional, que hace abstracción de la autoridad o Administración que realiza la actuación lesiva de la unidad de mercado, es, a nuestro juicio, meramente aparente: los industriales que pretenden la extensión de efectos podrían haberse personado en el proceso incoado por la CNMC; y, de haberlo hecho, la Audiencia Nacional resultaría incompetente para acoger sus pretensiones individualizadas, por lo que debe entenderse que ostenta también competencia para reconocérselas en un incidente de extensión de efectos de su sentencia.

d) Esta vía de extensión de efectos, sin embargo, no es solo aplicable a las sentencias que la Audiencia Nacional dicte en procesos incoados por la CNMC: recordemos que los particulares pueden también ejercer acciones en defensa de sus intereses, con fundamento en la vulneración de la unidad de mercado, en otros procesos ordinarios, completamente ajenos a los institucionales emprendidos por la CNMC; y que pueden hacerlo incluso en el supuesto de que hayan formulado reclamaciones ante el Consejo para la Unidad de Mercado (o peticiones a la CNMC), apartándose en cualquier momento de la continuación de dicha vía (véase el epígrafe III.C de este trabajo). Parece evidente que las sentencias estimatorias que se dicten en los referidos procesos podrán también ser objeto de extensión, ya que la mención que el artículo 110.1 de la LJCA hace a la unidad de mercado no limita las sentencias susceptibles de extensión a las dictadas en los procesos especiales tramitados al amparo de los artículos 127 *bis*, *ter* y *quáter*; bas-

tando con que la estimación del recurso se base en la infracción de las libertades de establecimiento o circulación.

## V. UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO

El análisis de la nueva vía procesal introducida por la LUM no puede limitarse a la exposición y disección de los textos legales en los que se plasma. Esta exposición, además de resultar lamentablemente árida y pragmática (y soy el primero en percibirlo) quedaría incompleta sin intentar una valoración de conjunto, contemplando la construcción legal desde una perspectiva global.

1. No tengo la información suficiente, ni las ideas lo bastante claras como para concluir si la reforma era necesaria. Hay, no obstante, algunas evidencias que es oportuno recordar:

Que la evolución del Estado autonómico ha producido una fuerte disparidad normativa es un hecho notorio, como también lo es que esta disparidad se va intensificando con el paso del tiempo: muchos de los textos legales que las Comunidades Autónomas aprobaron en los quince primeros años de funcionamiento de sus instituciones se asemejaban notablemente a las normas estatales que venían a desplazar (y también entre sí: la copia descarada de unos textos por otros fue una pauta de conducta muy generalizada); pero los que han venido a sustituir a los primeros se apartan más y más de aquellos modelos, y la cómoda copia ha sido reemplazada por la creatividad desbordante de los juristas locales.

Asimismo, es un hecho evidente que esta disparidad normativa ha ido creando obstáculos progresivos al ejercicio de las libertades de establecimiento y circulación, que han afectado mucho más a la primera que a la segunda, y que ha generado costes crecientes de gestión a los operadores económicos. Para cualquier empresa de ámbito no estrictamente local, tener que operar con sujeción diecisiete ordenamientos distintos es una auténtica tortura, como sabemos a la perfección todos los abogados que nos dedicamos a su asesoramiento.

Y la tercera evidencia: la disparidad normativa ha venido amparada, cuando no fomentada, por una jurisprudencia constitucional complaciente, que no solo la ha bendecido como una consecuencia inexorable (e incluso positiva) del principio de autonomía política, sino que ha eludido conscientemente todo intento de frenar tal disparidad aplicando el claro imperativo establecido en el artículo 139.2 de la Constitución.

La pretensión de frenar legislativamente este paulatino deterioro, antes de que

adquiera mayor gravedad y se torne difícilmente reversible parece, en principio y dicho con todas las reservas, bastante plausible.

2. Cuestión distinta es si resulta acertado confiar la consecución de este objetivo a un sistema de acciones judiciales; extremo este sobre el que albergo muy serias dudas.

Es verdad que la Constitución prevé (artículo 153) un régimen prioritario de control jurisdiccional del Estado sobre la actividad de las Comunidades Autónomas, y que la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local ha optado también por esta línea respecto del control de los Ayuntamientos y Diputaciones. Pero, de una parte, me parece que la unidad de mercado no es un objetivo que pueda conseguirse y mantenerse a golpe de impugnación y de sentencia; y, de otra, que existen técnicas mucho más eficaces para corregir las disfunciones de la disparidad normativa y constitucionalmente pensadas para ello. Me refiero, claro está, a las leyes de armonización, absurdamente demonizadas entre nosotros desde el desafortunado intento de la LOAPA y condenadas a la inutilidad desde la inefable STC 76/1983; probablemente, la peor de las sentencias que el Tribunal Constitucional ha pronunciado desde su creación, y la de consecuencias más graves. Me sumo a otras muchas opiniones que han propugnado su urgente recuperación, compartiendo su desconfianza desalentada de que ello pueda ser posible.

3. Pero, puestos a no utilizar más medidas correctoras que las impugnaciones judiciales, ¿es suficiente y adecuado el diseño que la LUM ha hecho de ellas?

Hay en él aspectos claramente positivos, como la exclusividad de la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de estos litigios, o el régimen de suspensión automática de las actuaciones recurridas, aunque la actitud conciliadora y la excesiva moderación que los sucesivos gobiernos del Estado han mostrado hacia la imparable dinámica autonómica han propiciado la incorporación al texto de la Ley de reglas que pueden debilitar o neutralizar tales avances: me refiero a la dispersión competencial del conocimiento de los recursos ordinarios que los particulares planteen al margen de los procedimientos establecidos en la LUM, o la posibilidad de un levantamiento casi inmediato de la suspensión que estos recursos producen.

¿Ha sido acertada la decisión de confiar la legitimación exclusiva para el planteamiento de estos recursos a la CNMC? Desearía equivocarme, pero me temo que no. En primer lugar, como operación de imagen, es fútil pensar que encomendar la iniciativa de estos recursos a un organismo público independiente va a despolitizar estos procesos: toda impugnación que se realice será denunciada, desde la perspectiva territorial, como una agresión a la respectiva autonomía, re-

alizada por un ente al que se presentará como el brazo armado del Gobierno (nada independiente, por supuesto).

Pero, además, tengo el temor de que la encomienda que la LUM hace a la CNMC sea superior a sus capacidades reales de actuación, por la multitud y dureza de las tareas que se le han atribuido. El nuevo superregulador ha acumulado en su haber una plétora de responsabilidades, todas ellas muy diferentes entre sí y de una considerable trascendencia: la de control de las actuaciones lesivas de la unidad de mercado constituye una novedad cualitativa más, que corre el riesgo de diluirse y de quedar relegada a un segundo plano frente a otras múltiples. Bastante tiene la CNMC con tener que enfrentarse a las más poderosas empresas del país en los asuntos de competencia, de supervisión del mercado eléctrico y del de telecomunicaciones, entre otros sectores no menos conflictivos y poderosos, como para echarle ahora a pelear con todas las Administraciones Públicas territoriales, asilvestradas después de tres décadas de exaltación de la diversidad identitaria y de la autonomía radical.

Desearía sinceramente equivocarme al enunciar estos riesgos; pero no creo inoportuno ponerlos de relieve.

4. Y, por fin, está la cuestión de la técnica jurídica empleada en el diseño de este proceso; que, como hemos señalado al analizar muchos de sus puntos es, como mínimo, manifiestamente mejorable.

De una parte, la LUM es extraordinariamente confusa en muchas de sus regulaciones, como sucede con los procedimientos administrativos previos de sus artículos 26 y 27 y la legitimación que se concede para plantear denuncias ante el Consejo para la Unidad de Mercado y la CNMC.

Y, de otra, la reglamentación del procedimiento contencioso que se hace en los nuevos artículos 127 bis a quáter es deplorable: además de tomar como modelo un procedimiento cuya finalidad nada tiene que ver con la protección de la unidad de mercado, como el de derechos fundamentales (que tampoco pasará a la historia como un ejemplo de técnica legislativa), es claramente desaconsejable la imposible celeridad que pretende imprimirse a su tramitación; es lamentable su asimetría, que omite la regulación de cuestiones fundamentales (que crearán dudas continuas en su aplicación), pero que, en contraste, se detiene en aspectos nimios que a nadie interesan, (¿era tan importante, por ejemplo, regular el destino del soporte videográfico de las sesiones del tribunal en las que se dicten las sentencias *in voce*?; artículo 127 ter, 6, párrafo final); y es desconcertante y alarmante la improvisación de originalidades patentemente inadecuadas, como sucede con las mencionadas sentencias *in voce* (que el propio texto de la Ley, feliz y

paradójicamente, luego inutiliza). Sin ironía alguna, estoy convencido de que los autores físicos de estas redacciones poseen un alto nivel de competencia; y, como buen conocedor de la dificultad de redactar textos normativos, todos mis sinceros respetos a su trabajo. Pero no puedo dejar de constatar que, cuando nos sentamos ante el ordenador, todos tenemos días mucho más desafortunados que otros.

Aunque estos fallos de técnica legislativa quizá sean lo menos importante en una Ley de intenciones tan capitales para la economía del país, es nuestra obligación de juristas ponerlos de manifiesto; y, también, formular por enésima vez una súplica dirigida a la moderación en las reformas de nuestros textos legales fundamentales. La Ley de lo Contencioso fue, desde hace más de medio siglo, una de las joyas de nuestro ordenamiento jurídico, que el *restyling* que sufrió en 1998 no empeoró sustancialmente; pero las reformas que posteriormente ha experimentado han sido desacertadas y, lo que es peor, en su inmensa mayoría innecesarias. Las leyes no son documentos triviales donde los políticos de turno puedan verter alegremente sus neuras ni sus ocurrencias arbitristas de duermela, sino instrumentos de trabajo delicados, con los que muchos nos ganamos la vida y en los que muchos ciudadanos siguen confiando cándidamente. Pedir un poco de respeto, de debate y de sentido de responsabilidad a la hora de pensar en su modificación no parece nada descomedido.



# **La precaria viabilidad de determinadas concesiones de autopistas de peaje en España. Lecciones estructurales para el modelo de colaboración público-privada y una propuesta de solución coyuntural**

*Joan Ridao Martín*

Universidad de Barcelona

*Alfons García Martínez*

Economista

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LAS AUTOPISTAS ESTATALES DE PEAJE ADJUDICADAS EN EL PERIODO 1998-2004. III. ALGUNAS ALTERACIONES DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LAS AUTOPISTAS DE PEAJE ANALIZADAS. IV. EL IMPACTO DE LA RECESIÓN ECONÓMICA DE 2008 SOBRE LA DEMANDA DE USO DE LAS AUTOPISTAS DE PEAJE. V. LAS DESVIACIONES DE LA DEMANDA DE USO RESPECTO A LAS ESTIMACIONES INICIALES DEL ADJUDICATARIO. VI. EL PROBLEMA CREADO AL ESTADO POR LAS CONCESIONES DEFICITARIAS Y SUS INTENTOS DE SOLUCIÓN. VII. DEFICIENCIAS EN LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA DE ALGUNOS PRINCIPIOS VERTEBRADORES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. 1. El concepto de riesgo y ventura. 2. La preservación del equilibrio económico. VIII. ALGUNAS IDEAS PARA UN FUTURO VIABLE DEL SISTEMA CONCESIONAL Y LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA. 1. Una propuesta de solución concreta a las autopistas de peaje adjudicadas a partir de 1998. 2. Reformas estructurales pendientes en el sistema concesional español. IX. CONCLUSIONES

## **RESUMEN:**

El fracaso de la viabilidad económica de las autopistas radiales de Madrid y algunas de las otras concesiones de autopistas de peaje adjudicadas a partir de 1998 ha creado un serio reto para la Administración del Estado, que debe en-

contrar una solución en el marco de una severa restricción del déficit público y, a la vez, preservar la confianza futura de los inversores en este tipo de proyectos en España y garantizar la continuidad de la prestación del servicio público que ofrecen las infraestructuras subyacentes. Un análisis de las causas reales que han llevado a la quiebra a estas concesiones permite dibujar con claridad algunas de las deficiencias estructurales del sistema concesional en España. Sobre estos dos aspectos, la solución concreta y la reforma estructural, el artículo formula algunas propuestas específicas.

#### PALABRAS CLAVE:

Colaboración público-privada, concesiones públicas, autopistas de peaje, equilibrio económico, demanda de uso de autopistas de peaje, renegociaciones en concesiones.

#### ABSTRACT:

The failure of the economic viability of the radial highways of Madrid and some of the other toll road concessions awarded since 1998 has created a serious challenge for the administration of the State, who must find a solution in the context of a severe restriction of the public deficit and simultaneously preserve the future confidence of investors in this type of projects in Spain and ensure the continuity of public service provision offered by underlying infrastructure. An analysis of the real causes that led to the bankruptcy of these concessions can clearly draw some of the structural weaknesses of the concession system in Spain. On these two issues, concrete solutions and structural reform, this article makes some specific proposals.

#### KEYWORDS:

Public-Private Partnerships, public concessions, toll roads, economic equilibrium, demand for using toll roads, renegotiations in concessions.

## I. INTRODUCCIÓN

En septiembre de 2012, Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española SA, sociedad adjudicataria de la R-4 (autopista de peaje Madrid-Ocaña), presentó la solicitud de concurso de acreedores; unos días antes, Accesos de Madrid, Concesionaria Española SA, empresa concesionaria de la R-3 (Madrid-Arganda) y la R-5 (Madrid-Navalcarnero), solicitó por su parte el precurso de acreedores y un año después lo haría Henarsa, concesionaria de la R-2. Las concesiones gestionadas por estas empresas, popularmente conocidas como radiales de Madrid, forman parte de un conjunto de autopistas de peaje adjudicadas en el periodo 1998-2004, algunas de las cuales se han visto afectadas por diversas problemáticas que,

finalmente, han comprometido seriamente su viabilidad económica. A este grupo pertenecen también las sociedades concesionarias de las autopistas estatales de peaje AP-41 (Madrid-Toledo) y AP-7 Cartagena-Vera (Aucosta) que solicitaron el concurso de acreedores en mayo de 2012 y febrero de 2013, respectivamente.

A menudo, se ha descrito el proceso mencionado como una desafortunada confluencia de diversas circunstancias exógenas adversas, que encarecieron la construcción de las infraestructuras, y la coincidencia de su puesta en servicio con los primeros años de la recesión económica, que restringió su demanda de uso. Sin embargo, como intentaremos exponer en este artículo, las razones principales que han conducido al colapso económico de las concesiones mencionadas hay que buscarlas, sobretodo, en la selección de unas ofertas iniciales muy enmarcadas en vicios consuetudinarios de la práctica concesional española. En esencia, el planteamiento subyacente de las mismas, que no es exclusivo de las adjudicaciones del periodo 1998-2004, ni siquiera de la práctica concesional española, era que la Administración concedente no dejaría “caer” las concesiones adjudicadas y que los defectos de rentabilidad financiera contenidos en la planificación económica inicial de las explotaciones serían corregidos mediante la renegociación o renegociaciones posteriores entre el poder público concedente y las sociedades concesionarias. Sin embargo, en el caso de las radiales de Madrid y los otros casos examinados, este esquema se complicó por diversas razones.

Por un lado, la Administración estatal, gobernada desde 2004 por un partido distinto al que había auspiciado las concesiones, al principio fue renuente a abordar la renegociación de las concesiones y cuando, finalmente, esto se hizo inevitable para intentar evitar el colapso económico de las mismas, la crisis de la deuda soberana y la caída en picado de los ingresos tributarios anuló su margen de maniobra presupuestario para ofrecer soluciones efectivas al deteriorado equilibrio económico de las concesiones.

La mayor parte del debate público de los últimos años sobre las concesiones de autopistas de peaje en el Estado español ha estado centrada en la equidad de la distribución territorial de las mismas, un enfoque legítimo, pero que ha dejado muy poco espacio al debate sobre la eficiencia de las concesiones y, en general, del resto de fórmulas jurídicas de financiación privada de infraestructuras de interés público. Y, en las pocas ocasiones en que éste ha aparecido, habitualmente se ha realizado desde posiciones muy polarizadas, que centraban el debate sobre el carácter de prebenda para determinados grupos empresariales y financieros del uso de la fórmula concesional, lo que ha oscurecido ostensiblemente un desarrollo técnico y racional del mismo. Lógicamente, este estado de opinión general no ha facilitado, tampoco, la resolución del problema creado a las Administraciones públicas por las concesiones de autopistas en dificultades económicas.

Finalmente, el profundo proceso de reestructuración que ha experimentado el sistema financiero español desde 2009, principalmente en el sector de las cajas de ahorro, ha tenido también importantes consecuencias sobre los instrumentos de financiación de estas concesiones, en España fundamentalmente vinculados al crédito bancario.

En este artículo expondremos algunos de los factores que han incidido en la inviabilidad financiera del grupo de concesiones de referencia. También, discutiremos, con un cierto detalle, el alcance real de la influencia del ciclo económico sobre el déficit de explotación de las mismas. Con estos elementos y la plasmación jurídica de los elementos nucleares del sistema concesional español dibujaremos un esquema de la problemática que se genera para el Gobierno del Estado (la administración concedente) a partir de la quiebra de las concesiones. Concluiremos enunciando algunos criterios para la solución específica de las autopistas radiales y las otras concesiones problemáticas, así como con una serie de recomendaciones generales de reforma de la legislación española pertinente, con el objetivo de mejorar la equidad y la eficiencia de la asignación de riesgos y retribuciones, válidas no sólo para el sistema concesional en sentido estricto, sino también para las diversas fórmulas de colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y servicios públicos.

## II. LAS AUTOPISTAS ESTATALES DE PEAJE ADJUDICADAS EN EL PERIODO 1998-2004

La Red Estatal de Autopistas de Peaje (REAP), integrada por el conjunto de autopistas de peaje en concesión cuya titularidad corresponde al Estado central<sup>1</sup>, tiene sus orígenes en 1960 con la adjudicación del túnel de Guadarrama (hoy integrado en la AP6 Villalba-Villacastín-Adanero) y en la actualidad agrupa 32 concesiones y unos 2.800 Km de vías. Esta red ha sido desplegada de forma discontinua en el tiempo. Como señalan BAEZA Y VASSALLO (2011), su desarrollo ha tenido dos períodos fundamentales: el periodo 1967-1975 (*Programa de Autopistas Nacionales Españolas*, 15 concesiones y unos 1.800 Km de vías) y el período 1998-2004 (*Programa de Autopistas de Peaje*, 15 concesiones más y unos 1.000 Km de trazado). En el primero de los periodos citados se incorporaron los fundamentos del sistema de concesiones de peaje al ordenamiento Estado español, una fórmula de

---

<sup>1</sup> Este conjunto ha tenido, con el tiempo, un perímetro variable. No sólo por la adición de nuevas concesiones, sino también por la segregación de algunas que inicialmente formaron parte: es el caso del puente sobre la bahía de Cádiz (liberado de peaje en 1982), el túnel del Cadí (traspasado a la Generalitat de Catalunya), la A-19 Montgat-Malgrat y la A-17 Barcelona-Montmeló (incluido en la concesión Barcelona-La Junquera), segregados ambos en 1995, la autopista Bilbao-Behobia (segregada en 2000) o el tramo León-Onzonilla de la AP-66 (segregado en 2003).

financiación de las vías de alta capacidad que ya era común en el desarrollo de las redes de otros países de la Europa mediterránea, como Francia e Italia, durante la segunda mitad del siglo XX (BEL Y FAGEDA, 2005). Por su parte, las concesiones incluidas en el *Programa* de 1997 se planificaron en un contexto absolutamente distinto. Gran parte de los proyectos provenían del *Plan Director de Infraestructuras (1993-2007)*, si bien clasificados allí como autopistas, es decir, gratuitas para el usuario, pero con el cambio de signo político en el Gobierno estatal se creyó oportuno proceder a una modificación del paradigma en la financiación de este tipo de proyectos de inversión pública, integrando una substancial implicación del sector privado, retribuida fundamentalmente con pagos directos de los usuarios de las infraestructuras.

Mediante la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de mayo de 1997 se declararon “urgentes y de excepcional interés público” algunos de los proyectos de autopistas de peaje incluidos en el *Programa*, con el fin de acortar los plazos de su planificación y licitación, entre estos proyectos se encontraban las autopistas radiales de Madrid (las R-2, R-3, R-4 y R-5), para las cuales se fundamentaba el carácter de urgencia e interés en la congestión de las vías a las que habían de servir de alternativa y al “crecimiento previsto de las viviendas ocupadas en la periferia madrileña”. La citada Orden recogía también la conclusión de la M-50, obra que en diferentes partes acabó integrada dentro de las concesiones de autopistas radiales, aunque manteniendo su carácter de autopista.

La Tabla 1 relaciona las concesiones que hemos considerado problemáticas a los efectos de este artículo<sup>2</sup> y detalla, para cada una, dos características especialmente destacables. En primer lugar, la inclusión en las concesiones de un número considerable de encargos de construcción y explotación de vías gratuitas, funcionalmente conectadas a las concesiones de peaje, que debían ser asumidas por los concesionarios con cargo a los presuntos beneficios de la explotación de estas últimas. Esta práctica, conocida como “financiación cruzada”, suele presentarse como un instrumento de reversión parcial de los excedentes de explotación de los peajes al interés público; aunque también puede ser interpretada como una traslación de la financiación de estas obras complementarias al usuario de las vías de peaje. En cualquier caso, su uso implica el desplazamiento íntegro del riesgo de construcción de estas obras públicas al sector privado, adicionalmente al de las

---

<sup>2</sup> El grupo de concesiones que hemos considerado problemáticas en este artículo son las que han sido beneficiarias, simultáneamente, de las ayudas estatales para la financiación de los sobrecostos de expropiación y para la compensación de las desviaciones de las previsiones de demanda de uso de las vías (ver apartado 6). También podrían considerarse problemáticas desde el punto de vista económico-financiero algunas más, como la AP-36 (Ocaña-La Roda) o la AP-53 (Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo).

infraestructuras subyacentes a la concesión propiamente dicha, lo cual ha tenido una cierta relevancia en los casos que analizamos. En segundo lugar, resulta interesante la consignación en el decreto de adjudicación de una cifra máxima en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo importe global se sitúa entorno a los 3.000 millones de euros.

La Tabla 2 muestra diversos datos societarios de las concesionarias de cada una de las autopistas consideradas. En general, la distribución del capital social muestra una participación determinante de tres categorías empresariales: entidades de crédito, constructoras y sociedades concesionarias de otras autopistas de peaje (a veces, a través de sociedades participadas).

**TABLA 1. Resumen de las principales características de las adjudicaciones de autopistas estatales de peaje problemáticas**

	Norma de Adjudicación	Obras adicionales incluidas en la concesión	Responsabilidad Patrimonial de la Administración
R-2 Madrid – Guadalajara	REAL DECRETO 1834/2000, de 3 de noviembre	M-50, subtramo desde la carretera N-II hasta la carretera N-I.	40,7 M€
R-3 Madrid – Arganda R-5 Madrid – Navacarnero	REAL DECRETO 1515/1999, de 24 de septiembre	Tramo de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409.	638 M€
R-4 Madrid – Ocaña	REAL DECRETO 3540/2000, de 29 de diciembre	M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II. Eje sureste, tramo M-40-M-50. Prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este. Actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV.	559,7 M€

	<b>Norma de Adjudicación</b>	<b>Obras adicionales incluidas en la concesión</b>	<b>Responsabilidad Patrimonial de la Administración</b>
<b>M12 Eje aeropuerto</b>	REAL DECRETO 1197/2002, de 8 de noviembre	Prolongación y mejoras del acceso sur a Barajas. Ampliación a tres carriles de la autovía A-10, entre la conexión con el eje aeropuerto y el nudo de Hortaleza. Conexión aeropuerto-variante N-II. Vías de servicio sur de Barajas.	305,5 M€
<b>AP41 Madrid – Toledo</b>	REAL DECRETO 281/2004, de 13 de febrero	Autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo: circunvalación norte de Toledo.	348,9 M€
<b>AP-7 Cartagena – Vera</b>	REAL DECRETO 245/2004, de 6 de febrero	Construcción, conservación y explotación de la autovía libre de peaje para los tráficos internos de circunvalación de Cartagena.	526,8 M€
<b>AP-7 Circunvalación de Alicante</b>	REAL DECRETO 282/2004, de 13 de febrero	Construcción, conservación y explotación de: - La variante de El Campello. - La autovía denominada Camino de Castilla. -Tercer carril en la autovía A-7, entre Elche y Crevillente, Construcción de: -Adecuación y reforma del corredor de Levante (N-330), tramo: Alicante-límite de la provincia con Albacete. - Diversas vías de acceso y rondas de Elche	398,6 M€

Fuente: Elaboración propia a partir del texto de los decretos publicado en el BOE y datos Ministerio de Fomento.

**TABLA 2. Sociedades concesionarias de las concesiones problemáticas. Distribución del accionariado. Situación a 31.12.2011**

Sociedad concesionaria	Concesión	Accionistas	Capital social	
			M€	%
<b>Henarsa</b>			<b>96,6</b>	
	R-2 Madrid - Guadalajara	FCC Construcción	4,8	5%
		Grupo ACS	33,8	35%
		Grupo Entrecanales	24,2	25%
		Grupo CajaMadrid	4,8	5%
		Iberpistas (1)	14,5	15%
		Avasa (2)	14,5	15%
<b>Accesos de Madrid (AM)</b>			<b>123,2</b>	
	R-3 Madrid - Arganda	Grupo ACS	44	36%
	R-5 Madrid - Navalcarnero	Grupo CajaMadrid	44,7	36%
		Iberpistas (1)	78,5	64%
<b>Autopista Madrid Sur</b>			<b>177,1</b>	
	R-4 Madrid - Ocaña	Cintra Infraestructuras	97,4	55%
		Grupo Sacyr	62	35%
		Caja Castilla-La Mancha	17,7	10%
<b>Eje Aeropuerto</b>			<b>42,4</b>	
	M12 Eje aeropuerto	OHL	42,4	100%
<b>Autopista Madrid-Toledo</b>			<b>113,4</b>	
	AP41 Madrid - Toledo	Esconcessoes sgps, SA	17	15%
		Isolux corsán	28,9	25%
		Comsa	28,9	25%
		Concesiones	19,3	17%
		Intercontinentales SL	19,3	17%
		Sando Concesiones SI	19,3	17%
<b>Aucosta</b>			<b>113,1</b>	
	AP-7 Cartagena-Vera	Ploder Concesiones SA	17	15%
		FCC Construcción	20,2	18%
		Unicaja	5,1	5%
		CajaMar Caja Rural	5,1	5%
		Grupo CajaMadrid	20,2	18%
		Caja Rural	5,1	5%
		Intermediterránea	5,1	5%
		Ausur (3)	40,4	36%
<b>Ciralsa</b>			<b>50,2</b>	
	AP-7 Circunvalación de Alicante	FCC Construcción	6,3	13%
		Grupo ACS	25,1	50%
		Grupo CajaMadrid	6,3	13%
		Aumar (1)	12,5	25%

(1) Propiedad al 100% de Abertis Infraestructuras.

(2) Propiedad al 100% de Iberpistas (1).

(3) Propiedad de Infucapital (20%), Ploder Concesiones SA (33%), Unicaja (14,6%), CajaMar (22,1%) y Caja de Ahorros de Murcia (10%).

Fuente: Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje.

### III. ALGUNAS ALTERACIONES DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LAS AUTOPISTAS DE PEAJE ANALIZADAS

Recurriendo al tópico, se podría decir que entorno a la viabilidad económico-financiera del conjunto de concesiones que analizamos aquí se generó un marco global de verdadera “tormenta perfecta”, al concurrir una multitud de incidencias que alteraron substancialmente su equilibrio económico, en detrimento de los adjudicatarios. Un ejemplo de afectaciones fue la R-4, que vio su trazado inicial alterado por el hallazgo de los yacimientos paleontológicos de Cerro Batallones (Torrejón de Velasco) y los hallazgos arqueológicos de Mina Casa Montero (Vicalvaro), así como por los planeamientos urbanísticos posteriores a la adjudicación (PAU de Los Cerros y el enlace de la R-3 con la M-50, no previsto en el trazado inicial). Estas contingencias alteraron y encarecieron significativamente su proceso de construcción.

Sin embargo, la incidencia con más impacto económico, en términos generales, ha sido la notable desviación del coste de las expropiaciones determinado por las sentencias judiciales respecto al inicialmente previsto, circunstancia que alteró substancialmente el riesgo constructivo asumido por las concesionarias. El problema arrancó con la doctrina sobre el valor de mercado del suelo como referencia para determinar el valor de las expropiaciones que incorporó la entonces nueva Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que sirvió de fundamento para una catarata de demandas de los propietarios expropiados por la construcción de las concesiones de autopistas de peaje, reclamando que el justiprecio aplicado en las expropiaciones, principalmente en casos de suelo no urbanizable o urbanizable no programado, incorporase la valoración de las “expectativas urbanísticas” generadas por las propias infraestructuras. Los tribunales dieron amparo a estas pretensiones de la propiedad, lo que originó un encadenamiento de recursos de las concesionarias que han culminado en diversas sentencias del Tribunal Supremo que, de forma general, han apreciado el derecho de los propietarios.

El impacto cuantitativo de las sentencias judiciales sobre los justiprecios a aplicar en las expropiaciones fue enorme. Teniendo en cuenta, además, que no sólo afectaban a los terrenos afectados propiamente a las autopistas de peaje, sino al conjunto de las concesiones, incluidas las obras de vías sin coste para el usuario, asumidas dentro de la “financiación cruzada” que hemos visto antes (caso, por ejemplo, de diversos tramos de la M-50). Se estima que, para el conjunto de concesiones afectadas, el coste final de las expropiaciones se multiplicó por más de siete respecto a las estimaciones en pliego.

Un ejemplo de concesión particularmente “castigada” por la acumulación de circunstancias adicionales que incidían muy negativamente sobre su equilibrio

económico es la autopista de peaje Madrid-Toledo (AP-41). La concesionaria de esta vía presentó un recurso contencioso por lo que consideraba dos hechos que perjudicaban gravemente la viabilidad económica de la explotación y solicitaba el restablecimiento del equilibrio económico de la misma mediante sendas indemnizaciones. En primer lugar, la concesionaria manifestaba que el desdoblamiento de la carretera autonómica M-407 (en servicio desde mayo de 2007, cuando la autopista de peaje abrió al tráfico en diciembre de 2006), autovía de alta capacidad que se financia con el llamado peaje en la sombra y, por tanto, no sometida a pago por parte del usuario, provocó que la AP-41 no absorbiese el tráfico del Sur de Madrid, de acuerdo con la previsión inicial, pues le había privado de tráfico en sus tramos iniciales y, además, ha descongestionada la A-42 (otra vía alternativa). En segundo lugar, la concesionaria alegaba que el proyecto original contemplaba una vía de peaje Madrid-Andalucía, sin necesidad de atravesar el Puerto de Despeñaperros (acortando el trayecto en 70 Km), de la cual el tramo hasta Toledo era la primera fase; sin embargo, el trazado desde Toledo a Córdoba fue descartado por el Ministerio de Fomento a partir de la declaración negativa de impacto ambiental del proyecto de trazado de la nueva autopista (mayo de 2007), por su afectación a espacios de la Red Natura 2000. La concesionaria sostenía que ambos hechos (el desdoblamiento de la M-407 y la declaración negativa de impacto ambiental sobre el proyecto de autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba) eran imprevisibles en el momento en que presentó su oferta e impedían dos de las funciones principales asignadas a la AP-41: constituir el primer tramo de un nuevo corredor a Andalucía y servir de alternativa rápida y eficaz para unir Toledo y los municipios del Sur de la Comunidad de Madrid con la capital, atendiendo así al tráfico de esa parte del área metropolitana.

El Tribunal Supremo (TS) (STS 3125/2011 de 16 de mayo) desestimó la primera de las razones alegadas por la concesionaria con la argumentación de que la mejora de las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras por parte de las Administraciones no puede considerarse un “hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista”<sup>3</sup>. En

---

<sup>3</sup> No deja de sorprender esta argumentación de la sentencia ya que, en otros contextos legales, la construcción de una infraestructura alternativa de uso gratuito se considera, claramente, una alteración grave del equilibrio económico de una concesión. Así sucede en EUA, por ejemplo, con el contrato de arriendo de la operación y mantenimiento de la *Indiana Toll Road (ITR)*, por un periodo de 75 años, a un consorcio formado por la operadora española Cintra y *Macquarie Investment Holdings*, a cambio del producto de los peajes pagados por los usuarios, lo que supuso para el gobierno del Estado de Indiana unos ingresos de 3.850 millones de US\$, la mayor privatización de este tipo en EUA. El contrato de arriendo contiene, entre otras garantías, una cláusula que impide al Estado, durante 55 años, ampliar la capacidad de las autovías cuyo trazado se sitúe, durante un recorrido mínimo entorno a los 15 Km, por debajo de una determinada distancia de la autopista de peaje.

cambio, el TS sí estimó parcialmente el segundo de los hechos descritos, por entender que “la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pese a no hacerse referencia a ella en las cláusulas del contrato entre AMT y la Administración (...), desde el momento en que las partes habían asumido que aquella fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía. Por tanto, siendo éste un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41”. Sin embargo, el TS no consideró suficientemente fundamentadas las valoraciones efectuadas por la concesionaria de las implicaciones económicas del hecho (algo más de 420 M€), por lo cual se limitó a “reconocer el derecho de la recurrente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero de su concesión en función del impacto producido por esta circunstancia. Derecho que se habrá de concretar una vez determinado el monto de tales menoscabos en el procedimiento de restablecimiento de dicho equilibrio que deberá incoar y llevar a término la Administración General del Estado”.

#### IV. EL IMPACTO DE LA RECESIÓN ECONÓMICA DE 2008 SOBRE LA DEMANDA DE USO DE LAS AUTOPISTAS DE PEAJE

Sobre la demanda de uso de las vías de peaje influye una considerable diversidad de factores. Sin ánimo de ser exhaustivos, entre ellos cabe citar la configuración funcional del territorio al cual debe dar servicio la vía en cuestión, la presencia de alternativas operativas de menor coste para el usuario o el nivel de renta disponible del territorio en relación a las tarifas que el usuario debe abonar por utilizar la vía. Otro factor con una incidencia determinante en la demanda de uso de las vías de peaje es el ciclo económico.

Para constatar este hecho en el caso español, hemos seleccionado una muestra de las concesiones estatales más antiguas<sup>4</sup> y hemos relacionado la variación de la demanda de uso, indicada por la intensidad media diaria (IMD) de vehícu-

---

<sup>4</sup> La muestra de concesiones utilizada (todas adjudicadas entre 1967 y 1975) está integrada por las autopistas estatales de peaje AP1 BURGOS-ARMIÑÓN, AP2 ZARAGOZA MEDITERRÁNEO, AP4 SEVILLA-CÁDIZ, AP66 LEÓN-CAMPOMANES, AP68 BILBAO-ZARAGOZA, AP7 BARCELONA-TARRAGONA, AP7 MONTMELÓ-LA JUNQUERA, AP7 TARRAGONA-VALENCIA, AP9 FERROL-PORTUGAL. Los motivos de la elección han sido varios. En primer lugar, estas concesiones más antiguas presentan unos flujos de demanda muy consolidados, lo cual permite aislar relativamente los efectos del ciclo económico de los derivados de otras variables. En segundo lugar, la muestra ofrece una representación territorial bastante plural del Estado. Y, finalmente, la antigüedad de las concesiones permite disponer de una serie amplia de datos que facilita un análisis de ciclo largo.

los que circulan<sup>5</sup>, con las oscilaciones del crecimiento del PIB<sup>6</sup>. Con estas cifras hemos realizado un análisis de regresión simple, recogido en el Gráfico 1, que sugiere una clara vinculación entre la variación de la demanda de uso y la de creación de riqueza (el PIB)<sup>7</sup>. En el caso de los vehículos pesados, cuyo uso de las vías se haya más estrechamente ligado a la actividad empresarial, el gráfico indica una mayor reacción a los cambios del ciclo económico.

La explicación de este comportamiento es conocida. En épocas de crecimiento de la renta disminuye la resistencia de los usuarios a pagar por utilizar las vías de peaje y disponer, así, del mayor nivel de servicio y comodidad que proporcionan. Al mismo tiempo, los volúmenes generales de tráfico por carretera aumentan, lo cual incrementa la saturación de algunas vías gratuitas alternativa y favorece la opción del peaje. En una coyuntura de recesión económica, estos mecanismos operan en sentido inverso. Hay que destacar que, en este razonamiento, la presencia de vías de alta capacidad alternativas, y sobretodo su grado de saturación (CANTOS Y ÁLVAREZ, 2009), actúan como un elemento muy relevante de competencia por la misma demanda, favoreciendo especialmente el desplazamiento de usuarios entre vías de peaje y vías de uso gratuito en función de la coyuntura económica.

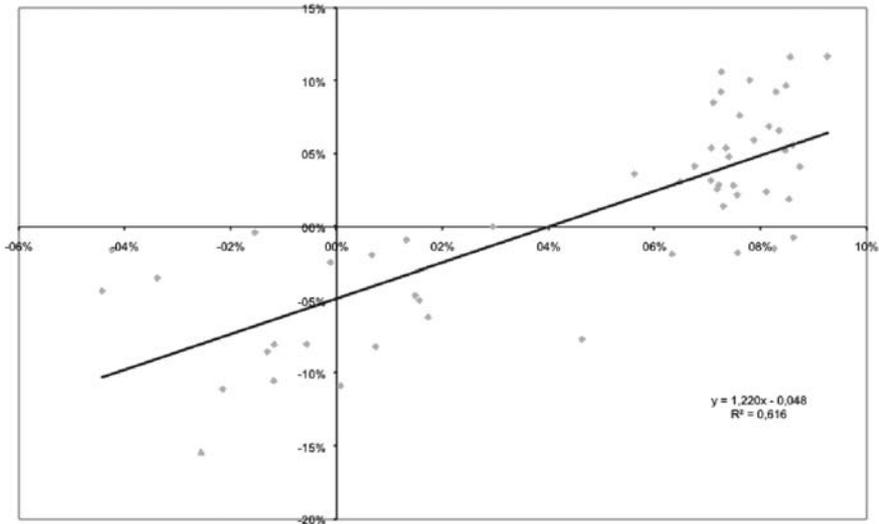
---

<sup>5</sup> Los valores de base de la IMD de cada autopista que hemos utilizado son los que ofrece, como media mensual desde enero de 1990, el Ministerio de Fomento (<http://www.fomento.gob.es/BE/>), aunque aquí hemos utilizado las cifras a partir de 1999 hasta el primer trimestre de 2013, por homogeneidad con la serie del PIB. Las estadísticas del Ministerio ofrecen la IMD general de vehículos y, separadamente, la de vehículos pesados. Para homogeneizarlos con los datos del PIB de la Contabilidad Nacional Trimestral, hemos transformado estos valores en trimestrales simplemente aplicando la media aritmética de los datos mensuales. Finalmente, para integrar los datos de las diversas concesiones de la muestra en una única serie, hemos procedido a calcular mensualmente la IMD teórica (que actuaría, más bien, como un índice sintético) de una única autopista cuyos segmentos serían el conjunto de concesiones de la muestra. Hay que tener en cuenta que la metodología del Ministerio calcula la IMD “dividiendo los vehículos-kilómetro entre los kilómetros-día en servicio de la autopista. Los vehículos-kilómetros se definen como la magnitud que indica la suma total de los kilómetros recorridos por todos los vehículos que utilizan la autopista correspondiente en un periodo de tiempo”.

<sup>6</sup> Los datos del PIB a precios de mercado utilizados son, como hemos dicho, los que proporciona la Contabilidad Nacional Trimestral de España, elaborada por el INE (<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft35%2Fp009&file=inebase&L=0>). En concreto hemos utilizado el valor del PIB trimestral corregido de estacionalidad y calendario, en euros corrientes, calculado con la base 2008, que ofrece datos desde el primer trimestre de 2000.

<sup>7</sup> Practicando el mismo análisis a la IMD de vehículos pesados, cuyo uso de las vías se haya más estrechamente ligado a la actividad empresarial, es encuentra una mayor reacción a los cambios del ciclo económico y un nivel de correlación más estrecho entre las variables.

**Gráfico 1. Variaciones interanuales del tráfico (IMD-General) en autopistas de peaje y del PIBpm (2000-2013)**  
**Ajuste por regresión.**

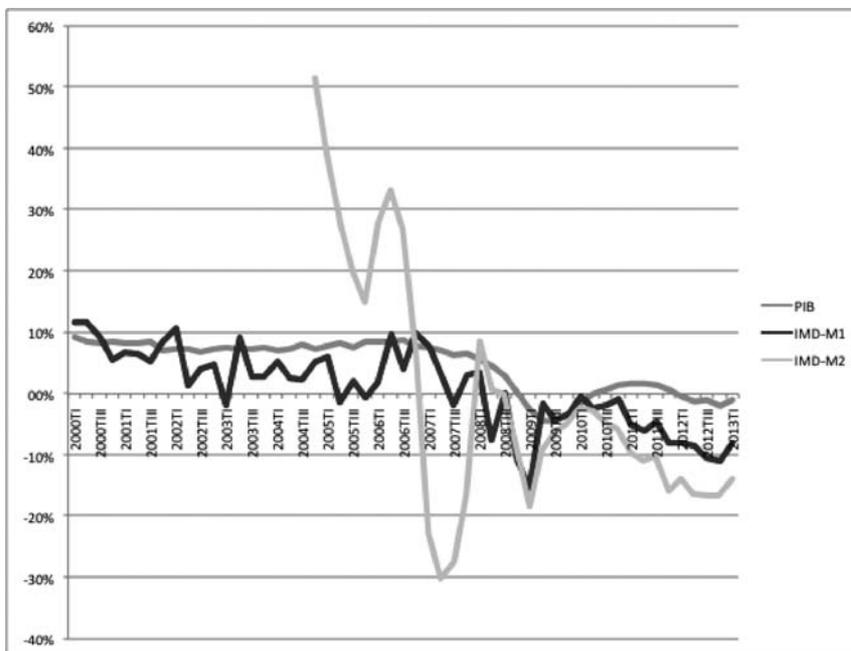


Fuente: Elaboración propia con datos del Ministerio de Fomento y del INE.

Hemos realizado, también, un ejercicio análogo al descrito en la nota 5 para el grupo de vías problemáticas. Las primeras concesiones de nuestro grupo de autopistas problemáticas que entraron en operación no lo hicieron hasta el último trimestre de 2003. Por esta razón, al analizar los datos de demanda de uso de estas vías se debe añadir la volatilidad propia de los periodos iniciales de las concesiones (efecto *ramp-up*) a los efectos inducidos por la coyuntura de recesión. Por otro lado, hay que tener presente que el trazado de la práctica totalidad de las autopistas integradas en este grupo discurre en un entorno metropolitano, de elevada densidad de tránsito y notable oferta alternativa de vías de uso gratuito para el usuario, algunas de gran capacidad. Los resultados de este análisis se recogen en el Gráfico 2, en el cual se observa que, una vez pasado el periodo inicial (a partir de la segunda mitad de 2008, aproximadamente) el perfil de la curva de variación de la demanda de uso de las vías de peaje incluidas en la muestra es bastante coherente con el comportamiento de la muestra de autopistas “maduras”, aunque con una mayor sensibilidad a la contracción del PIB.

**Gráfico 2. Evolución del PIBpm y del tráfico en autopistas de peaje (2000-2013). Muestra de autopistas maduras (M1) y autopistas problemáticas (M2)**

**Variación interanual de los datos trimestrales**



Fuente: Elaboración propia con datos del Ministerio de Fomento y del INE.

¿En qué medida la baja rentabilidad de las concesiones analizadas ha venido determinada por esta sensibilidad de su demanda de uso a la recesión económica? Es indudable que la caída de los niveles de frecuentación y, por tanto, de los ingresos generados por la operación de las autopistas consideradas, han sido más severos en los casos de estas vías de peaje de nueva creación. La IMD agregada en la muestra de autopistas de peaje “maduras” había caído, a principios de 2013, un 32% en relación al máximo histórico del primer trimestre de 2008, mientras que en el conjunto de autopistas que analizamos, la reducción fue superior al 45% en el mismo periodo. Las variaciones de uso de las vías son, sin embargo, una parte de la cuestión. La otra parte se recoge en la Tabla 3, que relaciona el ingreso por kilómetro de cada una de las vías consideradas con el valor medio anual del conjunto de la red estatal. El resultado manifiesta una notable

inferioridad de rentabilidad de nuestras autopistas, que en algunos casos (Cartagena-Vera, Madrid-Toledo) se sitúa por debajo del 15% de la media del conjunto de autopistas estatales de peaje. Sin embargo, las tarifas unitarias de estas concesiones (en términos de euros de tarifa por vehículo y kilómetro) se situaban en niveles medios del conjunto de autopistas estatales de peaje<sup>8</sup>. Es decir, aunque las reducciones de uso de la autopistas objeto de nuestro análisis, durante la recesión económica, han tenido una intensidad superior a las de las concesiones más consolidadas, los diferenciales de ingresos unitarios con respecto a los ingresos medios indican significativas deficiencias en el proceso de establecer el nivel de precios de los peajes en relación a los flujos de tráfico esperables, aún considerando el efecto *ramp-up* o la competencia imprevista (como en el caso de la AP-41).

**TABLA 3. Recaudación unitaria (€/Km) en las autopistas estatales de peaje problemáticas, en % de la media del total de la red (= 100%).**

**Datos a partir del primer año completo de funcionamiento**

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
R-2 Madrid – Guadalajara	55,3%	60,7%	60,3%	63,0%	64,7%	57,9%
R-3 Madrid – Arganda	55,7%	59,0%	57,4%	60,5%	60,7%	62,9%
R-5 Madrid – Navacarnero	45,7%	59,6%	57,9%	58,1%	60,8%	65,4%
R-4 Madrid – Ocaña	54,2%	75,1%	73,1%	63,4%	60,0%	53,5%
M12 Eje aeropuerto	83,7%	400,6%	109,4%	91,7%	89,2%	87,3%
AP41 Madrid – Toledo		15,2%	11,6%	10,9%	10,0%	8,5%
AP-7 Cartagena – Vera			15,1%	13,4%	13,2%	13,1%
AP-7 Circunvalación de Alicante			39,6%	37,1%	34,4%	32,7%

<sup>8</sup> Según las cifras publicadas por la SECRETARÍA DE ESTADO DE INFRAESTRUCTURAS, TRANSPORTES Y VIVIENDA (2012). Cabe citar en relación a esto la excepción de la M-12, en un efecto derivado de que esta vía contaba con una tarifa establecida, en el decreto de concesión, por barrera de peaje y no en €/Km.

## V. LAS DESVIACIONES DE LA DEMANDA DE USO RESPECTO A LAS ESTIMACIONES INICIALES DEL ADJUDICATARIO

Al comparar las cifras reales de tráfico respecto a las previsiones iniciales contenidas en los planes económicos de cada concesión, BAEZA Y VASSALLO (2011) muestran, para la mayoría de las concesiones consideradas aquí como problemáticas, unas cifras de tráfico real un 50-60% inferiores a las estimaciones durante los cinco primeros años de operación, con algunos datos extremos de desviaciones negativas entorno al 80%. Estas cifras son bastantes consistentes con las que hemos expuesto anteriormente respecto a los ingresos por kilómetro en relación a la media estatal. Aunque, como hemos dicho, podría existir la tentación de atribuir en exclusiva la dimensión de estas desviaciones a la práctica coincidente de su puesta en servicio con el inicio de la recesión económica, los autores mencionados constatan también desviaciones similares para un buen número de las concesiones que entraron en servicio durante los años 70 del siglo XX, lo cual les permite afirmar que “el modelo de concesión español adolece de un grave problema: los estudios de tráfico se incumplen desde hace cuarenta años” (p. 54).

La persistencia en el tiempo y la dimensión de las sobreestimaciones de los volúmenes de tráfico en las ofertas ganadoras de las adjudicaciones no deja de ser un hecho sorprendente que tiene, además, profundas implicaciones en el devenir de las concesiones. Aunque algunas veces se ha señalado que los procedimientos estadísticos aplicados por la Administración española para proporcionar la información de base para las estimaciones de flujos de tránsito adolecen de algunos defectos técnicos, llama la atención, en primer lugar, que la dilatada experiencia en el desarrollo de proyectos de autopistas de peaje en España no haya comportado mejoras significativas en este aspecto. En segundo lugar, la demanda de uso de estas infraestructuras es objeto de una doble estimación: la de la Administración, en el preceptivo estudio de viabilidad de toda concesión de obra público<sup>9</sup> y la de los licitantes dentro de sus ofertas. En este sentido, además, cabe recordar que la fiabilidad de las estimaciones de tráfico ha sido, en algunos casos literalmente<sup>10</sup>, uno los criterios de valoración de las ofertas contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares de los concursos de concesión.

Desde un punto de vista técnico, GONZÁLEZ-SAVIGNAT, MATAS Y RAYMOND (2010) explican las tendencias a la sobreestimación inherentes a algunas modali-

---

<sup>9</sup> Art. 128 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, el subcriterio II.ii de la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso concesión de la M12 (ORDEN FOM/541/2002, de 5 de marzo).

dades estadísticas de predicción del uso de determinadas infraestructuras de transporte, especialmente durante los primeros años de disponibilidad de estas, así como los efectos sobre la evaluación del retorno de las inversiones subyacentes. Específicamente para el ámbito español, los autores señalan como una de las principales deficiencias de las bases de datos existentes sobre transporte y movilidad la falta de una fuente estadística sistematizada y suficientemente detallada (matrices origen-destino de los viajes, con datos de flujos agregados de tráfico y datos individuales, para cualquier modo de transporte, etc.) que permita aislar, convenientemente, las dificultades metodológicas de las estimaciones en modelos de demanda de este tipo y que, por tanto, puedan ser útiles en la predicción de uso y en la evaluación de inversiones.

No obstante, para enmarcar adecuadamente la constante presencia de sobreestimaciones en la historia del modelo concesional español, hay que tener en cuenta las investigaciones de BAIN (2009), que detectan una propensión similar en diversas experiencias internacionales. Así, un estudio pionero de la Banca JP Morgan (1997) sobre 14 autopistas de peaje de EUA reveló una sobreestimación de las previsiones de los proyectos respecto a las cifras reales de tráfico inicial del orden de un 25-30%; un porcentaje similar de sobreestimación de las previsiones se detectó en los diversos estudios realizados por el propio Bain para la agencia Standard & Poor's en los años 2002-2005, sobre una muestra inicial de 32 autopistas americanas que se amplió a 100 de ámbito internacional.

Bain explica la propensión a la sobreestimación de las previsiones iniciales en las concesiones de autopistas de peaje a partir de dos argumentos. Por un lado hay que tener en cuenta que, para la captación de financiación en los mercados para un proyecto de este tipo, presentar unas mejores cifras de usuarios (y por tanto de ingresos) en los ejercicios iniciales de operación, permite amortiguar los riesgos financieros potenciales, en un momento especialmente sensible (cuando los flujos de efectivo serán menores y, en cambio, la financiación habrá sido desembolsada prácticamente en su totalidad), lo cual condicionará la curva de rendimiento de los activos. Por otro lado, resulta difícil desvincular la propensión a la sobreestimación de las previsiones iniciales de la tendencia, sistemáticamente observada, de que las concesiones de autopistas de peaje con financiación privada son comúnmente otorgadas a las ofertas de licitación que presentan las proyecciones de tráfico inicial más elevadas. Ciertamente, para el poder público otorgante, unas mejores previsiones de uso suponen, también, una mayor solidez financiera del proyecto e implican, además, unas tarifas unitarias iniciales más bajas para el usuario, lo que permite, en teoría, maximizar la función de utilidad social del proyecto.

En relación específicamente al caso de las concesiones problemáticas consideradas aquí, BAEZA Y VASALLO (2011: p. 59) profundizan en los argumentos de Bain,

sugiriendo que la práctica de sobreestimar los volúmenes de tráfico puede ser un recurso de los licitadores para conseguir las adjudicaciones: “los licitadores acudieron a los concursos de las nuevas concesiones con ofertas muy agresivas. Los promotores de los proyectos de las nuevas autopistas confiaban en que, transcurridos unos años, podrían renegociar los términos de sus contratos con la Administración, puesto que ésta ya lo había hecho con anterioridad en numerosas ocasiones”. Este esquema, sin embargo, sufrió unas inesperadas y fundamentales alteraciones con la llegada de la crisis económica y financiera a partir de 2008.

## VI. EL PROBLEMA CREADO AL ESTADO POR LAS CONCESIONES DEFICITARIAS Y SUS INTENTOS DE SOLUCIÓN

Ante la proliferación y diversidad de problemáticas que afectaron desde el principio a las nuevas concesiones, la Administración estatal planteó, en primera instancia, medidas de corrección individual para reestablecer el equilibrio económico. Sin embargo, las renegociaciones individuales acordadas resultaron poco efectivas para establecer unas condiciones de rentabilidad razonable a las concesiones, en parte porque no se trataban algunos de los problemas esenciales que tenían planteadas las adjudicaciones (es decir, las expropiaciones y la infrautilización de las vías). Por esta razón, las empresas concesionarias y sus partícipes continuaron ejerciendo tanto una decidida actuación litigante contra la Administración como una intensa acción de *lobby* y, finalmente, a partir de 2009 consiguieron incorporar, en normas estatales con rango de ley, medidas específicamente dirigidas a mejorar la viabilidad de las explotaciones y comprometer los recursos presupuestarios correspondientes. En concreto, se establecieron<sup>11</sup> tres tipos de medidas dirigidas al reequilibrio económico y garantía de ingresos de las concesiones de algunas autopistas de peaje, entre ellas las que configuran nuestro grupo de análisis.

En primer lugar, se implementaron los préstamos participativos por sobrecostes de expropiaciones<sup>12</sup>, mediante los cuales la Administración asumiría la financiación del exceso abonado por expropiaciones respecto al 175% de las cantida-

---

<sup>11</sup> Las medidas se contienen en las disposiciones adicionales cuadragésima primera y cuadragésima segunda de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 y en la disposición adicional octava de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

<sup>12</sup> Las concesiones que se establecieron como potenciales beneficiarias de la medida fueron las siguientes: AP-7 Alicante-Cartagena y Cartagena-Vera, R-3 Madrid-Arganda, R-5 Madrid-Navalcarnero, R-4 Madrid-Ocaña, R-2 Madrid-Guadalajara, AP-51 Conexión de la AP-6 con Ávila y AP-61 Conexión de la AP-6 con Segovia, AP-6 Villalba-Adanero, M-12 Eje aeropuerto, AP-41 Madrid-Toledo, AP-7 Circunvalación de Alicante, AP-53 Santiago de Compostela-Alto de Santo Domingo.

des previstas por la concesionaria en su oferta por este concepto (es decir, la concesionaria asumía el 75% del sobrecoste), siempre que el importe de las expropiaciones haya sido determinado, en más del 50%, mediante acuerdos de las instancias judiciales. Dichos préstamos, concedidos por el plazo restante de la concesión (con un límite de 50 años) se incorporaban como deuda subordinada en el pasivo a largo plazo del balance social, con tres años de carencia (incluidos los intereses). Su remuneración anual se establece como participación en una parte de los ingresos netos del peaje (el 75% menos la amortización lineal de la inversión) proporcional al capital que, en cada momento, signifique el importe del préstamo en el conjunto de la inversión total, con un mínimo garantizado del 1,75%. Para su devolución, la Administración estatal podrá acordar modificaciones de las concesiones que incrementen las tarifas o amplíen el plazo de concesión, “a los solos efectos de generar ingresos adicionales directa y exclusivamente destinados a amortizar el principal y los intereses” de los préstamos participativos. Hasta finales de 2011, los datos de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje muestran que sólo una parte de las concesiones potencialmente beneficiarias utilizó este mecanismo y por un importe agregado de unos 502,9 millones de euros.

En segundo lugar, se habilitó la posibilidad de compensar las obras adicionales ya ejecutadas “no previstas en los proyectos iniciales, y que se encuentren integradas en el dominio público estatal por ser de interés para la Administración concedente.” La forma de compensación consistirá, preferentemente, en un incremento de tarifas i/o del plazo concesional y será determinada, en cada caso, por la Administración, previo acuerdo convencional con las concesionarias. En cualquier caso, tanto esta posibilidad como la de los préstamos participativos, implicará “la renuncia a entablar acciones contra el Estado, o el compromiso de desistir de las ya iniciadas, por razón del reequilibrio económico de la concesión, basadas tanto en el sobrecoste de las expropiaciones como en la ejecución de obras adicionales”.

En tercer lugar, se creó el mecanismo de la cuenta de compensación, destinada a garantizar a determinadas concesionarias<sup>13</sup>, durante tres años, los ingresos equivalentes al 80 % del tráfico previsto en el plan económico financiero presentado en la oferta de licitación. El saldo total de las aportaciones públicas necesari-

---

<sup>13</sup> Las concesiones que podían ser beneficiarias de la medida eran: AP-7 Cartagena-Vera, R-3 Madrid-Arganda, R-5 Madrid-Navalcarnero, R-4 Madrid-Ocaña, R-2 Madrid-Guadalajara, M-12 Eje aeropuerto, AP-41 Madrid-Toledo, AP-7 Circunvalación de Alicante, AP-36 Ocaña-La Roda y AP-7 Alto de las Pedrizas-Málaga.

rias para ello<sup>14</sup>, a partir del tercer año, adquirirá la condición de un préstamo que será retribuido en condiciones similares a los concedidos por sobrecostes de expropiaciones, capitalizándose anualmente la retribución junto al saldo vivo. La cuenta se cancelará en el momento que las aportaciones privadas igualen al saldo de la misma. Las aportaciones públicas anuales, para cada concesión, no podrán superar el 49 % del importe resultante de sumar a los ingresos anuales de peaje de la concesión la cantidad a consignar y, en conjunto, no podrán superar la consignación presupuestaria específicamente establecida. La tabla 4, en la columna destacada, ofrece una aproximación al impacto de la puesta en marcha del mecanismo de la cuenta de compensación sobre la cuenta de resultados total de las concesionarias; en el primer ejercicio de funcionamiento (2011), los ingresos por este concepto se acercaron al 90% de los ingresos por peaje del total de concesiones analizadas.

**TABLA 5. Ingresos por operaciones y resultados anuales en las concesiones problemáticas (2010 y 2011). Millones de euros**

Sociedad concesionaria	Concesión	Ingresos de peajes		Otros ingresos, imputación de subvenciones y cuenta de compensación		Resultado de operaciones continuadas antes de impuestos	
		2010	2011	2010	2011	2010	2011
Henarsa	R-2 Madrid-Guadalajara	22.592	19.182	939	17.234	-9.089	1.051
Accesos de Madrid (AM)	R-3 Madrid-Arganda R-5 Madrid-Navalcarnero	21.596	21.630	3.888	22.253	-15.507	-1.993
Autopista Madrid Sur	R-4 Madrid-Ocaña	176.340	14.942	2.694	16.546	2.340	17.474
Eje Aeropuerto	M12 Eje aeropuerto	4.713	4.377	189	4.960	-2.393	1.725
Autopista Madrid-Toledo	AP41 Madrid-Toledo	3.308	2.670	1.601	4.378	-8.042	-2.992
Aucosta	AP-7 Cartagena-Vera	8.227	7.791	1.000	9.309	-114.503	-171.198
Ciralsa	AP-7 Circunvalación de Alicante	6.397	5.768	2.878	7.903	-12.517	-6.683

Fuente: Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje.

<sup>14</sup> Se establece que si, en alguno de los tres ejercicios de funcionamiento de la garantía, la concesionaria tiene unos ingresos reales de peaje superiores a los previstos en el plan económico financiero de la oferta de licitación, la sociedad abonará en la cuenta el 50% del exceso de ingresos.

La tipología de instrumentos concretos, en esencia garantías financieras y garantías de ingresos, se inscribe en los habitualmente presentes en otros países del entorno europeo. Estas soluciones han mantenido una gran prudencia formal en lo que respecta a la preservación de la naturaleza privada del riesgo de las concesiones, evitando así un desplazamiento del valor de las inversiones subyacentes hacia el balance público, lo cual hubiese agravado los ya acuciantes problemas de deuda pública. No obstante, como ponen de manifiesto los hechos relatados al principio de este artículo, la efectividad de estos instrumentos ha sido limitada, tanto en el sentido de asegurar la viabilidad económica de las concesiones, como en el de tranquilizar al sector de las empresas concesionarias y a las entidades financiadoras de los proyectos.

Descartada la posibilidad de encontrar, a medio plazo, unos gestores privados alternativos de las concesiones, no queda otra alternativa que la intervención pública para redefinir completamente el esquema de gestión de estas explotaciones, integrando en el perímetro público unos activos privados de un valor considerable, con un apalancamiento significativo y con una legislación que otorga fuertes garantías a los actuales adjudicatarios ante la Administración. En resumen, pues, el complicado reto que tiene la Administración del Estado es encontrar una solución que, simultáneamente, satisfaga entre otros los siguientes criterios:

- 1) minimizar el impacto del “rescate” de las concesiones en las maltrechas cuentas públicas,
- 2) proporcionar seguridad a los acreedores financieros de las empresas concesionarias en riesgo para preservar la confianza futura de los inversores en este tipo de proyectos en España,
- 3) evitar un grave quebranto a las empresas que configuran el capital de las concesionarias, entre ellas algunas de las mayores constructoras y operadoras de concesiones del país (véase la Tabla 2) y
- 4) garantizar la continuidad de la prestación del servicio público que ofrecen las infraestructuras subyacentes a las concesiones.

Sin embargo, una vez que el Gobierno del Estado haya conseguido armar, con los anteriores elementos una solución concreta para este episodio crítico, subsistirá la problemática de fondo que afecta al régimen concesional. Y no se trata tan sólo, ni en lo fundamental, de un problema de riesgo moral, sino que, en nuestra opinión, se trata de desarrollar las condiciones que permitan un mayor grado de transparencia y eficiencia, desde un punto de vista público, en la adjudicación y operativa de las diversas fórmulas contractuales de colaboración pú-

blico-privada. Un desarrollo como el propuesto pasa, esencialmente, por una operación que puede parecer contradictoria: incrementar el rigor en la asignación del riesgo empresarial que deben asumir las empresas adjudicatarias y, a la vez, flexibilizar la garantía del equilibrio económico. Todo ello en un marco de mayor transparencia de los procesos de renegociación.

## VII. DEFICIENCIAS EN LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA DE ALGUNOS PRINCIPIOS VERTEBRADORES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

### 1. El concepto de riesgo y ventura

Aunque la figura del contrato de concesión tiene una larga trayectoria en el derecho administrativo español, su contenido actual, alineado con el criterio europeo, se empezó a configurar en 2003<sup>15</sup>. La definición vigente (art. 7.1. del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>16</sup>) del contrato de concesión de obra pública lo tipifica como aquel que tiene por objeto no sólo la realización por parte del concesionario de algún tipo de obra que responda a necesidades concretas del sector público, sino también “(...) la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”. La concesión en el derecho español actual es, pues, parte de un amplio conjunto de figuras contractuales<sup>17</sup> que tienen por objeto la provisión privada de infraestructuras de interés público, concepto que se acostumbra a designar genéricamente como colaboración público-privada (CPP)<sup>18</sup>.

Diversos factores han contribuido a la difusión internacional de la CPP. Entre ellos, se acostumbra a citar las mejoras en eficiencia que aporta la combinación de provisión y operación de una infraestructura de interés público a cargo

---

<sup>15</sup> La derogada Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (LRCCOP) definió, en su apartado cinco, que añadía un nuevo artículo 220.1 al TRLCAP de 2000, el contrato de concesión de obra pública en términos bastante similares a los actualmente vigentes.

<sup>16</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

<sup>17</sup> Para una relación bastante completa de las fórmulas posibles en el derecho español, véase PUERTO CELA (2006: p. 100).

<sup>18</sup> Con esta expresión nos referimos a las diversas fórmulas de *Public-Private Partnership*. Aunque la traducción aquí utilizada ha sido discutida por algunos autores que prefieren traducirla como “Asociación Público-Privada”, hemos preferido seguir la traducción castellana empleada por la UE.

de un operador privado, en determinados casos, respecto a la contratación tradicional (lo que se conoce como *value for money*). Pero ha sido, sobretudo, el especial tratamiento que tienen los importes dedicados a la financiación de estas infraestructuras en la contabilidad nacional, si concurren determinados requisitos, lo que ha contribuido a su extensa implantación. Al tratarse de fórmulas en las que el sector privado asume la construcción, financiación y operación de la infraestructura de interés público, las instituciones internacionales que emiten las normas contables han asumido el criterio de que el valor del activo subyacente no se integra en las cuentas públicas y, en contrapartida, tampoco la financiación necesaria para la construcción computa como gasto público, es decir, la operación no tiene efectos sobre el déficit ni sobre la deuda pública.

EUROSTAT (2010) establece, para que esta consideración tenga efecto, que la vinculación contractual de la CPP debe asignar al concesionario la totalidad del riesgo de construcción<sup>19</sup> del activo subyacente y, simultáneamente, o bien el riesgo de disponibilidad<sup>20</sup> o bien el de demanda<sup>21</sup> (§ VI.5.6); específicamente, para las concesiones, precisa que debe acreditarse que los pagos del gobierno “(...) no constituyen la mayoría de los ingresos de la corporación [concesionaria] en virtud de los contratos, ya sea directa o indirectamente, y el gobierno no proporciona ningún otro tipo de apoyo en forma de garantías o de financiación directa” (§ VI.4.19). En síntesis, lo que exige la normativa estadística europea para no integrar la inversión canalizada a través de CPPs a efectos del cálculo del déficit público, es que la fórmula contractual establezca una transferencia, de forma clara y mayoritaria, de los riesgos inherentes a la provisión y operación de la infraestructura subyacente al operador privado.

Aunque el “riesgo y ventura”, en la legislación española, constituye el principio general de la ejecución del contrato administrativo (art. 215 TRLCSP), parece claro que el sentido que adquiere dicho principio en las concesiones no puede limitarse al alcance que se da a este concepto, por ejemplo, en un contrato pú-

---

<sup>19</sup> Bajo este concepto se incluyen las consecuencias económicas de determinados acontecimientos o circunstancias que tienen como resultado retrasos en la entrega o puesta en servicio de la infraestructura, la aparición de deficiencias diversas en ellas, las desviaciones significativas de los costes respecto a los inicialmente previstos, así como otras razones externas que dificulten la ejecución del contrato, como las problemáticas medioambientales o judiciales.

<sup>20</sup> Cuando la retribución del privado depende, de forma automática y significativa, de que los activos subyacentes estén en condiciones de prestar los servicios acordados en las condiciones de volumen y calidad establecidos en el contrato.

<sup>21</sup> Cuando la retribución del privado se vincula mayoritariamente al uso efectivo de la infraestructura por parte de los usuarios finales.

blico de obra. El derecho español, en su caracterización textual del contrato de concesión de obra pública a partir de la LRCCOP de 2003, asume con claridad el principio de transferencia de riesgos, tanto al delimitar los sistemas de retribución del concesionario (derecho a explotación y/o precio), como al establecer el principio de “riesgo y ventura” para la ejecución del contrato (art. 7.2 TRLCSP). El criterio jurídico europeo interpreta que, con carácter global, la asunción del riesgo por parte del adjudicatario debe ser “substancial” (CONSEJO EUROPEO, 2011), incluyendo la posibilidad de que el contratista no recupere, mediante las contraprestaciones estipuladas, las inversiones realizadas o no cubra los costes en que haya incurrido para construir y explotar los activos objeto de la concesión, en unas condiciones estándar de operación. Y éste es un punto central para la tesis que desarrollamos en este artículo.

El principio de “riesgo y ventura” en los contratos de concesión en España sólo admite la salvedad de los casos de fuerza mayor, que se identifican con los efectos catastróficos derivados de fenómenos naturales o los destrozos ocasionados por situaciones de violencia colectiva grave (art. 231.2 TRLCSP). Como recuerda BAEZA (2008), en la fase inicial de tramitación del texto del proyecto de LRCCOP de 2003, la salvedad aludía al concepto más genérico de “causas impredecibles”, que finalmente fue substituido por el vigente de “fuerza mayor”. IZQUIERDO Y VASSALLO (2002: p. 37), entre otros autores, defendieron con ocasión del debate del proyecto de LRCCOP la conveniencia de restituir las “circunstancias impredecibles”, las cuales debían cumplir, simultáneamente, las condiciones de ausencia de cualquier posibilidad lógica de ser esperables por parte del adjudicatario y de ser inevitables para él. La introducción de este criterio no sólo proporcionaría, en opinión de sus defensores, un equilibrio más razonable de riesgos soportados por el concesionario, sino que además reduciría la litigiosidad entre poder adjudicador y adjudicatarios en estos contratos. Aunque el criterio de “fuerza mayor” fue, finalmente, el que prevaleció en la ley, hay que decir que la jurisprudencia incorporó, parcialmente, las “circunstancias imprevisibles” como un criterio a considerar en determinadas alteraciones del equilibrio económico. ARIMANY (2011), por ejemplo, considera que la sentencia del TS, de mayo de 2011, referida a la autopista Madrid-Toledo (AP-41), en la parte relativa a la anulación de la prolongación del trazado hasta Andalucía se fundamenta en la apreciación de la existencia un riesgo imprevisible cuyo impacto sobre la economía de la concesión debe corregirse, aunque recomienda prudencia en la interpretación de la jurisprudencia, dado que la misma sentencia opera en un sentido distinto al valorar el *factum principis* aplicado a la ampliación de la M-407, una alternativa sin coste para el usuario de la AP-41.

Como hemos visto, el TRLCSP establece dos modalidades básicas para la remuneración del concesionario: la “explotación de la obra” o la de complementar

este derecho con la percepción de un “precio”. En consonancia con la legislación europea, hay que interpretar que el derecho de explotación transfiere, también, los riesgos de explotación. Así, el marco que establece el derecho español para las concesiones transfiere al adjudicatario el riesgo de construcción (incluido en el concepto de “riesgo y ventura”), así como el de demanda y, potestativamente, también el de disponibilidad (como fórmulas de retribución del contrato). En la literatura reciente se ha producido una intensa reflexión sobre cual de estos dos últimos riesgos (demanda o disponibilidad) es más eficiente trasladar al ámbito privado en función de la tipología de infraestructura subyacente a la CPP. En parte, este proceso ha sido inducido por el incremento de la aversión al riesgo de demanda que han experimentado las entidades financiadoras de este tipo de proyectos, especialmente desde la crisis financiera de 2008<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, el Ministerio de Fomento español avanzó, en 2010, la licitación de un considerable paquete de infraestructuras que debían ejecutarse mediante la concesión de obra pública y con una remuneración a los adjudicatarios mediante pagos por disponibilidad únicamente<sup>23</sup>. La coyuntura económica y sus efectos, sin embargo, no han hecho menos pertinentes las bases teóricas de estas reflexiones. SÁNCHEZ SOLÍÑO (2012), por ejemplo, admite que “no existe un planteamiento teórico que avale de forma general las soluciones habituales de transferir el riesgo de demanda, en su totalidad, al agente, o, por el contrario, excluir cualquier transferencia del riesgo de demanda, basando la relación contractual exclusivamente en la transferencia del riesgo de disponibilidad”. No obstante, su modelo teórico de análisis estudia la maximización de la utilidad social total, bajo diferentes supuestos, a partir del objetivo de reducir el coste de la financiación (entendido como una reducción de la aversión al riesgo de un proyecto de infraestructuras por parte del mercado financiero) en condiciones de una elevada incertidumbre sobre los flujos de tráfico y una insuficiente evaluación del proyecto por parte de la Administración. En el ámbito de las autopistas de peaje en España, concluye, se ha dado una tendencia de la administración a transferir una proporción demasiado elevada del riesgo de demanda a los concesionarios y propone un despla-

---

<sup>22</sup> El debate, sin embargo, no nace con esta crisis. En el Reino Unido, por ejemplo, los proyectos de la segunda generación de la *Private Finance Initiative* (la fórmula originaria de la CPP actual), iniciados a principios del siglo XXI, basaron su esquema de pago mayoritariamente en la disponibilidad.

<sup>23</sup> Presentado en abril de 2010, el llamado *Plan Extraordinario de Infraestructuras* (PEI) pretendía avanzar, para el periodo 2010-2011, un ambicioso paquete de 17.000 M€ en proyectos de CPP planificados en el *Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte (2005-2020)*. La evolución de la crisis económica impidió la plena ejecución del plan.

zamiento hacia los riesgos de disponibilidad, introduciendo o ampliando la parte de retribución vinculado al cumplimiento de indicadores de calidad en el mantenimiento y operación de estas concesiones<sup>24</sup>.

El criterio de “riesgo y ventura” no es incompatible con el hecho de que la Administración prevea simultáneamente un abanico, más a o menos complejo y diverso, de fórmulas de garantía para los posibles inversores y adjudicatarios en contratos de CPP, conocidas habitualmente como garantías de Estado. Con esta denominación se designa a cualquier obligación secundaria que vincule legalmente el gobierno a asumir una obligación de pago en caso de que durante el desarrollo de un proyecto de CPP, promovido por cualquier administración de un país, concurra una circunstancia, especificada en la propia garantía, que ponga en peligro el adecuado desarrollo financiero del proyecto.

En principio, la finalidad última de estos instrumentos debe ser evitar que las incertidumbres que rodean los proyectos de CPP, dada su habitual complejidad y el dilatado periodo de su ejecución, dificulte o imposibilite la obtención de la financiación privada de los mismos. Este objetivo, de acuerdo con los criterios del derecho europeo, debe conseguirse sin que las garantías de Estado desplacen mayoritariamente los riesgos hacia el sector público (lo que alteraría la clasificación de estos proyectos a efectos de la contabilidad nacional) y respetando el *market economy investor principle*, esto es, que las garantías de Estado sean retribuidas por la empresa de CPP a la Administración al precio que cobraría un operador del mercado por el mismo servicio (en caso contrario, las garantías serían calificadas de ayudas de Estado a los efectos del derecho comunitario).

Para la casuística analizada aquí, resulta particularmente relevante tener presente que la legislación actual contempla como causa de resolución de una concesión, entre otras, “la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento” (letra b, art. 269 TRLCSP)<sup>25</sup>. Sin embargo, dentro de este supuesto, sólo se señala, imperativamente, como motivo de resolución la apertura de la fase de liquidación en el proceso concursal, mientras que “en los

---

<sup>24</sup> En un sentido contrario a la práctica licitadora habitual en las CPP, el trabajo de SÁNCHEZ SOLIÑO (2012) recomienda que para determinadas infraestructuras y servicios sobre los cuales la Administración no pueda establecer un cuadro de indicadores de calidad y, sin embargo, éstos si puedan ser percibidos claramente por los usuarios (por ejemplo, en un hospital), el riesgo de disponibilidad sea desplazado por el de demanda en la retribución del adjudicatario

<sup>25</sup> En la LRCCOP, de 2003, el texto equivalente hace referencia a los procedimientos legales vigentes en aquel momento, en concreto, “la declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento o el acuerdo de quita y espera”.

restantes casos, será potestativo para la parte a la que no le sea imputable la causa instar la resolución. (art, 270.2 TRLCSP). Llegados a la efectiva resolución de la concesión, por obligación o por decisión de la Administración, “la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero” (art. 271.1 TRLCSP); adicionalmente, en los supuestos de resolución únicamente por razones de conveniencia del sector público<sup>26</sup>, se estipula también que “la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización” (art. 271.3 TRLCSP). Es de destacar que, en relación a la LRCCOP, ha desaparecido la previsión de que la indemnización al concesionario por las inversiones realizadas sólo se le abonará después de solventar las obligaciones que este hubiese contraído con terceros para financiar las obras.

## **2. La preservación del equilibrio económico**

En palabras de ARIMANY (2011: p. 96), existe “una suerte de necesaria convivencia y de tensión, immanente a las concesiones, entre, por una parte, el principio de riesgo y ventura y, por otra parte, el principio de remuneración suficiente”, un concepto del vigente, aunque antiguo, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (1955)<sup>27</sup>. Aunque se han emitido algunas opiniones favorables a la incorporación a la normativa sobre concesiones de la referencia explícita al principio de remuneración suficiente, IZQUIERDO Y VASSALLO (2002: p.

---

<sup>26</sup> En concreto se consideran los supuestos detallados en los párrafos g), h) e i) del artículo 269 TRLCSP, es decir, “g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular. h) La supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público. i) La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.”.

<sup>27</sup> “(...) en todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial” (art. 129.3).

38) señalan que la referencia directa al principio de “remuneración suficiente” obviaría que “las concesiones son en la mayoría de los casos monopolios naturales en los que se introduce la competencia en el proceso de licitación a fin de lograr que el consorcio adjudicatario sea el más eficiente y que, por tanto, el hecho de garantizar un beneficio estable al concesionario incentiva a que los licitadores, sabiendo que van a ser compensados en un futuro, no declaren en sus ofertas la información real sobre sus predicciones, lo que claramente va en contra de la eficiencia en el proceso.”

El nuevo modelo concesional que parece plantearse en el derecho administrativo español, por lo menos desde 2003, fundamenta la actuación pública garantizando los legítimos intereses del socio privado en el concepto de “mantenimiento del equilibrio económico”<sup>28</sup>, más que en preservar, ante cualquier riesgo posible, el beneficio del concesionario y de los inversores en la infraestructura. Con ello se pretende, al menos en la intención expresada por el legislador, desplazar la idea generalizada, reconocida en el apartado segundo de la exposición de motivos de la LRCCOP, de la existencia en España de un compromiso absoluto de la Administración con el mantenimiento de la rentabilidad acordada con los concesionarios. Con este objetivo, el artículo 258.1 TRLCSP circunscribe la extensión del derecho del adjudicatario al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión y la prerrogativa de la Administración a “(...) los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario (...)”. Los supuestos que establece para que la Administración venga obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato son tres (art. 258.2 TRLCSP): la modificación, por parte de la Administración y por razones de interés público, de las condiciones de explotación de la obra (*ius variandi*); la ruptura sustancial de la economía de la concesión directamente determinada por causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración (*factum principis*) y, finalmente, en presencia de los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión.

Dado que las concesiones de obra pública son unos contratos a largo plazo y en los cuales existe una estrecha vinculación entre su objeto y la satisfacción de intereses públicos, es perfectamente razonable que la ley prevea un escenario flexible de la ejecución de los mismos, incluso esperando variaciones introducidas por la propia Administración en aras a una mayor salvaguarda de los intereses

---

<sup>28</sup> La legislación española no define con precisión el concepto de equilibrio económico de una concesión, aunque sí establece, para el concesionario, el derecho al mantenimiento del mismo en la letra b) del artículo 245 TRLCSP.

públicos, sin que ello afecte a la rentabilidad pactada con el adjudicatario. Sin embargo, no cualquier circunstancia que impida al concesionario lograr la rentabilidad inicialmente estipulada (o comprendida entre los umbrales mínimo y máximo) le faculta para apelar a dicha flexibilidad. En aquellos supuestos no previstos por la ley debería prevalecer, pues, el principio de “riesgo y ventura” del concesionario.

El restablecimiento del equilibrio económico “se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan” (art. 258.3 TRLCSP), las cuales podrán consistir en las modificaciones de las tarifas, el plazo concesional o de cualquier cláusula de contenido económico incluida en el contrato. Restaurar el equilibrio económico es la única razón que la ley contempla como causa de prórroga de los plazos de duración fijados en los pliegos de condiciones de las concesiones (art. 268.2 TRLCSP)<sup>29</sup>. En los casos de *factum principis* o fuerza mayor se establece el límite, para las prórrogas del plazo concesional, del 15 por ciento de su duración inicial, en aquellas concesiones con un mínimo del 50% de sus ingresos vinculados a tarifas abonadas por el usuario.

La experiencia histórica de las concesiones de autopistas de peaje en España muestra una propensión muy notable a las renegociaciones, fundamentadas en causas muy dispares o simplemente desconocidas. BAEZA (2008: pp. 143-144) señala que, antes de 2005, el 55% de las concesiones de autopistas estatales de peaje habían tenido una o más renegociaciones, un 75% de las cuales se produjeron antes de los 10 años de concesión; BAEZA Y VASSALLO (2011: p. 56) calculan una media de ocho años entre la adjudicación y la primera renegociación para estas concesiones. Algunas veces, los nuevos términos de la concesión son aprobados en forma de norma y publicados en el boletín oficial, pero esto no sucede siempre. De las 121 renegociaciones efectivas producidas, antes de 2005, en las concesiones de la REAP, sólo 55 tuvieron publicación oficial (BAEZA, 2008: p. 145).

---

<sup>29</sup> La redacción del artículo correspondiente en la Ley de 2003 establecía un abanico más amplio de causas:

“Artículo 263. Plazo de las concesiones.

4. Los plazos fijados en los pliegos de condiciones podrán ser prorrogados potestativamente, más allá de los límites establecidos, hasta los 60 y 25 años, respectivamente, para restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulación.”

En la Ley de 2007 también se contemplaban, explícitamente, las prórrogas por suspensiones en la ejecución de obras por causas no imputables al concesionario (ahora en el art. 242.2 TRLCSP), que implícitamente también se incorporan en el nuevo texto, aunque en sentido estricto no supone una ampliación del plazo de explotación de la obra, sino un diferimiento de su puesta en servicio.

GUASCH (2005) definió la renegociación como cualquier enmienda significativa del contrato concesional y, por tanto, con una repercusión directa sobre la planificación económico-financiera del mismo. El Plan Económico-Financiero (PEF) de una concesión es el documento, integrado en la oferta presentada por cada licitante, que estipula, entre otros aspectos, “(...) el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra (...)” (apartado 4º del artículo 131.1.c TRLCSP). El término fue introducido por el Decreto 215/1973, de 25 de enero, sobre el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, todavía vigente. La cláusula 46 de este Pliego establece que “el PEF, presentado al concurso formando parte de la proposición y aprobado por el Decreto de adjudicación de la concesión, constituirá la base económico-financiera de ésta”. El sentido general de la normativa apunta a que, una vez perfeccionado el contrato, el PEF deviene un documento vinculante para ambas partes. De hecho, toda modificación del proyecto, “deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes” en el PEF (art. 243 TRLCSP). A partir de 2003, con la LRCCOP, el PEF debe entenderse referido a los dos niveles de rendimiento de la concesión (el mínimo y el máximo) contemplado en las ofertas.

La renegociación es un proceso inherente a los contratos incompletos. De forma esquemática, en la teoría económica, un contrato incompleto es aquel que no prevé, al inicio de la vinculación, todos los eventos que pueden acontecer a lo largo de su duración y que tienen un efecto directo sobre su desarrollo. Las concesiones de obra pública son, por la amplitud de factores que inciden en su ejecución y su prolongada duración, un ejemplo natural de contrato incompleto. Como muestran GUASCH (2005) y ENGEL, FISCHER, GALETOVIC Y HERMOSILLA (2009) la experiencia concesional internacional constata una reiterada utilización de las renegociaciones. Sin embargo, a pesar de la naturalidad del hecho en sí, también se detectan la existencia de renegociaciones provocadas, con una estrategia oportunista, por el adjudicatario, en un contexto institucional que favorece netamente su posición, lo cual aboca a una negociación con un elevado grado de asimetría entre las partes (ATHIAS Y SOUBEYRAN, 2012).

El nuevo criterio del derecho comunitario parece configurarse entorno a la idea de que la legislación de los países miembros debería incorporar, por lo menos en determinadas renegociaciones, nuevos procesos de competencia pública. Las autoridades europeas están considerando una propuesta de directiva que tie-

ne como objetivo directo establecer como criterio común que “toda modificación sustancial de las disposiciones de una concesión durante su periodo de vigencia será considerada una nueva adjudicación a efectos de lo dispuesto en la presente Directiva y conllevará un nuevo procedimiento de ejecución regido por la misma” (CONSEJO EUROPEO, 2011: art.42.1) y detalla el concepto de modificación sustancial, con carácter general, como aquella que cumpla alguna de las siguientes condiciones: “(a) que la modificación imponga condiciones que, si hubiera figurado en el procedimiento original de adjudicación de la concesión, hubieran dado lugar a una selección distinta de solicitudes de participación, o hubieran dado lugar a la adjudicación de la concesión a otro candidato o licitador; (b) que la modificación cambie el balance económico de la concesión a favor del concesionario; (c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión, cubriendo suministros, servicios u obras no previstos originalmente” (art. 42.2).

### VIII. ALGUNAS IDEAS PARA UN FUTURO VIABLE DEL SISTEMA CONCESIONAL Y LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA

#### **1. Una propuesta de solución concreta a las autopistas de peaje adjudicadas a partir de 1998**

Aunque los medios de comunicación se han hecho eco, periódicamente, de las dificultades que atraviesan algunas de las concesionarias y, también, de las posibles soluciones que estaría valorando la Administración de Estado, esta no ha adoptado, en el momento de redactar este artículo, una decisión definitiva. Por lo que respecta al método de solución, todo parece apuntar a que la Administración estaría valorando una solución que implique el traspaso e integración de las concesiones en algún ente estatal de carácter mixto (posiblemente con la participación de acreedores financieros y algunas de las sociedades concesionarias o sus partícipes), el posterior saneamiento de las mismas, eventualmente con la inyección de recursos públicos, para su devolución final al sector privado mediante la fórmula jurídica oportuna. La creación de una sociedad mercantil específica para este propósito es una posibilidad perfectamente viable<sup>30</sup>, pero en nuestra opinión el Estado cuenta con alguna alternativa mejor.

---

<sup>30</sup> De hecho ya hubo un proceso similar en la experiencia de la extinta Empresa Nacional de Autopistas (1984-2003), ente estatal que agrupó diversas concesiones de autopistas de peaje hasta su privatización.

En buena medida, la solución que se arbitre para corregir la situación económica y financiera de la concesión de las autopistas de peaje problemáticas, guarda considerables similitudes con el proceso de saneamiento aplicado a determinados activos inmobiliarios en manos de las entidades financieras y que deterioraban las posibilidades de recapitalización de éstas. La transferencia de estos activos a una sociedad mixta, la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB)<sup>31</sup>, mediante una compensación económica a la entidad propietaria, y la posterior venta de estos activos en una operación de mercado, tiene un cierto paralelismo con el procedimiento que hemos referido antes respecto a las autopistas consideradas. En la mayoría de las sociedades concesionarias examinadas existe una notable participación de las cajas de ahorro en su capital social (hasta el 18% de los 716 M€ de capital social agregado, entre participaciones directas e indirectas), con una participación destacada del Grupo CajaMadrid (76M€), además de otro 17% propiedad de sociedades completamente en manos del grupo Abertis (con una participación substancial de otra entidad de esta naturaleza).

Todo ello nos hace expresar que, en nuestra opinión, la mejor solución que podría disponer el Estado para solucionar el caso de las concesiones de autopista de peaje problemáticas sería el traspaso de las mismas a la SAREB. Este solución nos parece la de tramitación legal más sencilla, con la suficiente flexibilidad para la gestión de los activos y la que minimizaría el impacto sobre las cuentas públicas de los flujos económicos que se aflorarían con la operación.

Como se sabe, la SAREB se creó como una sociedad anónima de gestión de activos recibidos en aplicación de la potestad que se otorga al FROB de “obligar a una entidad de crédito a transmitir a una sociedad de gestión de activos determinadas categorías de activos que figuren en el balance de la entidad o a adoptar las medidas necesarias para la transmisión de activos que figuren en el balance de cualquier entidad sobre la que la entidad de crédito ejerza control en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, cuando se trate de activos especialmente dañados o cuya permanencia en dichos balances se considere perjudicial para su viabilidad, a fin de dar de baja de los balances dichos activos y permitir la gestión independiente de su realización” (Art. 35.1 Ley 9/2012). De acuerdo con la norma de creación de la SAREB, entre las diferentes categorías de activos

---

<sup>31</sup> La regulación de esta sociedad se encuentra en el Capítulo VI y determinadas disposiciones adicionales de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, procedente de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto y desarrollada por el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.

tansmisibles se contemplan los “derechos de crédito, instrumentos representativos del capital social de otras entidades o activos inmateriales” (apartado 1º de la letra a), artículo 5.1 RD 1559/2012). En cualquier caso, los activos a transferir son determinados por el FROB, que también conserva la potestad de modificar, sucesivamente, la relación de activos transferibles (art. 6.2 RD 1559/2012). La regulación de la SAREB permite una gestión diferenciada de estos activos, al habilitar la constitución de un patrimonio separado carente de personalidad jurídica, de los contemplados en el artículo 29 del RD 1159/2012 (en desarrollo de la disposición adicional décima Ley 9/2012),

Vehicular a través de la SAREB la operación de recuperación de las autopistas mencionadas presenta una ventaja muy significativa en términos presupuestarios. De acuerdo con la decisión de Eurostat explicitada en la carta del director de esta agencia a las autoridades españolas de 26.03.2013<sup>32</sup>, los recursos públicos aportados a la SAREB no computarán a efectos de deuda pública en la contabilidad nacional al aceptarse la clasificación de este ente como parte del sector de las corporaciones financieras, es decir, en el sector privado, sin integración con los balances públicos. La creación *ex profeso* de una sociedad mercantil, por el contrario, debería solicitar específicamente a Eurostat su exclusión a efectos de déficit público, un aspecto que puede parecer trivial, pero que no lo es en absoluto<sup>33</sup>. Aunque en el diseño societario es previsible que se opte por una arquitectura de CPP, no es sencillo que Eurostat acepte como tal lo que, proviniendo de una fórmula de este tipo, no deja de ser una operación que revierte en el sector público gran parte de los riesgos y garantías del proyecto asumidos anteriormente por el sector privado.

En cierta medida, nuestra propuesta de solución presenta notables similitudes con situaciones precedentes. En particular, nos referimos a toda la situación vivida por la concesionaria ACESA, a principios de los años 80 del siglo XX. La propiedad de dicha concesionaria fue transferida al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) durante el intento de rescate de la entidad financiera que era su accionista mayoritario, el desaparecido Bankuni3n, donde permaneció hasta su privatización en 1987.

La otra gran cuestión que plantea la resolución del problema de las autopistas de peaje que hemos analizado es, evidentemente, el coste que supondrá para

---

<sup>32</sup> El texto íntegro de la carta está disponible en [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government\\_finance\\_statistics/documents/E-S-Classification\\_of\\_SAREB.pdf](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/documents/E-S-Classification_of_SAREB.pdf).

<sup>33</sup> En este sentido, habría que recordar la experiencia de Madrid Calle 30.

el Estado. Sobre este particular, tanto en la prensa como en algunos estudios han aparecido cifras en un intervalo notablemente disperso, que va desde los 3.000 a los 8.000 millones de euros<sup>34</sup>, entendiendo que nos estamos refiriendo exclusivamente al coste de traspasar los activos desde las actuales concesionarias al perímetro público (indemnización de los adjudicatarios y refinanciación de la deuda), y no los costes adicionales que supondrá la posterior operativa de las concesiones. Conviene tener en cuenta, además, que en este caso cualquier valoración pericial del coste de la operación tiene un valor de punto de partida, dado que, al final, debe ser sometido a negociación y acuerdo entre las partes implicadas.

En este contexto, parece que lo más sensato sería partir de la aplicación del art. 271.1 TRLCSP, que insta a la Administración a compensar al privado la parte no amortizada de la inversión en activos. En la Tabla 6 se recogen estos valores, a 31.12.2011, en términos de valoración contable, los cuales deberían matizarse, por lo menos, con los siguientes importes:

- a) La existencia de imputaciones en concepto de deterioro del inmovilizado con cargo a las cuentas de resultados anuales en cada una de las sociedades concesionarias.
- b) Las provisiones, en concepto de minusvaloración de la inversión, practicadas por cada partícipe del capital social de las concesionarias en sus respectivos balances.
- c) La transposición de los criterios generales de valoración de la SAREB (capítulo III RD 1559/2012) a la naturaleza concreta de los activos involucrados en esta operación, en el caso de que esta sociedad fuera el instrumento vehicular definitivamente elegido.

---

<sup>34</sup> BEL (2010: p. 222), por ejemplo, apuntó una cifra entre 4.000 y 5.000 millones de euros sólo de deuda.

**TABLA 5. Inversión en autopista y amortización de autopista en las concesiones problemáticas (a 31.12.2011). Miles de euros**

Concesión	Concesionaria	Amortización de autopista acumulada	Inversión en autopista	Activo neto en autopistas
R-2 Madrid – Guadalajara	Henarsa	107.274	774.932	667.658
R-3 Madrid – Arganda	Accesos de Madrid (AM)	103.889	1.247.468	1.143.579
R-5 Madrid – Navalcarnero				
R-4 Madrid – Ocaña	Autopista Madrid Sur	36.303	1.217.265	1.180.962
M12 Eje aeropuerto	Eje Aeropuerto	21.818	406.312	384.494
AP41 Madrid – Toledo	Autopista Madrid-Toledo	28.384	444.553	416.169
AP-7 Cartagena – Vera	Aucosta	73.583	737.897	664.314
AP-7 Circunvalación de Alicante	Ciralsa	26.101	443.395	417.295
Total concesiones consideradas		397.352	5.271.822	4.874.470

Fuente: Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje.

Con independencia de si la opción finalmente elegida por el gobierno del Estado es la creación de una sociedad *ad hoc* o si opta por la solución que aquí hemos expuesto, hay una última consideración que debe tenerse en cuenta. Aunque, en el esquema teórico, se ha postulado que la CPP no podría dar cabida a los “elefantes blancos”<sup>35</sup>, los ejemplos de concesiones analizados en este artículo

<sup>35</sup> Se acostumbra a designar así los proyectos de inversiones en infraestructuras públicas que carecen de una demanda social que los justifique en términos económicos, aunque sí pueden contar con otros elementos que avalen su legitimidad (la cohesión territorial, la viabilidad económica de determinadas zonas en regresión, etc). El origen de la expresión tiene que ver con determinadas tradiciones del sudeste asiático.

plantean numerosas dudas respecto a que, en la práctica, no haya podido ser así. Si efectivamente se hubiese producido esta eventualidad, no hay otra alternativa para la viabilidad de esas concesiones concretas que la reasignación del riesgo de demanda, desplazándolo completamente al sector público, con un nuevo esquema retributivo del sector privado basado en la disponibilidad o bien, simplemente, con el “rescate” de la concesión y su operación desde el sector público como vías gratuitas. Creemos que ésta es la única salida, a largo plazo, de algunas de las vías analizadas aquí que registran, notoriamente, una menor demanda de uso.

## 2. Reformas estructurales pendientes en el sistema concesional español

Un funcionamiento eficiente, desde el punto de vista público, de las fórmulas contractuales de colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de interés público, debe contar, como requisito previo, con un marco de aplicación clara de los principios inspiradores del modelo. Esto es, la existencia de ganancias en la operación privada del servicio prestado por la infraestructura (*value for money*) y una repercusión “substantial” de los riesgos sobre el sector privado. El sistema legal español, como hemos visto, ha venido incorporando los criterios europeos en lo que respecta al carácter “substantial” del riesgo que deben asumir los operadores privados. Sin embargo, dicha incorporación ha tenido lugar más en el articulado de la legislación más general sobre la materia que en las medidas más vinculadas a la gestión concreta de las adjudicaciones. Esta práctica ha convertido en irrelevante la rigidez formal que presentan determinados aspectos de la legislación en este ámbito. En nuestra opinión esta situación ha perjudicado a la transparencia de esta modalidad contractual pública, tanto en lo que respecta a la percepción que tienen los ciudadanos de los objetivos de estas vinculaciones, como en lo que respecta a la eficiente asignación de riesgos y beneficios (utilidades) entre los ámbitos público y privado, lo cual es más preocupante en términos de la lógica del modelo. Por estas consideraciones, creemos que es fundamental proceder a algunos ajustes básicos en los elementos estructurantes del régimen legal concesionario español y, por extensión, del de la CPP.

En primer lugar, creemos que resulta imperativo substituir el principio de la “fuerza mayor” por el más amplio de “circunstancias impredecibles” en las afectaciones del riesgo de construcción que debe asumir el adjudicatario. Esto no sólo armonizaría el criterio del legislador con el de la jurisprudencia, como hemos visto, sino que además crearía un marco de mayores garantías para los inversores privados. No parece que la fórmula económica más eficiente de corrección de las mencionadas afectaciones sea la que difiere los importes correspondientes para su generación durante la operación de la infraestructura (abonados por el usuario o por la administración concedente), sino que se podría considerar la cre-

acción de un marco permanente de garantías financieras de Estado basado en las instrumentadas específicamente para las autopistas que hemos visto en este artículo.

En segundo lugar, el concepto de reequilibrio económico debería abandonar el papel principal que asume en el actual sistema concesional español para desarrollar un papel más secundario, relacionado exclusivamente con determinadas decisiones de las Administraciones Públicas que afecten *a posteriori* las adjudicaciones. El objetivo de dicho desplazamiento sería eliminar, tanto como fuera posible, la práctica de las renegociaciones. Esto obligaría a crear un marco legal que permita un ajuste automático a los diversos avatares no previstos que una CPP, como contrato incompleto, atravesará durante su vigencia.

VASSALLO (2010), entre otros, ha propuesto con esta finalidad la implantación generalizada de la concesión de duración flexible (CDF). La CDF implica, básicamente, condicionar la duración de la CPP al logro de un determinado objetivo, pactado al inicio del contrato, para uno o más indicadores suficientemente representativos del retorno de la inversión privada (número de usuarios, ingresos...). En el momento en que dicho objetivo se alcanza, el contrato de CPP se da por concluido. Aunque este mecanismo reduce substancialmente el riesgo de demanda que asume el sector privado no lo elimina por completo, dado que al diferirse en el tiempo el retorno se incurre en mayores costes y menor rentabilidad. Así mismo, este mecanismo restringe los incentivos para la concurrencia, durante las licitaciones, de ofertas arriegas con la esperanza de provocar renegociaciones oportunistas, en especial con sobrestimaciones de las cifras iniciales de usuarios.

No obstante, el sector de las empresas especializadas en este tipo de operaciones ha manifestado rotunda y reiteradamente su oposición a la implantación de la CDF como cláusula general. En el artículo citado, VASSALLO sintetiza en tres argumentos las razones de la oposición del sector privado:

- a) La CDF no asegura, anualmente, los flujos de caja necesarios para hacer frente a los pagos comprometidos con los financiadores del proyecto.
- b) Al no existir una clara referencia temporal de la duración, las tareas de operación y mantenimiento de la concesión se dificultan y encarecen innecesariamente.
- c) El mecanismo no tiene un funcionamiento simétrico para el sector privado y el sector público, ya que sólo establece un límite máximo a la rentabilidad de la concesión, sin garantizar un mínimo.

Como razona el mismo autor, se puede dar satisfacción a estas objeciones mediante la adición de correcciones específicas al modelo básico de CDF, la mayoría instrumentadas a través de mecanismos sobradamente conocidos en el mundo concesional. Se sugiere, así, que la resistencia a abandonar una práctica muy arraigada (la renegociación) tendría una estrecha relación con los pingües beneficios que los concesionarios han obtenido, en el pasado, con esta fórmula.

Una evolución del modelo básico de CDF es el que propone, por ejemplo, ANDREU ARASA (2012), combinando duración indeterminada de los contratos, valores actuales netos de los ingresos percibidos por un adjudicatario y subsidios en determinados casos de falta de demanda. El autor establece el contrato óptimo “por unos límites máximos y mínimos de ingresos, determinados, por otra parte, de forma que el coste marginal del riesgo de los concesionarios sea igual al coste marginal de los subsidios” (p. 53). Así, la licitación de una concesión seguiría una fórmula de subasta de doble límite, donde las empresas concurrirían presentando el mínimo y el máximo valor descontado que estarían dispuestas a recibir, resultando adjudicataria la oferta con un menor valor<sup>36</sup>. “Si los ingresos del concesionario resultan menores del mínimo presentado en la licitación, la Administración pagaría la diferencia. Si los ingresos fueran superiores, la concesión terminaría y la Administración recibiría la diferencia de ingresos (en este caso no se pagaría subsidios). Finalmente, si los ingresos se situasen entre el techo y el suelo, el concesionario recibiría ingresos indefinidamente sin obtener ningún subsidio” (ANDREU ARASA, 2012: p. 53)

## IX. CONCLUSIONES

El colapso económico de algunas de las concesiones de autopistas de peaje españolas adjudicadas en el periodo 1998-2004 ha tenido como raíz la concepción, reiteradamente confirmada por la práctica de décadas, de la Administración concedente como fiable red de seguridad final de estas inversiones privadas en proyectos de interés público. La coincidencia de la recesión económica con el inicio de su puesta en servicio (a partir de 2008) agravó las dificultades inherentes a unas previsiones iniciales de usuarios sobreestimadas, que tenían como objetivo obtener la adjudicación y provocar, después, la renegociación oportunista de los términos. Al mismo tiempo, la crisis redujo, substancialmente, el margen de maniobra de la Administración del Estado para articular las soluciones efectivas,

---

<sup>36</sup> El valor de las ofertas de ingresos se ponderaría mediante una función establecida por la Administración que incorporaría “el precio sombra de la financiación (el coste marginal del riesgo), el valor del parámetro que mide la ineficiencia de la Administración (el coste marginal del subsidio) y la función en la que se distribuye la demanda”.

tanto a los desequilibrios económicos generados por la concurrencia de una caústica particularmente adversa a los proyectos como a los déficits de explotación.

La configuración de los principios de “riesgo y ventura” y “equilibrio económico” en la legislación española en materia concesional, combina elementos formales que refuerzan la idea de un notable desplazamiento de los riesgos al adjudicatario con otros que, desde las mismas disposiciones normativas, sirven de garantía a los intereses del concesionario ante las contingencias que puede atravesar la construcción y explotación de la concesión. Aunque en unos contratos de la especial naturaleza de los CPP, puede considerarse natural la búsqueda de un balance entre ambos conceptos, teniendo en cuenta que el nivel de riesgo efectivo de un proyecto de este tipo condiciona el atractivo para los posibles inversores, lo cierto es que el nivel general de protección del privado en el sistema legal español impide una eficiente la asignación del riesgo en los contratos de concesión, impedimentos que no han desaparecido completamente en la adaptación del derecho español a las directivas europeas sobre la materia.

El artículo plantea una solución pragmática al problema planteado por las concesiones en dificultades que pasa por al transferencia de estas a la SAREB y plantea una cuantificación restrictiva de las compensaciones a las concesionarias. Finalmente, se plantean algunas propuestas estructurales para aumentar la transparencia del sistema contractual de colaboración público-privada, en el cual se inscribe la figura de la concesión de obra pública, como vía principal de asegurar la deseable continuidad y operatividad de este sistema.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDREU ARASA, JORGE: “Las colaboraciones público privadas. Gestión eficiente de los riesgos”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 3032, 2012, pp. 45-54.
- ARIMANY LAMOGLIA, ESTEBAN: “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo «Autopista Madrid-Toledo (AP-41)»”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Madrid, núm. Especial, 2011, pp.93-100.
- ATHIAS, LAURE Y SOUBEYRAN, RAPHAEL: *Demand Risk Allocation in Incomplete Contracts: The Case of Public Private Partnerships*, Working Paper, 2012.
- BAEZA MUÑOZ, MARIA DE LOS ÁNGELES: *Planificación económico-financiera de las concesiones de autopistas de peaje. Un estudio empírico del caso español*, Universidad de Granada (Tesis doctoral), 2008, 277 pp.

- BAEZA, MARÍA DE LOS ÁNGELES Y VASSALLO, JOSÉ MANUEL: “La intervención de la Administración ante las dificultades financieras de las sociedades concesionarias de autopistas de peaje”, *Presupuesto y Gasto Público*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, núm. 65, 2011, pp. 51-60
- BAIN, ROBERT: “Error and optimism bias in toll road traffic forecasts”, *Transportation*, febrero 2009.
- BEL, GERMÀ: “La racionalización de las infraestructuras de transporte en España”, *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 80, 2010, pp. 211-228.
- BEL, GERMÀ Y FAGEDA, XAVIER: “Is a mixed funding model for the highway network sustainable over time? The Spanish case”, *Research in Transportation Economics*, num. 15, 2005, pp.187-203.
- CANTOS SÁNCHEZ, PEDRO Y ÁLVAREZ SAN-JAIME, ÓSCAR: “El valor del tiempo con congestión: el caso de la Radial-3”, *Revista de Economía Aplicada*, núm. 51 (vol. XVII), 2009, pp 55-80.
- CONSEJO EUROPEO: *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión*. Bruselas, COM(2011) 897 final 2011/0437.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LAS SOCIEDADES CONCESIONARIAS DE AUTOPISTAS NACIONALES DE PEAJE: *Informe 2011 sobre el sector de autopistas de peaje en España*, Ministerio de Fomento, Madrid, 2013, 213 pp.
- ENGEL, EDUARDO, FISCHER, RONALD, GALETOVIC, ALEXANDER Y HERMOSILLA, MANUEL: “Renegociaciones de concesiones en Chile”, *Estudios Públicos*, núm. 113, 2009, 151-205.
- EUROSTAT: *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, European Union, Luxemburg, 2010, 352 pp.
- GONZÁLEZ-SAVIGNAT, MAR, MATAS, ANNA I RAYMOND, JOSEP LLUIS: “La predicción de la demanda en evaluación de proyectos”. *Cuadernos económicos de ICE*, núm. 80, 2010, pp. 189-211.
- GUASCH, JOSÉ LUIS: *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*, Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2005, 240 pp. [Traducción al castellano de *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right*, WBI Development Studies. World Bank, Washington, D.C, 2004.]

IZQUIERDO, Rafael y VASSALLO, José Manuel: *Estudio sobre los contratos de concesión de obras públicas*, Comisión de Economía de las Obras Públicas del Colegio de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos, Madrid, 2002, 104 pp.

PUERTO CELA, MARIANO: “Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada”, *Presupuesto y Gasto Público*, Instituto de Estudios Fiscales, núm. 45, Madrid, 2006, pp.95-103.

SÁNCHEZ SOLIÑO, ANTONIO: “Optimización de la transferencia de riesgos en los Contratos de Infraestructuras y Servicios Públicos”, *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, núm. 201, 2012, pp. 67-91

SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUCTURAS, TRANSPORTES Y VIVIENDA: *El tráfico en las autopistas de peaje 2011*, Ministerio de Fomento, Madrid, 2012, 420 pp.

VASSALLO, JOSÉ MANUEL: “Flexible-Term Highway Concessions. How Can They Work Better?”, *Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board*, Washington, núm. 2187, 2010, pp. 22-28.



# **Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales**

*Carlos Mingorance Martín*

Abogado. Profesor contratado de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO A LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE FUENTES RENOVABLES. 1. La tradicional diferenciación entre la producción de energía eléctrica en régimen especial y en régimen ordinario. 2. Normativa europea. 3.- Evolución de la normativa de régimen especial bajo la Ley 82/1980, de conservación de la energía. 4. Evolución de la normativa de régimen especial bajo la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico. II. EL VIGENTE RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE FUENTES RENOVABLES. III. TIPOLOGÍA DE MODIFICACIONES QUE PUEDEN AFECTAR AL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS INSTALACIONES. 1. Modificaciones en el régimen económico derivadas de la reconsideración general de los parámetros retributivos. 2. Normas que establecen regímenes retributivos aplicables únicamente a determinadas instalaciones. 3. Actualizaciones y revisiones ordinarias de los parámetros retributivos de referencia. 4. Alteraciones en el régimen económico derivada de la modificación de conceptos distintos de los parámetros retributivos de referencia. IV. LA INCIDENCIA DEL RIESGO REGULATORIO SOBRE LAS EXPECTATIVAS ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA. 1. Introducción. 2. Los conceptos de “regulación” y de “riesgo regulatorio”. 3. El principio de seguridad jurídica. 4. El principio de irretroactividad. 5. El principio de confianza legítima. El “riesgo regulatorio” como criterio que elimina la posible vulneración de los principios de confianza legítima y seguri-

dad jurídica. V. REFLEXIONES FINALES. LOS PROPÓSITOS DE ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN ESTABLE Y PREDECIBLE. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFIA

**RESUMEN:**

La producción de energía eléctrica desde fuentes renovables está sometida a un marco normativo extraordinariamente cambiante, no exento además de un alto grado de complejidad normativa. En el presente trabajo se exponen, por una parte, los sucesivos marcos normativos en la materia y por otra, la respuesta de la jurisprudencia en relación con las siguientes cuestiones: a) las condiciones que deben darse para que el necesario dinamismo del ordenamiento jurídico en esta materia se vea armonizado con el principio de seguridad jurídica; b) en qué medida puede considerarse ajustada al ordenamiento jurídico las normas que imponen un nuevo régimen retributivo a los titulares de instalaciones existentes, lo que se resuelve mediante la correcta aplicación del principio de irretroactividad; c) en qué medida el alto grado de mutabilidad normativa afecta a las expectativas económicas de los titulares de las instalaciones cuyas decisiones se adoptaron apoyándose en un determinado marco regulatorio, lo que nos lleva al análisis del principio de confianza legítima.

**PALABRAS CLAVE:**

Riesgo regulatorio. Energías renovables. Principios generales del Derecho. Seguridad Jurídica. Irretroactividad. Confianza legítima.

**ABSTRACT:**

The production of electricity from renewable resources is subject to extraordinarily changing regulatory framework, as a high degree of regulatory complexity. On the, one hand, the article analyses successive regulatory frameworks on this topic. On the other, the response from case-law to the following issues: a) the conditions necessary to streamline the dynamism of the legal system with the principle of legal certainty; b) the legality of implementing a new economic regime to existing energy producers, which is solved by the proper application of the principle of non-retroactivity; c) how it affects the changing regulatory framework to the economic expectations of renewable energy producers whose decisions were supported by a particular regulatory framework, which leads us to the analysis of the principle of legitimate expectations

**KEYWORDS:**

Regulatory Risk. Renewable energy. Generals principles of law. Legal certainty. Non-retroactivity. Legitimate expectations.

## INTRODUCCIÓN

Desde que en los años ochenta del pasado siglo se iniciara en España la implantación de políticas encaminadas a impulsar la producción de energía eléctrica desde fuentes renovables, el sector ha estado sometido a un marco regulatorio extraordinariamente cambiante, habiéndose sucedido cada pocos años distintas ordenaciones en la materia, lo que a la postre ha determinado un enorme grado de complejidad normativa como consecuencia de la convivencia simultánea de distintos regímenes jurídicos derivada del establecimiento de períodos de derecho transitorios largos en orden a la protección de las inversiones realizadas al amparo de la normativa anterior. Además, esta dinámica regulatoria tan rápidamente evolutiva ha venido acompañada de una superabundancia normativa, concitándose normas de distinto rango y alcance, sin olvidar que, por añadidura, la producción de energía desde fuentes renovables abarca tecnologías de generación muy diversas y variadas con la consiguiente propensión a la fragmentación normativa<sup>1</sup>.

Desde luego que la finalidad que ha presidido toda la regulación en materia de producción de energía eléctrica desde fuentes renovables ha sido fomentar la producción de energía a partir de estas fuentes de carácter proambiental<sup>2</sup>, pero en un plano más jurídico las sucesivas regulaciones en la materia han puesto de manifiesto en ocasiones la existencia de “zonas de fricción” entre la nueva normativa y las situaciones jurídicas creadas bajo la regulación anterior, poniendo al descubierto la posible lesión de las expectativas económicas creadas en los titulares de instalaciones de producción desde fuentes renovables, cuya implantación exige, dicho sea de paso, grandes desembolsos económicos, que los agentes económicos realizan bajo un marco regulatorio que incorpora medidas de fomento que en parte pueden ser determinantes de la planificación.

---

<sup>1</sup> Sobre estos aspectos, el Dictamen del Consejo de Estado 1059/2011, de 22 de junio, entre otros, se hace eco conjuntamente del riesgo regulatorio derivado del alto grado de inestabilidad normativa así como de la necesidad de homogeneizar el régimen de las distintas tecnologías de producción, aconsejando además una reflexión más profunda que permita dar un mínimo de estabilidad normativa y predictibilidad al régimen (Apartado 4, subapartado E'). En el mismo sentido, *vid.* Informe 3/2007 de la Comisión Nacional de la Energía (Apartado 6, página 19).

<sup>2</sup> Objetivo que se han tenido en cuenta cada uno de los periodos regulatorios y que parece haberse logrado con creces a la vista de los resultados que colocaban durante unos años a nuestro país como abanderado en la generación de energía desde fuentes renovables. Así, de la potencia instalada en el año 2001, el 17% correspondía a instalaciones desde fuentes renovables, mientras que en el año 2010 suponía un 35% (fuente: *Comisión Nacional de la Energía, “Información Básica de los Sectores de la Energía 2011”* pág. 12 del Anexo; [www.cnmec.es](http://www.cnmec.es)). En cuanto a la aportación de electricidad de origen renovable al consumo bruto de electricidad, en el año 2004 fue del 17,9% frente al 33,3%, que se produjo en 2010 (Fuente: Plan de Energías Renovables 2011-2020, pág. 18; [www.idae.es](http://www.idae.es)).

A la vista de ello, es procedente cuestionarse sobre la particular incidencia que los constantes cambios regulatorios en materia de producción de energía eléctrica desde fuentes renovables pueden tener sobre las expectativas económicas creadas al amparo de marcos regulatorios anteriores y la licitud de la alteración de estas condiciones por la normativa posterior, lo que nos conduce al análisis de la efectiva aplicación u observancia de los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y confianza legítima.

La oportunidad de examinar la materia así planteada se sustenta en una doble reflexión: en primer lugar, porque pudiendo afirmarse que sobre los principios jurídicos enunciados existe un sólido cuerpo de doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no obstante en materia de generación de energía desde fuentes renovables sigue existiendo un nivel de litigiosidad relativamente alto, a la vista de la jurisprudencia generada de tanto en tanto al respecto, lo que pone de relieve que el asunto sigue siendo ciertamente controvertido<sup>3</sup>; y en segundo lugar, porque la Administración, que ha sido la verdadera patrocinadora del espectacular crecimiento de las energías renovables experimentado en las últimas décadas habiendo implantando un modelo de fomento basado en atractivas retribuciones al sector, de unos años a esta parte y a causa del deterioro generalizado del entorno económico ha venido aprobando normas justo en el sentido contrario, bajo argumentos de diverso signo como la necesidad de disminuir los costes que las renovables tienen sobre el conjunto del sistema y sobre el déficit tarifario o el acercamiento progresivo a las reglas del mercado de estas tecnologías aún subvencionadas. Valga como ejemplo de esto último que decimos las recientes reformas en la materia llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, *por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico*, que eliminó el sistema de primas a las energías renovables, justificando el preámbulo “el carácter insostenible del déficit del sector eléctrico” o la recién estrenada Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico*, (LSE 2013) que abandona ya los conceptos diferenciados de producción de energía en régimen “ordinario” y “especial”, siendo así que éste último hacía referencia al singular régimen económico primado de las energías renovables<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sólo a lo largo de 2012 y 2013 pueden contabilizarse varias decenas de pronunciamientos del Tribunal Supremo derivados de la impugnación del RD 1565/2010, de 19 de noviembre, *por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*.

<sup>4</sup> En el mismo sentido, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero que suprime los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía en régimen especial justificaba la adopción de la medida en la *compleja situación económica y financiera*, señalando el déficit tarifario como el *principal problema que amenaza la sostenibilidad económica del sistema eléctrico*.

El correcto análisis de esta materia exige dedicar unos primeros apartados a trazar las líneas esenciales del marco regulatorio y la evolución del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica desde fuentes renovables y el régimen actualmente vigente. A la vista de ello, se realiza una categorización de los distintos tipos de modificaciones en la materia para finalmente examinar la cuestión desde una perspectiva jurisprudencial, analizando la doctrina general de los principios de de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima establecida por el Tribunal Constitucional así como la aplicación de tales principios por el Tribunal Supremo.

## I. EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO A LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE FUENTES RENOVABLES

### 1. La tradicional diferenciación entre la producción de energía eléctrica en régimen especial y en régimen ordinario.

Durante dos décadas, hasta la reciente aprobación de la LSE 2013, la regulación del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica estuvo presidida por la expresa distinción entre la generación desde fuentes tradicionales que consumen combustibles fósiles -régimen ordinario- y la generación desde fuentes proambientales - régimen especial- habiéndose establecido así un *corpus* normativo singular con la finalidad de determinar qué tecnologías de producción de entre las de carácter ambiental tendrían derecho a un especial régimen retributivo de fomento. La LSE 2013 -es preciso advertirlo cuanto antes- abandona nominalmente los conceptos diferenciados de régimen ordinario y especial, lo que no obstante no impide reconocer la existencia de un régimen jurídico y económico singular para la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, régimen sobre el que nos detendremos más adelante.

Debe resaltarse la importancia capital que la normativa vertida sobre el régimen especial de producción ha tenido en nuestro ordenamiento no sólo en orden a la implantación de efectivas políticas de fomento de la generación de energía desde fuentes renovables, sino por cuanto que su correcto entendimiento permite valorar el verdadero alcance de la incertidumbre normativa a la que está sometida la materia, siendo verdaderamente excepcional encontrar un régimen jurídico estable más allá de cuatro o cinco años.

El *régimen especial* de producción de energía eléctrica hacía referencia a un régimen de producción incentivado a largo plazo, con la finalidad fomentar la implantación de instalaciones la generación desde fuentes ecológicas, como contra-

posición a la producción en *régimen ordinario*, que utilizan las fuentes convencionales para producir la energía (combustibles fósiles) y carecen de tales incentivos, que, dicho sea de paso, no tienen por qué ser necesariamente económicos, integrando medidas de estímulo de diversa índole<sup>5</sup>. Podemos decir, siguiendo NEBRED<sup>6</sup>, que el régimen especial lo integraban aquellas tecnologías que siendo capaces de producir electricidad por cualquier proceso industrial, la regulación les reconocía su especialidad en orden a la promoción de energías autóctonas y proambientales.

Suele explicarse como germen de la regulación de lo que luego sería denominado propiamente como *régimen especial* las crisis energéticas de los años 1973 y posterior de 1978, lo que determinó la promulgación de la Ley 82/1980, de 30 de diciembre, de Conservación de la Energía, con la propósito de reducir la dependencia exterior de combustibles y su carga económica<sup>7</sup>. A tal fin, la Ley recogía las normas, principios básicos e incentivos orientados a determinados fines tales como la adopción de fuentes de energía renovables, reduciendo en lo posible el consumo de hidrocarburos y en general la dependencia exterior de combustibles, o la promoción de utilización de energías residuales de procesos e industriales, entre otros. En el mismo sentido se orientaban los Planes Energéticos elaborados en la época, de manera que el Plan Energético Nacional 1978-1987, elaborado en plena crisis energética mundial, puso en marcha una política de diversificación energética con el fin de sustituir progresivamente el peso del petróleo en la generación eléctrica, mientras que el Plan Energético Nacional 1983-1992, aprobado por las cortes en 1984 planteaba entre sus objetivos para reducir la dependencia energética del exterior la mejora de la eficiencia energética, el im-

---

<sup>5</sup> Sobre el tratamiento completo de los diversos aspectos del régimen especial puede consultarse: JOVER GÓMEZ-FERRER, J.M.: *Régimen especial de producción de energía eléctrica*. Edit. Consejo de Estado y BOE. Colección: Temas de Administración Consultiva, Madrid, 2012; BECKER, F., CAZORLA PRIETO, J.L., MARTÍNEZ SIMANCAS, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010. Asimismo, NEBRED<sup>6</sup> PÉREZ, J.M.: *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*. Edit. THOMSON CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2007, y del mismo autor “El régimen especial de la producción eléctrica”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. III *Sector Energético*. Edit. Iustel, Madrid, 2009, págs. 381-443. También es ya clásico el trabajo de DOMINGO LÓPEZ, E.: *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, INAP, Colección *Estudios*, Madrid, 2000.

<sup>6</sup> NEBRED<sup>6</sup> PÉREZ, J.M.: “El régimen especial de la producción...” ob.cit. pág. 383.

<sup>7</sup> En este sentido, DOMINGO LÓPEZ, E.: *Régimen jurídico de las...* ob.cit. pág. 205; JIMÉNEZ LARREA, E.: “España: de la consolidación de un modelo a nuevos retos a 2020”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 579; y SÁNCHEZ SUDÓN, F.: “Historia de las energías renovables”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 43.

pulso del ahorro y la conservación de la energía y la utilización óptima los recursos para satisfacer la demanda<sup>8</sup>.

Dicho lo cual, hay que hacer notar que el origen de la regulación de la producción de energía eléctrica desde fuentes alternativas no se encontraba tanto en la conveniencia de fomentar las energías limpias y renovables como en la necesidad perentoria de reducir la dependencia energética del exterior. Sin embargo, desde entonces hasta hoy la normativa sobre el régimen especial fue consolidando progresivamente su carácter proambiental hasta llegar a convertirse en el verdadero leitmotiv de la regulación, cuya seña de identidad más destacada fue el especial régimen económico o retributivo que se le otorgaba<sup>9</sup>. Cabe añadir que el régimen especial se fue articulando en torno a sucesivos marcos regulatorios cada uno de los cuales estableció períodos transitorios de vigencia de la normativa anterior relativamente largos, con el objeto comprometer lo menos posible las expectativas económicas de los productores acogidos a la normativa modificada, con lo que junto a la inseguridad normativa propia de los continuos cambios de regulatorios, se añadía la complejidad en su aplicación derivada de la convivencia simultánea de diversos regímenes, aspectos sobre los que abundaremos más adelante.

El más reciente reconocimiento legal del régimen especial de la producción de energía eléctrica hasta su desaparición nominal por la LSE 2013 estaba contenido en los arts. 27 a 31 de la LSE 1997. De aquella regulación destacan las dos notas que caracterizaban la singular ordenación del régimen especial: por una parte, se trata de producción de energía eléctrica desde fuentes de carácter proambiental (art. 27), y por otra, se reconoce un especial régimen retributivo que garantiza *unas tasas de rentabilidad razonable* (art. 30.4). Por vía de resumen, lo que el art. 27 exigía para considerar que una instalación pudiera incluirse en el régimen especial es (i) que la potencia de la instalación no superase los 50 MW en cualquier caso, (ii) que la instalación perteneciera a una de tres categorías tecno-

---

<sup>8</sup> Sobre otros aspectos jurídicos del Plan Energético 1983-1991, vid. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: "El Plan Energético Nacional (PEN) 1983", *RAP* n.º 104, mayo-agosto 1984, págs. 449-461. Sobre la incidencia en general de los Planes Energéticos citados sobre la economía del sector eléctrico, puede verse el análisis contenido en VVAA: *El marco legal estable. Economía del Sector Eléctrico 1988-1997*. Departamento de Regulación y Estudios de Red Eléctrica de España. Madrid, 2006, pág. 13 y ss.

<sup>9</sup> De hecho, tanto en el derogado RD 436/2004, de 12 de marzo como en la norma que lo sucedió, el RD 661/2007, de 25 de mayo, que son las normas reglamentarias que más recientemente han regulado la ordenación jurídica y del régimen especial con vocación de complitud, puede leerse en sus respectivos preámbulos una rápida mención a la reducción de la dependencia económica exterior, poniendo realmente el mayor énfasis en los aspectos ecológicos, como la demanda social acerca de la utilización de energías renovables o el cumplimiento de los compromisos derivados del Protocolo de Kyoto.

lógicas que menciona (producción de energía a partir de cogeneración, energías renovables o valorización de residuos) y (iii) que la instalación de régimen especial fuera reconocida como tal por la Administración competente<sup>10</sup>. La singularidad del régimen económico de estas instalaciones resulta del art. 30 LSE 1997, que reconoce el derecho a la percepción de unas primas para complementar su régimen retributivo *al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables*, sobre cuya concreción, por cierto, han girado las sucesivas controversias originadas por otros tantos desarrollos reglamentarios en la materia. Por su parte, el último desarrollo reglamentario de las previsiones contenidas en los citados arts. 27 y 30 LSE 1997 se llevó a cabo fundamentalmente por el RD 661/2007, de 25 de mayo, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*, aplicable a la mayoría de las instalaciones, que definía las tecnologías de producción que integraban el régimen especial (art. 2), concretando el especial régimen retributivo en el reconocimiento de la opción de los productores de acogerse a la tarifa regulada (precio fijo independiente del mercado) o bien vender la energía libremente en el mercado complementándose con una prima (art. 24.1 del Real Decreto); en ambos casos se trata de una retribución económica más atractiva que la prevista para la producción en régimen ordinario, cuya retribución se fija libremente en el mercado por el concurso de la oferta y la demanda.

Parar cerrar esta aproximación al concepto régimen especial se hace necesario precisar un par de cuestiones comunes a la regulación de la materia: en primer lugar, que en el caso de las “subvenciones” percibidas por los productores en forma de tarifa o prima, no se trata de ayudas sufragadas con cargo a fondos públicos, sino fondos privados que se abonan por el propio sistema eléctrico como uno de los costes del mismo, es decir, que se trata de un coste más de los que integran la factura eléctrica<sup>11</sup>; en segundo lugar, que el régimen especial estaba integrado no por un único régimen retributivo, sino por distintos regímenes que resultan, fundamentalmente, de las diferentes tecnologías empleadas así como de la fecha de puesta en funcionamiento de las instalaciones.

---

<sup>10</sup> Sobre el reparto competencial en materia de energías renovables *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, M: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) Tratado de Energías Renovables, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 49 a 78.

<sup>11</sup> Un completo análisis del régimen económico del sector eléctrico en general puede encontrarse en GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: “El régimen económico del sector eléctrico”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. III Sector Energético. Edit. Iustel, Madrid, 2009, págs. 859-936. También del mismo autor, “El déficit de ingresos del sector eléctrico” *RAP* n° 162, septiembre-diciembre 2003, págs. 307- 335.

## 2. Normativa europea.

En el ámbito del ordenamiento europeo se introdujo tardíamente la referencia a la competencia de la Unión en materia energética a nivel de los Tratados, de modo que no fue sino hasta la firma del Tratado de Maastrich en 1992 el momento en que se introdujo la competencia de la Unión en esta materia<sup>12</sup>. En la actualidad, el art. 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>13</sup> (TFUE) recoge la competencia de la Unión Europea, compartida con los Estado miembros, en materia de energía. Por su parte, el art. 194 del Tratado hace referencia a la *necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente* en relación con la política energética de la unión, señalando entre sus objetivos el fomento *de la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*.

Sin que sea necesario entrar a fondo en el *corpus* de derecho derivado europeo en esta materia, parece inexcusable la referencia al conjunto de Directivas que integran el denominado “Paquete Verde”,<sup>14</sup> entre las que se encuentra la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. La citada Directiva

---

<sup>12</sup> Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, (DO n° C 191 de 29 de julio), señalaba en su art. 3 que “*Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: ...i) medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo*”.

No obstante, con fundamento en el original art. 235 del Tratado CEE se habían venido aprobando diversas normas referidas al fomento de las energías renovables (Reglamentos CEE 1302/1978, 727/1979, 2618/1980, Reglamento CEE y 1972/1983, así como las Directivas sobre cogeneración 1992/42/CE y 1993/68/CE), así como varios programas comunitarios tales como el Programa comunitario de actuación para mejorar la eficacia del uso de la electricidad (“PACE” Decisión 89/364/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1989); el Programa relativo al fomento de la eficacia energética en la Comunidad (“SAVE”, Decisión 91/565/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1991); Programa, en materia de Promoción de Tecnologías Energéticas Europeas (“THERMIE” Reglamento del Consejo núm. 2008/90, de 29 de junio).

<sup>13</sup> Versión consolidada del Tratado DOUE 30 de marzo de 2010.

<sup>14</sup> De este paquete normativo está integrado, fundamentalmente por las siguientes normas: Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables cuyo objetivo principal es lograr que en el año 2020 las energías renovables en su conjunto representen un 20% del consumo de energía final; la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; la Directiva 2009/30/CE modifica las especificaciones técnicas de los combustibles para permitir una mayor incorporación volumétrica de biocarburantes en los carburantes fósiles; Directiva 2009/31/CE relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono; Decisión n° 406/2009/CE sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020; y Reglamento (CE) No 443/2009 dirigidos a la reducción de gases de efecto invernadero.

2009/28/CE, establece por primera vez una serie de objetivos nacionales obligatorios<sup>15</sup>, con la finalidad de que en el año 2020 el 20% de la energía consumida en el conjunto de la Unión Europea provenga de fuentes renovables, junto el específico de que el 10% del consumo del transporte sea asimismo con renovables, además de la mejora del 20 % en la eficiencia energética. Se establece además la obligación de los Estados de presentar un Plan de Acción Nacional de Energías Renovables (art. 4), en el que se *determinarán los objetivos nacionales de los Estados miembros en relación con las cuotas de energía procedente de fuentes renovables consumidas en el transporte, la electricidad, la producción de calor y frío en 2020*. En este orden de cosas, también la Directiva 2009/28/CE introduce determinados mecanismos de flexibilización<sup>16</sup> con el objeto de que los Estados que produzcan *excedentes* de energía sobre el cupo obligatoriamente fijado, puedan *transferirla* a otro que no alcance el compromiso, con la finalidad siempre puesta en alcanzar el 20% global.

En lo que más directamente afecta a este trabajo, hay que señalar que la Directiva 2009/28/CE prevé la existencia de ayudas nacionales a las energías renovables, medidas de fomento o impulso a este tipo de energía, bajo el concepto de “sistema de apoyo”, en cuya definición se incluyen *las ayudas a la inversión las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas;*(art.2, apdo.k’). Del mismo modo, se establecen la exigencia de racionalizar los procedimientos de autorización (art. 13), así como normas relativas al acceso a redes y funcionamiento de las mismas (art. 16.c), dando prioridad al despacho de energías renovables.

No obstante los ambiciosos objetivos fijados por la Directiva 2009/28/CE, debe quedar claro que ésta deja un amplio margen de libertad a los Estados para concretar la regulación de la producción de energía desde fuentes renovables, que en el caso español, como vimos anteriormente, se concretaba en la regulación del denominado régimen especial que giraba en torno a las opciones de percepción de una tarifa regulada o la venta de energía en el mercado libre más una prima, hasta que la aprobación de la nueva LSE 2013 orientó el sistema retributivo hacia otras medidas de fomento basadas en la obtención de una *rentabilidad razonable* mediante la participación directa de estas tecnologías en el mercado de

---

<sup>15</sup> La Directiva 2009/28/CE derogó a la anterior 2001/77/CE, que si bien tuvo el mérito de ser la primera con el objetivo de promover las energías renovables, no obstante los objetivos que establecía para cada país eran orientativos.

<sup>16</sup> Transferencias estadísticas, Proyectos conjuntos, y Sistemas de apoyo regulados en los arts. 6, 7 y 11 respectivamente.

generación, garantizando una percepción adicional orientada a cubrir costes de producción que les permitan competir en pie de igualdad en el mercado eléctrico con el resto de las tecnologías del mercado.

### 3. Evolución de la normativa de régimen especial bajo la ley 82/1980, de 30 de diciembre, de conservación de la energía.

Baste exponer en unas breves líneas la normativa de fomento de la producción de energía desde fuentes renovables en este periodo, en un estilo directo y casi por vía de inventario, pues detenernos en su exposición más o menos detallada nos aleja de los objetivos de este trabajo, y su mera enumeración conserva todo el interés en cuanto a que pone de manifiesto la tradicional falta de perdurabilidad o estabilidad de los sucesivos marcos regulatorios<sup>17</sup>.

En general, cabe señalar que el desarrollo de la Ley 82/1980 se llevó a cabo bajo dos períodos reglamentarios. El primero de ellos estuvo integrado, fundamentalmente por el **RD 1217/1981**, de 10 de abril, *de producción hidroeléctrica en pequeñas centrales*, **RD 907/1982**, de 2 de abril, *de fomento de la autogeneración* y **RD 1544/1982**, de 25 de junio, *fomento de centrales hidroeléctricas de más de 5.000 kVAs*. El segundo período reglamentario, que deroga al anterior, si bien estableciendo largos períodos de derecho transitorio, estaba integrado por una parte por el **RD 2366/1994**, *de producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de autogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables*, del que cabe reseñar que fue la primera norma que unificó el criterio regulatorio de las distintas tecnologías que integran el régimen especial, acuñó por primera vez la definición de “régimen especial”, y creó el Registro General de Instalaciones de Producción de Régimen Especial, dependiente del Ministerio de Industria; y por otra parte, la **OM 12 ene 1995**, *por la que se establecen las tarifas eléctricas*.

### 4. Evolución de la normativa de régimen especial bajo la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

La LSE 1997, como se sabe, produjo la *despublicatio* del suministro eléctrico, que a partir de su entrada en vigor pasaría de tener la consideración de *servicio público* a definirse como un *servicio esencial*, como se aclara desde la misma exposición de motivos de la Ley. En este nuevo escenario la libre competencia es la que

---

<sup>17</sup> Un minucioso análisis sobre la totalidad de las medidas de fomento que se desarrollaron bajo el período de vigencia de la Ley 82/1980 y 54/1997 en NEBREDÁ PÉREZ, J.M.: *Aspectos jurídicos de la producción...* ob. cit. págs. 109 y ss.

garantiza el suministro eléctrico, sin necesidad de que el Estado se reserve para sí la titularidad pública del servicio, de manera que no es necesaria más intervención que la que la propia regulación supone<sup>18</sup>. Se reconoce el derecho a la libre instalación para la generación eléctrica, sometido al régimen de autorización administrativa previa (art. 21 LSE 1997), basándose su retribución en la organización del mercado mayorista de electricidad o mediante la contratación bilateral (art. 16.1 LSE 1997).

Ahora bien, dada la particularidad de la producción de energía desde fuentes proambientales -necesitada de las medidas de fomento e incentivo - el singular régimen jurídico y económico diseñado por la propia LSE 1997 para las tecnologías que integraban el régimen especial (Título IV “*Producción de Energía Eléctrica*”, Capítulo II “*Régimen Especial*”, arts. 27 a 31) suponía una excepción a la liberalización del sector eléctrico. En efecto, a los productores en este régimen se les reconocía la prioridad de acceso a las redes (art. 30.2.b LSE 1997), y en consecuencia, la prioridad en el mercado para la venta, así como un régimen retributivo especial distinto del que resultaría del concurso libre de la oferta y la demanda, que se concreta en la percepción adicional de unas primas que garantizan unas *tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales* (art. 30.4 LSE 1997)<sup>19</sup>. Como puede intuirse, la determinación reglamentaria de la *tasa de rentabilidad razonable* a los productores en régimen especial se convertía en una de las cuestiones clave del régimen especial, ya que siendo clara la voluntad de la Ley en este aspecto, del resultado del proceso de concreción del concepto jurídico indeterminado dependía el reconocimiento efectivo del derecho a esta *retribución razonable*.

---

<sup>18</sup> No obstante, sobre el verdadero alcance de la declaración de *servicio público* en la regulación anterior a la Ley 54/1997, así como sobre el supuesto abandono de la noción por esta misma Ley, vid. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 97 y ss. Para el autor, “claramente está presente en la regulación de la LSE 1997 la noción de servicio público, entendida precisamente como garantía de suministro a todos los consumidores bajo los principios de igualdad, continuidad y regularidad. Es la noción de servicio público objetivo, impropio o funcional, que permite compatibilizar el servicio público con la libertad de empresa y que sin dificultad se reconoce en otras leyes liberalizadas...”, ob. cit. pág. 116.

<sup>19</sup> En palabras de NEBREDA, el régimen especial “desde el punto de vista operativo, como normativa de fomento, constituye una excepción a la liberalización del sector eléctrico ubicado en el ámbito de la iniciativa privada en régimen de libre competencia por varias razones: a) porque se basa en un régimen subvencional, si bien privado y regulado, extraño a la libre competencia; b) porque establece la discriminación a favor de las energías por él producidas, respecto de las generadas en régimen ordinario, otorgándoles preferencia en el acceso a la red y, por tanto, al mercado y c) porque en sus mecanismos de retribución se admite la tarifa como precio regulado y primado, cuando hasta en el ámbito del consumo, en el que históricamente han existido, desaparecen éstas, salvo para los denominados suministros de último recurso”.

Apuntadas las características esenciales de la nueva regulación contenidas en la LSE 1997, hasta la fecha podemos distinguir tres períodos reglamentarios sucesivos bajo su vigencia: 1998-2004, 2004-2007 y 2007-2013. No es ocioso aclarar que cada uno de estos períodos integra un subsistema normativo encabezado por una norma reglamentaria de referencia alrededor de la cual orbita toda una constelación de normativa técnica que matiza, aclara o desarrolla las variadas previsiones y múltiples aspectos que presenta el régimen especial. El subsiguiente comentario de los rasgos esenciales de la regulación de cada periodo lo realizamos según se desprende de las normas reglamentarias de referencia, que, dicho sea de paso, suelen presentarse siempre bajo la misma estructura: (i) definición de las categorías que quedan integradas en el régimen especial; (ii) condiciones y procedimiento para acceder a dicho régimen; (iii) definición de derechos y obligaciones de los productores; (iv) régimen económico aplicable; y (iv) disposiciones transitorias relativas a instalaciones que estuvieran acogidas a regímenes anteriores<sup>20</sup>.

#### A. Periodo reglamentario 1998-2004.

El primer período reglamentario de desarrollo de la LSE 1997 lo inauguró el RD 2818/1998, de 23 de diciembre, *sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración*. El Real Decreto, siguiendo el criterio establecido en la LSE 1997, reconoció en umbral de potencia para la consideración de instalación de régimen especial en 50 MW, e incluyó las tecnologías de cogeneración, renovables, y valorización de residuos, tanto industriales como agrícolas, ganaderos o de servicios, si bien en este último caso el umbral de potencia se establecía en 25 MW. En cuanto al régimen económico, se regulaban las dos opciones de venta de la energía: a) La venta al distribuidor como suministrador del cliente final -obligado a adquirir la energía- y por la que se percibiría una tarifa regulada como precio fijo distinto del precio de mercado; y b) La venta al mercado o mediante la contratación bilateral, complementándose en estos casos el precio final negociado con la percepción de una prima, a lo que se podía añadir, según los casos, otros incentivos como la retribución de la garantía de potencia y la de los servicios complementarios (art. 18.5 del Real Decreto). Sin embargo, hay que matizar que realmente la norma reglamentaria no estableció una prima homogénea, sino distintas primas en función de la tecnología de generación, potencia instalada y antigüedad de la instalación (arts.

---

<sup>20</sup> Realmente esta estructura se inicia con la norma de cabecera del último período reglamentario de la Ley 80/1982 de conservación de la energía, el RD 2366/1994 *de producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de autogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energías renovables*, de la que ya hemos señalado que unificó el criterio regulatorio de las distintas tecnologías integran el régimen especial.

27, 28 y 29, relativos a las primas a las tecnologías de cogeneración, renovables y valorización de residuos respectivamente). Por su parte el RD 2818/1998 estableció los parámetros a tener en cuenta para la *actualización* de las primas, lo que se llevaba a cabo mediante Reales Decretos de tarifas eléctricas (arts. 27.3, 28.2 y 29.2), mientras que la *modificación* se produciría cuatrienalmente (art. 32).

Al margen de ello interesa destacar que el RD 2818/1998 derogó el RD 2366/1994 -norma de desarrollo de la Ley 82/1980- estableciendo en la Disposición Transitoria Primera un amplio período de derecho transitorio durante el cual las instalaciones acogidas al Real Decreto derogado seguirían rigiéndose por ésta norma, período que se agotó definitivamente el 1 de junio de 2007, a la entrada en vigor del RD 661/2007, de 25 de mayo, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*, es decir, con lo que el período de derecho transitorio se prolongó, nada menos, durante nueve años.

#### B. Periodo reglamentario 2004-2007.

El segundo período reglamentario estuvo regido por el RD 436/2004, de 12 de marzo, *por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Para SÁENZ DE MIERA<sup>21</sup> la aprobación de este Real Decreto supuso una mejora del régimen económico de las energías renovables respecto de la anterior normativa al reforzarse los siguientes principios: a) *predictibilidad*, al garantizar la remuneración a lo largo de la vida del activo, con rentabilidades a largo plazo; b) *estabilidad*, ya que fijó un marco estable eliminando la retroactividad de las revisiones de tarifas, primas y complementos, que se aplicarían únicamente a las instalaciones posteriores a la revisión (art. 40.3); y c) *rentabilidad de la inversión*, mediante la definición de un escenario de suficiencia de la retribución, necesario para el desarrollo de las inversiones. Se trataba, en definitiva, de ofrecer un marco predecible y seguro, acorde con el objetivo de fomento de las energías renovables, con lo que cada proyecto de instalación conocía de antemano las retribuciones que iba a percibir por la generación durante toda su vida útil, y las revisiones cuatrienales no afectarían a las instalaciones puestas en funcionamiento antes de su entrada en vigor. No obstante las mejores intenciones y todo el optimismo posible en cuanto a la estabilidad normativa que el RD 436/2004 decía aportar al sistema desde el preámbulo lo cierto es que a la postre estuvo vigente no más de tres años.

---

<sup>21</sup> SÁENZ DE MIERA CÁRDENAS, G.: "El marco regulatorio de las energías renovables en España", en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dirs.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 691.

En cuanto al régimen económico, el RD 436/2004 siguió manteniendo la posibilidad de venta al distribuidor (obligado a adquirirla para la venta al consumidor final) por la que se percibiría un precio fijo *-tarifa regulada-* o la venta al mercado libre, obteniendo en este caso el precio de mercado más una *prima* o incentivo. La diferencia con el régimen anterior estriba en que se elimina la prima en la opción de venta al distribuidor, que ahora se retribuye conforme a una tarifa referenciada indirectamente al mercado mediante la técnica de la tarifa media o de referencia (art. 23.1), quedando la prima como complemento a la venta de la energía al mercado, con el objetivo de incentivar la participación en el mercado y profundizar así en el proceso de liberalización auspiciado por la propia LSE 1997.

Por otra parte, las disposiciones transitorias permitían que continuaran aplicándose los regímenes anteriores derivados de los ya citados Reales Decretos 2366/1994, de 9 de diciembre, y 2818/1998 de 23 de diciembre (su inmediato predecesor) sin especificar por cuánto tiempo. Por lo demás, en ambos casos se permitía a las instalaciones la posibilidad de renunciar al régimen económico transitorio, es decir, el anteriormente vigente, e integrarse plenamente en el nuevo Real Decreto.

Finalmente, antes de pasar a la exposición del tercer período reglamentario de la LSE 1997, debe subrayarse que durante la vigencia de los dos períodos reglamentarios desarrollados respectivamente bajo los Reales Decretos 2818/1998 y 436/2004, aún pervivía el derecho transitorio establecido en el de RD 2366/1994, que era una norma de desarrollo de la Ley 82/1980, con lo que desde el punto de vista de la certeza del derecho aplicable el panorama era realmente complejo. No obstante, a la aprobación del RD 661/2007 únicamente quedaba vigente el régimen transitorio establecido por éste, extinguiéndose todos los regímenes transitorios anteriores<sup>22</sup>.

### C. Periodo reglamentario 2007-2013.

La norma de referencia de este período reglamentario fue el **RD 661/2007, de 25 de mayo**, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. En cuanto al régimen económico de las instalaciones, lo primero que cabe indicar es que se reconocía para la venta de la energía producida la tradicional opción entre la cesión al sistema y percibir por ello una *tarifa regulada* (art. 24.1. aptdo. a<sup>o</sup>), o venderla al mercado libremente en el mercado mayorista o me-

<sup>22</sup> NEBREDA PÉREZ, J.M.: *Aspectos jurídicos de la producción...* ob. cit. pág. 276 y 277.

dianate contratación bilateral percibiendo en este caso el precio negociado más una *prima* (art 24.1 aptdo. b’), a lo que habría que añadir la retribución por otros complementos<sup>23</sup>. En el caso de la venta a tarifa, siendo ésta una *cantidad fija, única para todos los períodos de programación* (art. 25), la cantidad ni siquiera es homogénea para todas las instalaciones, pues su determinación concreta depende de varios factores como el tipo de tecnología de generación, potencia instalada y antigüedad, estableciéndose las reglas concretas en los arts. 35 a 42. Además, en el caso de la venta al mercado, la prima a percibir tampoco tiene por qué ser una cantidad fija, permitiendo el art. 27 del Real Decreto para cierto tipo de instalaciones de producción que se trate de una prima variable, en función de los parámetros que el mismo artículo indica.

Ahora bien, el RD 661/2007 no contenía un régimen de vigencia indefinida, estableciéndose varios mecanismos para la revisión de las tarifas y las primas con la finalidad de aportar certeza y seguridad jurídica a las modificaciones normativas posteriores<sup>24</sup>. Dejando ahora al margen las revisiones relativas a la actualización ordinaria -tarifas, primas y complementos (art. 44.1) que, dicho simplifícadamente, son un mero ajuste al IPC y a la evolución de precios de algunas materias primas-, el art. 44.3 prevé la revisión general del sistema retributivo en su conjunto, primero durante el año 2010 y luego cada cuatro años, procediéndose a la revisión de las tarifas, primas, complementos y otros parámetros para cada una de las tecnologías según las premisas establecidas en dicho precepto. Por su parte, tampoco cabe olvidar el mecanismo instaurado en el art. 22 conforme al cual, alcanzado un determinado porcentaje (85 por 100) de implantación sobre el objetivo de potencia previsto para cada tipo de tecnología (arts. 35 a 42), se abriría un período transitorio no inferior a un año, al finalizar el cual las nuevas instalaciones no tendrían derecho a prima<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> El propio RD 661/2007 reconoce los complementos por discriminación horaria eficiencia, por energía reactiva y por garantía de potencia, (arts. 26, 28, 29 y Disposición Adicional Segunda respectivamente), a lo que habrían de añadirse los reconocidos en otras normas, como los *pagos por capacidad* recogidos en la Orden ITC/2794/2007 entre otros.

<sup>24</sup> JOVER GÓMEZ FERRER, J.M., ob. cit. realiza un análisis detallado de los mecanismos de revisión del régimen retributivo contenido en el RD 661/2007 (pág. 109 y ss.).

<sup>25</sup> Establecidos por entonces en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 aprobado por el Consejo de Ministros el 26 de agosto de 2005 y la Estrategia de ahorro y Eficiencia Energética en España (E4) 2004-2012, aprobada por el Gobierno el 28 de noviembre de 2003. El actualmente vigente PER 2011-2020 se aprobó por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, estableciendo objetivos acordes con la Directiva 2009/28/CE. En cuanto a la Estrategia de ahorro y Eficiencia Energética en España se han aprobado los Planes de Acción para el periodo 2005-2007); el Plan de Acción 2008-2012, aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de julio de 2007 y el Plan de Acción 2011-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros el 29 de julio de 2011.

Precisamente el objeto del RD 1578/2008, fue cumplir con el mandato contenido en el art. 22, para la generación desde **instalaciones de tecnología solar fotovoltaica** pues según puede leerse en el preámbulo, en agosto de 2007 (es decir, pocos meses después de la aprobación del RD 661/2007) ya se había superado el 85 por ciento del objetivo de potencia instalada fotovoltaica para 2010. Dado el espectacular crecimiento de esta tecnología, se hizo necesario establecer objetivos de potencia anuales cuya tendencia evolucionaba al alza, estableciendo un nuevo régimen basado en la *racionalización de la retribución*, de manera que fuese lo suficientemente atractiva como para favorecer las inversiones, pero no tan excesiva que repercutiese en los costes del sistema y desincentivase la investigación y desarrollo de estas tecnologías. El nuevo régimen retributivo se aplica exclusivamente a las instalaciones fotovoltaicas inscritas en el Registro de Instalaciones de Régimen Especial con posterioridad al 29 de septiembre de 2008 (art. 2), fijándose las tarifas mediante sucesivas convocatorias en las que se establecen previamente *cupos de potencia*, para lo que se crea el Registro de Preasignación de Retribución<sup>26</sup> cuya inscripción previa era obligatoria para tener derecho a retribución. Al margen de tecnicismos, el mecanismo de fijación de la tarifa es aparentemente sencillo: establecido el cupo de potencia para cada convocatoria (art. 5), las tarifas variarían en función de la potencia que llegase a adjudicarse, abaratándose si se cubre completamente el cupo e incrementándose en caso contrario.

Por su parte, el Real Decreto-ley 6/2009 generalizó el mecanismo de registro de preasignación de retribución para todas las instalaciones de régimen especial (art. 4) como condición previa para obtener el derecho a la retribución reconocida en el RD 661/2007, siendo su funcionamiento sensiblemente distinto al establecido el RD 1578/2008, para las fotovoltaicas, ya que no se establecían convocatorias ni cupos de potencia, de modo que la inscripción en el pre-registro era automática hasta que se cubriesen los objetivos de potencia fijados en los arts. 38 a 42 del RD 661/2007 para cada tecnología, momento en el cual ya no tendrían derecho a la retribución prevista en la norma, y debería establecerse un nuevo régimen de retribución en los términos expuestos en el apartado segundo de la Disposición Transitoria Quinta.

---

<sup>26</sup> En dependencia del Ministerio de Industria, se trata de una subsección del Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica a que se refiere el art. 21.4 de la LSE 1997, desarrollado en el Título VIII del RD 1955/2000, de 1 de diciembre (arts. 165 y ss.).

El último hito de este período regulatorio lo constituye el Real Decreto-ley 1/2012 de 27 de enero<sup>27</sup>, que suprimió los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial que a la fecha de entrada en vigor de la norma —el mismo día de su publicación— no estuvieran inscritas en el Registro de Preasignación de Retribución. El Real Decreto-ley alcanza a la totalidad de tecnologías de generación incluidas en el régimen especial e incluso a aquellas de régimen ordinario que tenían reconocidos algunos incentivos (art. 1), eliminándose para las nuevas instalaciones las tarifas reguladas, primas, límites, y complementos reconocidos en el RD 661/2007 (art. 3, aptos. 1 y 2).

En definitiva, debe hacerse notar que realmente el régimen especial de producción de energía eléctrica en este período reglamentario no estaba integrado por un único régimen retributivo, sino por distintos regímenes que resultan, fundamentalmente, de las diferentes tecnologías empleadas —pues las primas e incentivos varían entre unas y otras—, así como de la fecha de puesta en funcionamiento de las instalaciones. En efecto, aunque el régimen más extendido fue el recogido en el citado RD 661/2007, podemos señalar al menos cuatro regímenes retributivos según la fecha de puesta en funcionamiento de la instalación: a) instalaciones anteriores al RD 661/2007, a las que serían de aplicación lo dispuesto en sus disposiciones transitorias; b) las instalaciones a las que son de aplicación el RD 661/2007; c) las instalaciones que entraron en funcionamiento posteriormente a la fecha señalada por el art. 22 del RD 661/2007 y que se regulaban fundamentalmente por lo dispuesto en el RD 1578/2008 y Real Decreto-ley 6/2009; y d) las instalaciones posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012, que carecían de derecho a primas. Este era el singular panorama regulatorio al momento de aprobarse el reciente Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, que vino a alterar completamente la regulación en la materia como seguidamente analizamos.

## II. EL VIGENTE RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DESDE FUENTES RENOVABLES

El Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, *por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico*, inauguró un nuevo ciclo en

---

<sup>27</sup> La denominación completa es Real Decreto-ley 1/2012 de 27 de enero, *por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos*

la regulación del régimen jurídico y económico de las energías renovables, pues no en vano procedió a modificar completamente la ordenación neurálgica del régimen especial contenida en los apartados 4 y 5 de la propia LSE 1997, regulación que a los pocos meses se ha incorporado a la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico* (LSE 2013) en el apartado 7 de su art. 14. No parece exagerado afirmar que se trata de la modificación de mayor calado en esta materia en dos décadas, al suponer un drástico cambio de orientación en la política de fomento de las energías renovables, ya que desaparecen de la propia Ley de cabecera del sector el sistema de primas, confiando al libre mercado su retribución económica -es decir, al rendimiento obtenido directamente por la venta de energía valorada al precio de mercado- garantizando, eso sí, unos costes estandarizados que permitan a las energías renovables competir en igualdad de condiciones con las tecnologías de producción convencionales.

Es importante aclarar que si el Real Decreto-ley 9/2013 llevó a cabo una reconsideración a fondo del *régimen especial*, su defunción, -al menos nominal- la certifica la LSE 2013. En efecto, el preámbulo de la LSE 2013 afirma la innecesidad de mantener los conceptos diferenciados de régimen especial y régimen ordinario dada la madurez alcanzada en el mercado por estas tecnologías, motivo por el cual el art. 14.5 de la Ley regula de manera unificada la retribución a actividad de producción de energía eléctrica, sin distinguir si su origen es una fuente renovable o convencional. No obstante la desaparición de las referencias expresadas a un *régimen especial*, debe tenerse presente que la propia LSE 2013 permite la posibilidad, excepcional ahora, de reconocer un régimen retributivo singular a las instalaciones de producción desde fuentes renovables en el extenso apartado 7 del art. 14, para lo que se habilita directamente al Gobierno, bajo los parámetros establecidos en el citado precepto y cuyas líneas esenciales se exponen a continuación.

Lo primero que debe subrayarse es la excepcionalidad de la posibilidad otorgada al Gobierno para establecer un singular régimen retributivo a las instalaciones de producción desde fuentes renovables, cogeneración y residuos por el art. 14.7 LSE 2013, viniendo condicionada esta potestad por la existencia de cumplimiento de objetivos energéticos derivados del Derecho de la Unión Europea, o cuando de ello se derive una reducción del coste energético o de la dependencia energética exterior. Por añadidura, el otorgamiento del régimen retributivo se establecerá mediante procedimientos de concurrencia competitiva.

Sentado lo anterior, conforme a los principios establecidos por la Ley, la retribución económica de estas actividades estará integrada por la venta de energía a precio de mercado más una retribución específica que permita cubrir, **estrictamente**, los costes de las instalaciones de energías renovables, con lo que se tra-

ta de garantizar que estas instalaciones puedan competir en el mercado en igualdad de condiciones con el resto de las instalaciones de fuentes convencionales, pudiendo obtener así una *rentabilidad razonable* en relación con las *instalaciones tipo* que se concreten reglamentariamente. En consecuencia, fuera del garantizado *nivel mínimo necesario para cubrir los costes* de estas tecnologías que integra la retribución específica, su rentabilidad se obtendrá por el precio de mercado de la energía negociada.

La retribución específica recogida en el art. 14.7 LSE estará compuesta por una remuneración que cubra, por una parte, *los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado* (retribución a la inversión) y por otra, *la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo* (retribución a la operación). En suma, se trata de una rigurosa protección de costes que faciliten la competencia de las energías renovables con el resto de tecnologías del mercado. Ahora bien, debe hacerse notar la importante potestad otorgada al Gobierno para la concreción de los conceptos que integran el cálculo de las retribuciones específicas, referenciadas a *instalaciones tipo*, debiendo considerarse *costes e ingresos estándar* en relación a una *empresa eficiente y bien gestionada*, de lo que resultará la *rentabilidad razonable*, que según precisa la Ley se establecerá sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años *aplicando el diferencial adecuado*.

Cabe añadir que, por su parte, el art. 14.4 LSE 2013 procura dotar de cierta estabilidad al régimen económico estableciendo *periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años*, de manera que, con carácter general, la revisión de los *parámetros retributivos* se lleve a cabo al comienzo de cada período, si bien se añaden algunas reglas especiales que permiten el ajuste de determinados parámetros dentro del período retributivo.

En otro orden de cosas, si ya de por sí es llamativo el profundo cambio de orientación en la regulación de la materia, no lo es menos la inmediatez con que el legislador pretende aplicarlo, fijando su entrada en vigor al día siguiente de su publicación (tanto del Real Decreto-ley 9/2013 como de la LSE 2013), siendo así que ya el Real Decreto-ley 9/2013 derogó expresamente todo el *corpus* reglamentario anterior (RD 661/2007 y disposiciones concordantes) y ello aún careciendo el nuevo sistema de las necesarias normas de desarrollo para llevarlo a la práctica. Por simplificar la exposición, de la lectura conjunta de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única, Disposición Final Segunda, Disposición Transitoria Tercera y Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 9/2013, así como de las previsiones contenidas en la Disposición Final Tercera LSE 2013, resulta lo siguiente: a) en todo caso el nuevo sistema retributivo entra en vigor al día

siguiente de la publicación del Real Decreto-ley 9/2013 conforme a los parámetros que éste establece con rango legal; b) se deroga la normativa de desarrollo anterior que regulaba la retribución a las instalaciones en régimen especial, es decir los Reales Decretos 661/2007 y art.4 del RD-ley 6/2009; c) no obstante lo cual, lo previsto en éstas normas de desarrollo se aplicará transitoriamente hasta la aprobación de las disposiciones necesarias que permitan la plena aplicación de los parámetros legalmente establecidos en la nueva regulación; d) los abonos realizados conforme a la normativa transitoriamente vigente tendrán el carácter de **pago a cuenta** hasta que se fijen las cantidades a percibir por la normativa que desarrolle los parámetros previstos en la Ley, a la vista de lo cual se procederá a la regularización de los derechos de cobro u obligaciones de pago que resulten de la aplicación de la nueva metodología con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013.

Resulta patente de cuanto hemos expuesto que las consideraciones más sobresalientes que plantea la nueva normativa se encaminan en un doble sentido: en primer lugar, la incidencia sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que pudiera plantear la nueva regulación, pues no se establece plazo alguno de adaptación transitoria al nuevo régimen económico de las instalaciones de producción que ya estaban en funcionamiento, siendo el nuevo sistema retributivo aplicable desde el día siguiente de la entrada en vigor de la LSE 2013 (y en su momento del RD-ley 9/2013), con lo que ello pudiera suponer sobre la frustración de expectativas económicas generadas al amparo de la normativa derogada; y en segundo lugar, la posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones administrativas, pues como se ha dicho, el régimen económico nuevamente establecido por el Real Decreto-ley 9/2013 es aplicable inmediatamente, de manera que la futura norma reglamentaria que desarrolla la *rentabilidad razonable* reconocerá derechos de cobro que vendrán referidos a un momento anterior a su aprobación, es decir, el plazo que media entre la aprobación de los parámetros legales por el RD-ley 9/2013 y su posterior concreción por el reglamento.

### III. TIPOLOGÍA DE MODIFICACIONES QUE PUEDEN AFECTAR AL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS INSTALACIONES

Expuestas las características esenciales de la producción de energía desde fuentes renovables, así como la su evolución y régimen retributivo actual, procede describir los distintos tipos de modificaciones normativas que pueden tener incidencia sobre las situaciones y expectativas económicas creadas al amparo de la normativa que se modifica o deroga.

## 1. Modificaciones en el régimen económico derivadas de la reconsideración general de los parámetros retributivos.

Se trata en estos casos de modificaciones del régimen retributivo derivadas de la aprobación de una nueva ordenación general en la materia, ya se trate de bases establecidas directamente en las Leyes que disciplinan el sector eléctrico, o bien de modificaciones derivadas de la adopción de nuevos criterios establecidos por los reglamentos de cabecera de cada uno de los períodos regulatorios puestos en marcha.

A excepción de la reciente modificación de los parámetros legales llevada a cabo por el citado Real Decreto-ley 9/2013, incorporados luego a la LSE 2013, que establecen su inmediata vigencia desde el día siguiente a la publicación de la norma y su aplicación a las instalaciones ya existentes, lo habitual en este tipo de modificaciones de alcance general había sido que la norma estableciera su ámbito de aplicación respecto de las instalaciones que entrasen en funcionamiento posteriormente a su entrada en vigor, tratando de evitar el impacto sobre las expectativas económicas de las instalaciones acogidas al régimen anterior mediante la previsión de largos períodos de derecho transitorio durante los cuales los titulares podrán ir adecuando su conducta a la nueva normativa<sup>28</sup>. Así, por poner el ejemplo de los tres últimos períodos regulatorios de la LSE 1997, cabe citar las medidas de amortiguación contenidas en el RD 2818/1998 (Disposición Transitoria Primera), el RD 436/2004 (Disposición Transitoria Segunda) y el RD 661/2007 (Disposiciones Transitorias Primera y Segunda). Por ello, hasta la fecha, los casos en los que la norma implanta de manera general un nuevo marco retributivo – y a pesar del aumento de la litigiosidad que de ello se suele derivarse – han sido relativamente pacíficos en la jurisprudencia en cuanto a la incidencia del principio de irretroactividad y confianza legítima, pues se trata de una ordenación *pro futuro* para nuevas instalaciones con las necesarias medidas de derecho transitorio para las existentes. Quedaría en estos casos un reproche menor, el que se deriva de la complejidad normativa derivada de la convivencia de diversos regímenes retributivos, lo que, en su caso, afectaría al principio de seguridad jurídica en cuanto a *certeza del derecho aplicable*.

---

<sup>28</sup> También es usual, y lógico por otra parte, que estas normas prevean la posibilidad del titular de la instalación de renunciar a las normas de derecho transitorio y acogerse plenamente a la nueva regulación y mediante una declaración expresa al efecto. Así se recogía, entre otras, en las Disposición transitoria primera del RD 2818/1998, de 23 de diciembre, Disposición transitoria primera del RD 436/2004, de 12 de marzo y Disposición transitoria primera RD 661/2007, de 25 de mayo.

No obstante lo anterior, es necesario llamar la atención sobre la reforma del régimen económico llevada a cabo por el del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, incorporada ahora a la nueva LSE 2013, dado que el nuevo sistema retributivo es aplicable inmediatamente desde el día siguiente de publicación de la norma y para todas las instalaciones de energía renovables ya existentes, sin esperar siquiera a la concreción de los parámetros legales por el necesario desarrollo reglamentario: hasta tanto se aprueben estas disposiciones de desarrollo, desde el día siguiente a la publicación del Real Decreto-ley 9/2013 las instalaciones cobrarán conforme a la normativa anterior en concepto de *pago a cuenta*, de manera que cuando se apruebe la futura norma de desarrollo se procederá a la liquidación definitiva. Tal como se ha planteado la reforma del régimen retributivo no parece que la norma vaya a estar exenta de polémica, por la evidente ausencia de un mínimo de estabilidad y predictibilidad del régimen aplicable –lo que bien pudiera haberse solucionado estableciendo medidas de derecho transitorio- y por la inmediatez con que se lleva a efecto a pesar de carecer de la necesaria norma reglamentaria de desarrollo.

## **2. Normas que establecen regímenes retributivos aplicables únicamente a determinadas instalaciones.**

En estos supuestos no se trata de una ordenación general del régimen retributivo sino del establecimiento de un régimen singular para determinadas instalaciones que en lo sucesivo entren en funcionamiento, permaneciendo intacto el régimen económico de las anteriores de su misma tecnología, y sin que exista, además, ninguna previsión de adaptación mediante periodos transitorios u otras medidas. En otras palabras, la nueva norma permite abiertamente la convivencia de distintos regímenes económicos en función de la fecha de puesta en funcionamiento de las instalaciones, simple y llanamente. Hemos analizado este fenómeno al exponer el régimen económico del régimen especial bajo la vigencia del RD 661/2007, pudiendo añadirse ahora a lo allí expuesto que ello suele ocurrir como consecuencia de la adopción de nuevos criterios sobre los objetivos de potencia a alcanzar, estableciéndose las medidas de fomento oportunas para la instalaciones posteriores, sin incidencia alguna a las anteriores. Son los casos, según decíamos, de las medidas contempladas en el RD 1578/2008, el Real Decreto-ley 6/2009, y Real Decreto-ley 1/2012, en los que, a priori, nada se compromete los principios de seguridad jurídica -en su vertiente de derecho estable y predecible-, irretroactividad o confianza legítima respecto de las instalaciones preexistentes. Ahora bien, como en el caso de las modificaciones analizadas en el apartado anterior, cabe cuestionarse la legitimidad e incluso conveniencia de mantener la vigencia simultánea de distintos regímenes retributivos a instalaciones de la misma tecnología, pues la realidad demuestra el complejo sistema retributivo que puede llegar a articularse, en un sistema ya de por sí enrevesado,

con frecuentes reenvíos normativos y toda una constelación de normativa técnica que desarrolla los más variados aspectos, con la crítica que ello puede merecer sobre la posible incidencia del principio de seguridad jurídica, entendido como derecho *cierto, claro y seguro*.

### **3. Actualizaciones y revisiones ordinarias de los parámetros retributivos de referencia.**

La actualización de los parámetros retributivos de referencia tales como extinguidas primas, tarifas y complementos o como la “retribución a la operación” expresada en el 14.4. criterio 3º de la LSE 2013, integran supuestos de evolución de las cantidades previstos en la propia norma expresamente, con el fin de adaptar, en el caso de las actualizaciones, las cantidades a las oscilaciones de precio de las materias primas, que en una economía de mercado suele tener una tendencia alcista, y, en el caso de las revisiones, al grado de cumplimiento de los objetivos de potencia que se persiguen en cada momento, consistiendo en una reconsideración más profunda del régimen, pero siguiendo los parámetros prefijados en la norma. Por tanto, no cabría hablar tanto de modificaciones del régimen retributivo en sentido estricto sino más bien de actualizaciones y adaptaciones del régimen previsto *ex ante* por la norma.

Ya hemos dado cuenta anteriormente del funcionamiento de este mecanismo al tratar del régimen económico en el RD 661/2007, incluido en su art. 44, pudiendo añadir ahora que en el mismo sentido se incluían provisiones similares en el RD 2818/1998, en los arts. 28.2, 29.2 y 30.2 respecto de las actualizaciones y en el art. 32 respecto de las revisiones cuatrienales de las primas y el RD 436/2004, de 12 de marzo, en su art. 40 respecto de las revisiones cuatrienales, debiendo tenerse en cuenta que las tarifas, primas, incentivos y complementos se calculaban con arreglo al mecanismo de aplicar un porcentaje a la tarifa media o de referencia (arts. 23, 24, 25 y 28 respectivamente), lo que supone su permanente adaptación. Por lo demás, a la espera del desarrollo reglamentario de la LSE 2013, prevé que el reglamento de desarrollo establezca métodos de ajuste *en función de las desviaciones del precio del mercado respecto de las estimaciones realizadas* (14.4.2º) así como la *actualización de los valores de explotación* para las tecnologías cuyo costes de explotación dependan del precio del combustible (14.4.3º).

Parece claro que este tipo de modificaciones son las que presentan, *prima facie*, los menores problemas de colisión con los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y confianza legítima. Desde luego en el caso de las actualizaciones se trata meramente de simples adaptaciones lógicas a la evolución general de los precios, mientras que en el caso de las revisiones las reglas por las cuales han de operarse están previstas de antemano en la norma.

#### **4. Alteraciones en el régimen económico derivada de la modificación de conceptos distintos de los parámetros retributivos de referencia.**

En determinados supuestos el régimen económico puede verse alterado a causa de la modificación de conceptos distintos de los propios parámetros retributivos preestablecidos -retribución a la inversión y a la operación en la LSE 2013 o prima, tarifa y complementos en el régimen anterior- pero que indirectamente afectan a su cálculo. Es decir, sin que necesariamente existan reformas, ajustes o rectificaciones sobre retribución a la inversión y a la operación en sí mismas, (o anteriormente a las tarifas, primas o complementos) la modificación por la norma de determinados aspectos que componen el parámetro retributivo o que tienen incidencia sobre su formación determinan como resultado una modificación en los ingresos de las instalaciones o en los costes del régimen. En estos casos, si bien los parámetros retributivos permanecen formalmente inalterados, la retribución final de los productores se ve condicionada por la variación de estos otros factores que afectan a su cálculo. Sin intención de agotar la enumeración de todas las disposiciones que pueden incluirse en esta categoría, pueden citarse las modificaciones contenidas en el RD 2351/2004, que introdujo variaciones en la ponderación de los factores incluidos en la fórmula polinómica que sirve para fijar las primas (arts. 6 y 8); RD 1454/2005, de 2 diciembre, que eliminó la percepción automática de la prima y la condiciona al cumplimiento de determinados requisitos (art. 6) ; RD 1565/2010, que limitó el número de años según el cual las instalaciones tendrían derecho a prima; el RD 1614/2010 que limitó las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima para las tecnologías solar termoelectrica y eólica (art. 2) y eliminó la posibilidad de opción de retribución por la venta de energía entre la prima o la tarifa obligando a estas instalaciones a vender a tarifa (art.3); Real Decreto-ley 14/2010, limitó las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima para la tecnología solar fotovoltaica (Disposición Adicional Primera); y el más reciente Real Decreto-ley 2/2013, que sustituye la referencia al Índice de Precios de Consumo (IPC) por el Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes (IPC-C) en todas las metodologías que rigen la actualización de las retribuciones, tarifas y primas que perciban los sujetos del sistema eléctrico.

La catalogación de las modificaciones que pueden incidir en la formación de la retribución efectiva del productor pone al descubierto la diversidad de situaciones que pueden afectar a las expectativas económicas de las instalaciones renovables, así como la debilidad del marco regulatorio para garantizar un mínimo de estabilidad normativa o predictibilidad sobre el que asentar las futuras decisiones de inversión, correspondiendo analizar en los apartados siguientes la cuestión desde su perspectiva jurisprudencial.

## IV. LA INCIDENCIA DEL RIESGO REGULATORIO SOBRE LAS EXPECTATIVAS ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA

### 1. Introducción.

Presentadas ya las líneas esenciales sobre las que se desenvuelve la regulación del régimen de producción de energía eléctrica desde fuentes renovables y una vez mostrados los continuos y diversos tipos de modificaciones normativas que pueden incidir en la formación de la retribución efectiva del productor, las cuestiones claves a dilucidar son: (i) las condiciones que deben darse para que el necesario dinamismo del ordenamiento jurídico, más evidentes en este sector necesitado de continuas adaptaciones técnicas, se vea armonizado con el principio de seguridad jurídica; (ii) en qué medida puede considerarse ajustada al ordenamiento jurídico la norma mediante la que se impone un nuevo régimen retributivo a los titulares de instalaciones existentes, es decir, la aplicación *pro futuro* de la norma a situaciones que provienen del pasado, lo que se resuelve mediante la correcta aplicación del principio de irretroactividad; y (iii) en qué medida el alto grado de mutabilidad normativa en el sector afecta a las expectativas económicas de los titulares de las instalaciones cuyas decisiones se adoptaron apoyándose en un determinado marco regulatorio, lo que nos lleva al análisis del principio de confianza legítima.

A la vista de ello, en el presente epígrafe se analiza el estado actual de la cuestión, exponiendo de forma sintética la doctrina del Tribunal Constitucional vertida sobre cada uno de los principios para luego analizar la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo vertida concretamente en materia de producción de energía desde fuentes renovables. Puede adelantarse ya que la jurisprudencia en esta materia es continuadora de una línea argumental iniciada hace ya algunos años en relación con las modificaciones normativas que afectan a la economía de estas instalaciones, observándose que si bien en los primeros pronunciamientos el razonamiento se sustentaba principalmente en la aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, a esta línea argumental se le ha encadenado con posterioridad el principio de irretroactividad, que luce con mayor énfasis en las sentencias más recientes<sup>29</sup>. El último hito de esta línea

---

<sup>29</sup> Así de entre los recursos en los que únicamente se alegaba la vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima, *vid.* SSTs 25 de octubre de 2006 (Ar. 8824), 20 de marzo de 2007, (Ar. 3286), 30 de junio de 2007, (Ar. 3046), 23 de febrero de 2009, (Ar. 1803). De entre las sentencias en las que, además incorporan a la argumentación el principio de irretroactividad, *vid.* SSTs 9 de octubre de 2007, (Ar.6311), 10 de octubre de 2007 (Ar. 7050), 9 de diciembre de 2009 (Ar. 2010\2075) y SSTs de 12 abril 2012 (Ar. 5771), entre otras referidas exclusivamente a la producción de energía desde fuentes renovables.

jurisprudencial lo constituye un conjunto de sentencias de contenido sustancialmente idéntico recaídas en distintos recursos planteados contra el RD 1565/2010, de 19 de noviembre, *por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*, en las que, a la vista de la esmerada exposición de los distintos principios generales estudiados, el Tribunal Supremo parece querer pacificar definitivamente la cuestión, sustentando su argumentación en (i) el rechazo a la petrificación del ordenamiento jurídico que provocaría la aplicación del principio de seguridad jurídica en sentido absoluto, (ii) la ausencia de quiebra de la confianza legítima de los productores de energías renovables por tratarse de modificaciones en cierto sentido previsibles, y (iii) la falta de vulneración del principio de irretroactividad fundada en una exacta aplicación del alcance y límites del principio, cuestiones todas ellas sobre las que nos extenderemos en los sucesivos apartados<sup>30</sup>.

## 2. Los conceptos de “regulación” y de “riesgo regulatorio”.

Es oportuno comenzar el tratamiento del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia dedicando unas líneas a los conceptos que están en el origen mismo del problema, pues no es sino la intensa actividad normativa del Estado sobre determinados sectores económicos *-regulación-*, la que provoca que el cambio de criterio normativo altere situaciones de hecho o expectativas económicas nacidas bajo la normativa anterior *-riesgo regulatorio-*. Y se imponen estas precisiones previas porque ambos términos, a fuerza de usarlos, cuentan con acepciones de uso ordinario en las que no tiene porqué reconocerse el fenómeno concreto a que nos estamos refiriendo.

En efecto, el ordenamiento jurídico español tradicionalmente había entendido el término *regulación* su sentido propio, como creación de *regulae*, o conjunto de normas vinculantes sobre una concreta materia<sup>31</sup>, lo que sin embargo no debe

---

<sup>30</sup> Aunque se trata de recursos independientes, todos tienen por objeto la impugnación del citado RD 1565/2010, de 19 de noviembre, y todos ellos reiteran, literalmente, los fundamentos jurídicos en los que se basa el fallo. Se trata de seis SSTs de 12 abril 2012 (Ar. 5771, Ar. 5775, Ar. 151846, Ar. 151846, Ar. 5275 y Ar. 5798), dos SSTs de 19 de abril de 2012 (Ar. 151847 y Ar.151886), ST 23 abril 2012 (Ar.151892) dos SSTs de 3 de mayo 2012 (Ar. 6463 y Ar.180864), ST de 10 mayo 2012 (Ar. 180794), ST de 14 mayo 2012 (Ar. 7308), dos SSTs 18 de mayo de 2012 (Ar. 6863 y Ar. 180774), STS 29 enero 2013 (Ar. 1534) y STS 25 junio 2013 (Ar.6725).

<sup>31</sup> En este sentido *vid.* CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, M.: “Regulación como finalidad distinta al derecho de la competencia”, en GUILLÉN CARAMÉS, J.: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*. Edit. THOMSON CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2011. págs. 87 y ss. El autor cita como ejemplos, el Decreto de 21 de agosto de 1934, que creó el Servicio oficial de inspección, vigilancia y *regulación*, de las exportaciones; la Ley 34/1946, de bases para la *regulación* de los arren-

impedir reconocer que bajo tal denominación actualmente se designa también al conjunto normativo que se ha venido formando progresivamente al ritmo de la liberalización de los distintos sectores económico sobre los que tradicionalmente el Estado había ostentado el monopolio de la explotación<sup>32</sup>. Este proceso de liberalización vino impuesto, como se sabe, como consecuencia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea sobre determinados sectores sobre los que el Estado ostentaba el monopolio (energía, telecomunicaciones, transportes y servicios postales, entre otros) y en general sobre aquellos sectores de actividad económica sobre los que la Unión Europea entiende que la mejor garantía de prestación es la que proporciona el mercado, con lo que se considera necesaria minorar en cualquier casos el intervencionismo público para dar protagonismo a las reglas de la libre competencia (sector financiero, medios audiovisuales, comercio interior y exterior, deporte, ...) Del mencionado proceso de liberalización, aún no concluido del todo, ha quedado un vasto conjunto normativo para cada uno de los sectores económicos, normalmente supervisados bajo la autoridad de determinados organismos independientes, denominados también *organismos reguladores* o *autoridades reguladoras*, y numerosos trabajos doctrinales publicados en las dos últimas décadas que dan buena cuenta del acogimiento de esta nueva acepción entre los autores<sup>33</sup>. En palabras de PAREJO ALFONSO<sup>34</sup>

*Regulación significa, por tanto y en este sentido, control estatal de sectores de la economía en los que, tras la pertinente operación de liberalización- privatización, debe funcionar el mercado. De ahí que se le conceptúe como “Derecho de las consecuencias de la privatización”...*

Lo que se intenta poner de manifiesto es que detrás de la acepción del concepto de *regulación* referida a los sectores económicos lo que existe es todo un nue-

damientos; la Ley 26/1968, de creación del fondo de ordenación y *regulación* de productos y precios agrarios, la Ley 10/1975, de *regulación* de la moneda metálica o la Ley 29/1998, *reguladora* de la jurisdicción contencioso-Administrativa.

<sup>32</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”. RAP n°188, Madrid, mayo-agosto (2012), págs. 189-205.

<sup>33</sup> Sobre la abundante bibliografía en la que se utiliza esta noción de “regulación”, vid. PAREJO ALFONSO, L.: “Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”, en SERRANO GONZÁLEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dir.): Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, competencia y control judicial. Edit. Iustel, Madrid, 2010, pág. 60.

También sobre el fenómeno fuera de nuestras fronteras, DARNACULLETA i GARDELLA, M.M.: “La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Coord.) *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo I, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, págs. 349-384.

<sup>34</sup> Ob. cit. pág. 62.

vo replanteamiento de las técnicas y potestades por los que se lleva a efecto la tradicional actividad prestacional del Estado en un determinados sectores económicos, y en definitiva, la sustitución de la técnica del servicio público en sentido *subjetivo u orgánico* por el servicio público en sentido *funcional*, con lo que si bien se elimina la titularidad pública del monopolio del servicio, se mantiene su intervención mediante otras técnicas que la hacen compatible con el libre mercado<sup>35</sup>.

Por su parte, con el concepto de *riesgo regulatorio*, nos venimos a referir a ciertas consecuencias derivadas del proceso *regulación*, es decir, las consecuencias derivadas de la incertidumbre que genera la formación paulatina del *corpus* normativo del sector económico liberalizado. La expresión, por tanto, viene referida a la situación de incertidumbre asociada a la posibilidad de sufrir la modificación el marco jurídico de estos sectores económicos y que es consecuencia de su evolución hacia la entrega al mercado, sentido plenamente acogido por el Consejo de Estado como por la Comisión Nacional de la Energía<sup>36</sup>. En cuanto a la recepción por el Tribunal Supremo del concepto de “riesgo regulatorio”, cabe señalar que es comúnmente utilizado desde la conocida STS de 11 de junio de 2001 (Ar. 2002\6075), relativa a los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico, con los que se compensaba por las cantidades desembolsadas por las empresas en una situación normativa de regulación e intervención pública y que no podrían ser recuperados en una situación de mercado en competencia<sup>37</sup>. Posteriores sentencias referidas ya al concreto ámbito de instalaciones de producción desde fuentes renovables han mantenido el significado del concepto “riesgo regulatorio” entendida como *posibilidad de variación de la normativa en sentido en cierto modo previsible que debe ser soportada por los interesados*.

Expuesto lo anterior, cabe resumir que la expresión de *riesgo regulatorio* hace referencia ordinariamente al fenómeno de intenso dinamismo y variabilidad normativa propios de sectores económicos liberalizados, no siempre deseable pero, al parecer, ineludible dados los necesarios ajustes normativos de los sectores económicos en su tránsito a las reglas del libre mercado.

<sup>35</sup> En este sentido FERNÁNDEZ, T.R.: “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, RAP n° 150, septiembre-diciembre 1999, pág. 60.

<sup>36</sup> Así, en Dictámenes del Consejo de Estado 1059/2011, de 22 de junio (aptdo. 4.E.a) 2264/2010, de 4 de noviembre (aptdo. 4.a); Informe de la Comisión Nacional de la Energía 3/2007, de 14 de febrero (página 19).

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: “El concepto de ...” *ob. cit.*

### 3. El principio de seguridad jurídica.

#### A. Delimitación del principio por el Tribunal Constitucional.

La invocación del principio de seguridad jurídica, en sentido estricto, remite inmediatamente a la idea de certeza del Derecho, y, por tanto, con ella se hace referencia ordinariamente a la previsibilidad y certidumbre de las normas de modo que, siendo conocidas de antemano las reglas y técnicas del ordenamiento jurídico, el interesado pueda adaptar rectamente su conducta al sentido de la norma, con lo que las expectativas derivadas de esta conducta no se vean defraudadas por ulteriores cambios normativos<sup>38</sup>. Sin embargo no hay que olvidar que el principio de seguridad jurídica puede ser entendido en sentido amplio, haciendo referencia en este caso a un valor del ordenamiento jurídico cuyo alcance se manifiesta en los valores que van más allá de la mera de la seguridad jurídica entendida como certeza del derecho positivo<sup>39</sup>, lo que ha sido condensado por el Tribunal Constitucional en STC 100/2012, de 8 de mayo en los siguientes términos:

*con relación al principio de seguridad jurídica hemos dicho insistentemente que viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (...). **Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre la normativa jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados** (STC 15/1986, de 31 de enero, F. 1), **como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho** (STC 36/1991, de 14 de febrero F. 5), **como la claridad del legislador y no la confusión normativa** (STC 46/1990, de 15 de marzo, F. 4). (FJ 10)*

Con lo dicho se hace evidente la íntima relación del principio de seguridad jurídica con el principio de confianza legítima, con el que se protege a los interesados que acomodaron su conducta al confiados en las actuaciones previas de los Poderes Públicos -expectativa de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho-, así como la relación de ambos con el principio de irretroactividad, pues también parece evidente que los problemas derivados de la sucesión normativa normalmente también afectarán a aquellos principios, cuestiones sobre las que nos detendremos más adelante.

---

<sup>38</sup> Para una visión completa de la dinámica del principio en el Derecho Administrativo puede verse en BERMEJO VERA, J.: "El principio de seguridad jurídica", en SANTAMARIA PASTOR, J.A. (coord.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Edit. LA LEY, Madrid, 2010.

<sup>39</sup> En este sentido, *vid.* PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica*. Edit. Ariel, Madrid, 1991.

Convengamos, en términos más estrictos y siguiendo en este punto la doctrina del TC, (SSTC 27/1981, 99/1987 y 227/1988), que al invocar el principio de seguridad jurídica como garantía de un derecho individual estamos refiriéndonos a la exigencia de una normativa entendida como “Derecho seguro”, de manera que sus previsiones puedan contemplarse sin insoportables márgenes de error; y “Derecho previsible”, de modo que no se halle expuesta a cambios tan frecuentes e imprevisibles que impidan adecuar razonablemente a las sucesivas previsiones normativas las conductas de sus destinatarios. Siguiendo esta acepción del principio entendido en sentido estricto, lo que en definitiva supone **certeza y estabilidad normativa**, los contornos de la figura quedan delimitados según el Tribunal Constitucional teniendo en cuenta las siguientes coordenadas: a) la seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico<sup>40</sup>; b) tampoco puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen determinado<sup>41</sup>; c) no obstante lo anterior, la seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles<sup>42</sup>.

B. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de energías renovables. Relación con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En relación con la posible vulneración del principio de seguridad jurídica derivada de la inestabilidad por los constantes cambios normativos en la materia que frecuentemente afectan a expectativas económicas de los productores de energía, el Tribunal Supremo, aún admitiendo por adelantado la conveniencia de dotar de estabilidad a los marcos reguladores de estas actividades económicas, afirma reiteradamente la perfecta compatibilidad del principio de seguridad jurídica con los sucesivos cambios normativos, más aún tratándose medidas de fomento -de lo que implícitamente el Tribunal Supremo presume la provisionalidad de los *mecanismos incentivos*-, lo que impide reconocer un “derecho inmodificable” a los titulares de estas instalaciones especialmente retribuidas. Así, en la STS de 25 octubre 2006<sup>43</sup> (Ar. 8824) el Tribunal Supremo argumenta que:

<sup>40</sup> SSTC 19/2012 de 15 febrero (FJ 11), 332/2005 de 15 diciembre (FJ 17), 126/1987, de 16 julio (FJ 11), y 182/1997 de 28 octubre (FJ 11).

<sup>41</sup> SSTC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 2) Y STC 126/1987, de 16 de julio (FJ 11).

<sup>42</sup> STC 116/2009 de 18 mayo (FJ 3), 182/1997, de 28 de octubre (FJ 11) y 150/1990, de 4 de octubre (FJ 8).

<sup>43</sup> Con la citada sentencia arranca esta línea argumental, que se mantiene reiterada en los mismos términos en SSTS 20 de marzo 2007 (Ar. 3286), 9 de octubre de 2007 (Ar. 6312) 10 de octubre de 2007 (Ar.7050), 9 de diciembre de 2009 (Ar.2075), 11 de octubre de 2011, 12 de abril de 2012 (Ar. 5775), (Ar.7743) 26 de abril de 2012 (Ar. 6261) 10 de mayo de 2012 (Ar. 7661), entre otras muchas.

... los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial **no tienen un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de este género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro. (...)**

**...la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos...**  
(FJ 3).

La solidez de esta postura del Tribunal Supremo frente a las innovaciones legales en esta materia se hace patente mediante con la simple constatación de la diversidad de supuestos en los que se ha debatido la adecuación del cambio normativo al principio de seguridad jurídica, reiterando siempre la misma argumentación, en la mayoría de las ocasiones en términos literales. Así, por vía de ejemplo y sin ánimo de agotar todos los supuestos, se ha mantenido la misma *ratio decidendi* (i) en los casos de normas reglamentarias que modifican algún aspecto del sistema de cálculo de las primas<sup>44</sup>; (ii) en el caso en que la nueva regulación modifica el criterio previo, según el cual la obtención de la prima de producción de manera automática, de manera que la nueva norma deja su cuantía y criterios a la discrecionalidad del Gobierno<sup>45</sup>; (iii) en los supuestos de modificación o eliminación de diversos conceptos retributivos como los complementos de eficiencia o garantía de potencia<sup>46</sup>; (iv) y en los supuestos en el que la norma habilita al Consejo de Ministros para establecer restricciones anuales a la ejecución y entrada en operación de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial al objeto de no comprometer la sostenibilidad técnica y económica del sistema<sup>47</sup>.

Por otra parte, nos parece sumamente esclarecedor exponer las reflexiones contenidas en el conjunto de sentencias que se refieren a la impugnación del RD 1565/2010, de 19 de noviembre, sobre la incidencia de las modificaciones que esta norma tiene sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en relación con el marco regulatorio en el que se insertan<sup>48</sup>. El asunto debatido

---

<sup>44</sup> SSTS 25 de octubre de 2006 (Ar. 8826), 20 marzo 2007 (Ar. 3286), 26 de abril de 2012 (Ar. 6261), 10 de mayo de 2012 (Ar. 7661) y 12 de abril de 2012 (Ar. 5775).

<sup>45</sup> STS 9 de octubre de 2007 (Ar. 6312).

<sup>46</sup> SSTS 10 de octubre de 2007 (Ar.7050) y 9 de diciembre de 2009 (Ar.2075).

<sup>47</sup> STS 11 de octubre de 2011 (Ar.7743).

<sup>48</sup> *Cifr.* nota 30.

en la *litis* arranca de la redacción original del RD 661/2007, que no contenía limitación de las anualidades durante las cuales se percibirían las primas a las energías renovables, con lo que podría llegar a interpretarse que estaban establecidas para toda la vida de la instalación; no obstante, el RD 1565/2010, estableció el plazo límite de percepción de las primas en 30 años, con lo que si se interpretara que conforme RD 661/2007 estaban establecidas *indefinidamente*, el establecimiento de un plazo determinado supondría en cualquier caso una minoración de la prima. Planteada así la cuestión, pasemos a exponer el completo *iter* argumental seguido por el TS en este asunto, lo que haremos tomando, por todas, las consideraciones contenidas en la STS de 12 de abril de 2012 (Ar.5775).

La primera consideración al respecto que el Tribunal Supremo señala es que el derecho a la tarifa regulada, que el Real Decreto impugnado elimina a partir del año 30, no es el único mecanismo de fomento previsto en la regulación, de modo que la medida de fomento que la norma elimina debe contextualizarse y ser puesta en relación con el resto de los incentivos dispuestos para las instalaciones de energía desde fuentes renovables, tales como prioridad en el acceso y la preferencia para el despacho en el mercado de la energía eléctrica, las subvenciones directas o indirectas a las instalaciones correspondientes, un eventual régimen tributario más beneficioso, etc. Sentado lo anterior, el TS afirma que

*La apelación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima ha de ser tratada no con la vista puesta en los cambios que se produzcan sobre una sola de las medidas de fomento sino en relación con todo el conjunto de ellas, esto es, con el marco regulatorio jurídico-económico aprobado por las autoridades españolas en favor de este sector de las energías renovables.*

En segundo lugar recuerda el Tribunal Supremo que los titulares de las instalaciones carecen en todo caso de un “derecho inmodificable” al mantenimiento inalterado del régimen económico por el que se regulan sus retribuciones, cuando además, la práctica eliminación del riesgo empresarial derivado de la opción de venta a tarifa,

*... es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores (con el respeto a unos mínimos de rentabilidad que en este momento no es el caso recordar).*

La tercera consideración del Tribunal Supremo en relación con el marco regulador en que se insertan las modificaciones trata sobre la existencia de determinados *condicionantes implícitos* y *explícitos* sobre los que descansan las medidas de fomento que integran el régimen retributivo singular de las instalaciones desde

fuentes proambientales. Dejando al margen los condicionantes explícitos -referidos a la modificación del régimen retributivo concurriendo determinadas circunstancias, como la superación de los objetivos de potencia prefijados, pero que en todo caso se trata de supuestos recogidos de antemano en la normativa-, en cuanto a los condicionantes implícitos, refiriéndose el TS expresamente a la posibilidad de modificación de las tarifas reguladas, señala que, como medida de fomento que son,

*no pueden considerarse “perpetuas” o ilimitadas en el tiempo. No es razonable pensar que el Real Decreto 661/2007 garantizase la percepción de la tarifa regulada durante un período infinito, esto es, sin límite temporal alguno (...)*

En definitiva, la invocación del principio de seguridad jurídica frente a modificaciones del régimen económico de las energías renovables exige previamente partir de la consideración de la inexistencia de un derecho inmodificable al mantenimiento de un determinado régimen económico, más aun teniendo en cuenta su naturaleza como medidas de fomento. Partiendo de ello, el parámetro que determina la legitimidad de las medidas adoptadas vendrá condicionado por la efectiva contextualización de las mismas, para lo que deben tenerse en cuenta, por una parte, el conjunto de todas las medidas favorecedoras de la actividad dispuesta por los Poderes Públicos y, por otra, el escenario económico en el que efectivamente se insertaron tales medidas que a lo largo del tiempo puede cambiar, no siendo aceptable abstraerse de antemano de su previsible evolución.

#### **4. El principio de irretroactividad.**

A. Delimitación del principio por el Tribunal Constitucional. Relación con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Conviene acotar de entrada el ámbito de la *retroactividad prohibida* delimitado por el Tribunal Constitucional, ya que, recordemos, en nuestro ordenamiento no existe una interdicción absoluta de la retroactividad de las normas, pues la prohibición que se deriva del art. 9.3 de la Constitución viene referida exclusivamente a la retroactividad *in peius*, es decir, en los casos de *normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*, fuera de cuyos supuestos es posible que *el legislador dote a la ley de un ámbito de retroactividad que considere oportuno, disponiendo éste de un amplio margen de discrecionalidad política* (SSTC 150/1990 de 4 octubre, FJ 8 y 182/1997 de 28 octubre, FJ 11, entre otras).

Sentado lo anterior, dentro de la retroactividad permitida habría que distinguir el grado de la retroactividad de la norma, para lo que el Tribunal Constitucional utiliza los términos de *retroactividad propia*, según la cual la norma extiende sus con-

secuencias jurídicas a supuestos nacidos, consolidados y agotados plenamente en el pasado, y *retroactividad impropia*, según la cual los efectos de la norma se proyectan hacia el futuro sobre supuestos que nacieron en el pasado<sup>49</sup>. Las SSTC 89/2009 de 20 de abril y 116/2009, de 18 de mayo resumen con toda claridad la doctrina sobre el grado de retroactividad de las normas expresando claramente que la *retroactividad propia* estaría vetada en principio, pudiendo excepcionarse únicamente si así viniera impuesto por *exigencias cualificadas del bien común*<sup>50</sup>; por su parte, el juicio sobre la legitimidad de la *retroactividad impropia*, exige tener en cuenta el principio de seguridad jurídica y los imperativos que pueden conducir a una modificación del marco jurídico, así como una ponderación de circunstancias *ad casum*. Es oportuno, por tanto, realizar un análisis conjunto de la operatividad del principio de irretroactividad, con los de seguridad jurídica y confianza legítima, pues se hace imprescindible aclarar cuándo la norma de carácter retroactivo vulnera estos dos principios, lo que haremos exponiendo sintéticamente la doctrina del Tribunal Constitucional vertida al respecto<sup>51</sup>.

En este orden de cosas, afirmado que el principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE no es absoluto, -de modo que es posible dotar a la Ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno fuera de las materias para las que expresamente se prohíbe la retroactividad- la aceptación de un grado de retroactividad no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución, señaladamente el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional (SSTC 126/1987, 182/1997, 273/2000, 176/2011 entre otras).

Por su parte, en cuanto al principio de seguridad jurídica, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto -pues ello daría lugar a la congelación o petrifica-

---

<sup>49</sup> Sobre el progresivo abandono en la jurisprudencia constitucional de la clásica terminología que hace referencia a la retroactividad en sus grados “máximo”, “medio” y “mínimo” sustituidos por los adjetivos de “propia” e “impropia”, *vid.* LÓPEZ MENUDO, F.: El principio de retroactividad. Tres cuestiones claves”, en *Documentación Administrativa*, n° 263-264 (mayo-diciembre 2002), INAP, Madrid, pág. 79.

<sup>50</sup> *Vid.* STC 176/2011, de 8 de noviembre, FJ 5, -que cita la jurisprudencia del TJUE- sobre la delimitación de las exigencias del interés general que podrían, en su caso, excepcionar la aplicación del principio de seguridad jurídica e imponer una retroacción de la norma en sentido propio, pudiendo modificar, por tanto, situaciones de hecho nacidas en el pasado,.

<sup>51</sup> Tomo en este punto la jurisprudencia constitucional compendiada por BACIGALUPO SAGGESE, M.: “El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables”, *Revista Otrosí*, n° 6, abril-junio 2011, Colegio de Abogados de Madrid, págs. 17 a 23.

ción del ordenamiento jurídico existente- sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 126/1987, 150/1990, 182/1997, 234/2001); siendo así que una ley vulnera el principio de seguridad jurídica cuando se revela irrazonable e imprevisible, *con quiebra de la confianza legítima* de los obligados en la que, razonablemente, esperaban debía ser la actuación de los poderes públicos (STC 234/2001).

Por último, el Tribunal Constitucional aclara que determinar cuándo una norma de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (SSTC 126/1987, 150/1990, 197/1992, 205/1992, 173/1996, 182/1997, 234/2001).

En definitiva, siguiendo la doctrina constitucional que acabamos de citar, los elementos claves para determinar el acomodo constitucional de la medida retroactiva serán la determinación de su grado de retroactividad y su posible incidencia sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima<sup>52</sup>. Por ello, la legitimidad de la retroactividad impropia establecida por la norma exige una ponderación de bienes jurídicos, ya que ni el principio de seguridad jurídica ni el de irretroactividad impiden la innovación dinámica del ordenamiento jurídico, como tampoco que las nuevas revisiones normativas puedan ser aplicadas pro futuro a situaciones nacidas en el pasado, sino que sólo exigen que la innovación normativa -sobre todo si resulta brusca, imprevisible o inopinada- se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas (períodos transitorios de adaptación suficientes y, en su caso, medidas compensatorias) que amortigüen, moderen y minimicen en lo posible la defraudación de expectativas generadas por la normativa anterior.

## B. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de energías renovables.

Es conveniente no perder de vista que el gran problema a solventar cuando se invoca el principio de irretroactividad es determinar en qué consiste la retroacción o cuando ha de considerarse que la norma retroacciona<sup>53</sup>, pues no son pocas las ocasiones en el que el Tribunal Supremo debe resolver alegaciones sobre la vulneración de este principio en las que suelen pasarse por alto la comple-

---

<sup>52</sup> *Ibid.* pág. 20.

<sup>53</sup> LÓPEZ MENDUO, F.: El principio de retroactividad. Tres cuestiones claves<sup>3</sup>, *ob. cit.*, pág. 75.

jidad que encierra la correcta aplicación del grado de retracción de la norma, presuponiendo incluso que la retroactividad lleva aparejada su ilicitud. Sin embargo, lo cierto es que la gran mayoría de estos supuestos vienen referidos a modificaciones del régimen retributivo de las energías renovables cuya eficacia se proyecta estrictamente hacia el futuro -es decir, el grado de retroactividad permitido en nuestro ordenamiento-, con lo que las sentencias terminan legitimando la validez de la norma.

Así las cosas, la mejor exposición de la doctrina sobre la retroactividad de las disposiciones que modifican el régimen económico de las instalaciones de producción desde fuentes renovables puede extraerse del conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en relación con la impugnación del RD 1565/2010, de 19 de noviembre, -anteriormente citados al analizar el principio de seguridad jurídica- lo que haremos partiendo del razonamiento expuesto en la STS de 12 de abril de 2012 (Ar.5775), que bien puede considerarse la verdadera referencia en esta materia, pues con ella arranca toda una línea argumental reiterada, sin fisuras, a lo largo de varias decenas de resoluciones posteriores<sup>54</sup>. Nos parece sumamente necesario destacar la importancia de las reflexiones contenidas en estas sentencias, no tanto por su reiteración, pues en el fondo se trata de recursos sobre el mismo objeto, sino por el escrupuloso y detallado tratamiento del principio de irretroactividad, en un tono profundamente dogmático con el que parece querer sentar las bases sobre las que sustentar los futuros razonamientos en las cuestiones relacionadas con la aplicación retroactiva de las medidas adoptadas en este ámbito, como, por lo demás, lo demuestra el hecho haberse convertido en cita obligada en la materia<sup>55</sup>. En definitiva, el conjunto de pronunciamientos encabezado por la citada STS de 12 de abril de 2012 no contiene un nuevo planteamiento o interpretación del principio de irretroactividad, sino más bien un prontuario con el propósito de centrar debidamente su alcance y límites, y ello porque las apelaciones al principio de irretroactividad carecen en muchos casos de la necesaria precisión a pesar de que, según se expresa, *los intentos doctrinales de analizar con rigor los contornos de aquel concepto -entre nosotros el estudio del “principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas” se hizo ya, en términos no superados, hace treinta años-*<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Cjfr. nota. 30. Más recientemente las SSTS 26 junio 2013 (Ar.6014), 1 julio 2013. (Ar.6733) y 12 septiembre 2013 (Ar.6485) se remiten a la doctrina contenida en aquéllos pronunciamientos.

<sup>55</sup> En este sentido, entre otras, STS 1 julio 2013 (Ar.6733) relativas a la impugnación de la Ordenes ITC/3353/2010, ITC/619/2011, ITC/688/2011, ITC/1068/2011, sobre peajes de acceso y tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial.

<sup>56</sup> Entendemos que en este punto se está refiriendo el Tribunal Supremo a la obra de LÓPEZ MENU-DO, F.: *El Principio de Irretroactividad en las Normas Jurídico-Administrativas*. Servicio de Publicaciones de Uni-

En este orden de cosas, en el que *el lenguaje que se emplea no resulta indiferente* (FJ 3), el Tribunal Supremo pone especial énfasis en el grado de retroactividad de la norma y recuerda que el concepto de *retroactividad prohibida* es más restrictivo que el de simple *retroactividad*, de modo que únicamente queda vetada la retroactividad de las normas con efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, es decir, que obliguen a revisar hechos pretéritos, alteren la realidad consumada o anulen efectos agotados. Por lo tanto, no cabría hablar de retroactividad propiamente en los casos en que la norma tiene eficacia estrictamente *pro futuro* aunque los supuestos de hecho a los que se aplique traigan causa del pasado. Dicho de otra forma, sólo la proyección de la eficacia de la norma *hacia atrás* determina su retroactividad, y dentro de ella, la prohibición de retroactividad alcanzaría únicamente a las normas con efectos desfavorables sobre las relaciones jurídicas pasadas.

Por su parte, censura el Tribunal Supremo en la sentencia que glosamos una muy extendida utilización del equivocado binomio “retroactividad-ilicitud” señalando al respecto que,

*las distinciones entre retroactividad de grado máximo, medio o mínimo, o los adjetivos de “propia” e “impropia” aplicados a aquel término, suelen pasarse por alto y todo se engloba en una indiferenciada noción, de connotaciones negativas, aplicada a medidas normativas de alcance bien diferente. Para mayor confusión, se parte de la errónea premisa de identificar de modo automático retroactividad con ilicitud o prohibición y no se deslinda suficientemente aquel concepto de principios con un significado autónomo, como son el de seguridad jurídica o el de confianza legítima. Las normas incursas en la prohibición de retroactividad normalmente atentarán también contra estos principios, pero no viceversa.*

A la vista de la doctrina expuesta, y ya sobre el concreto objeto de la *litis* en la STS 12 de abril de 2012 y concordantes -RD 1565/2010 que eliminó *pro futuro* las primas a percibir que se habían establecido por la normativa anterior- entiende el Tribunal Supremo que este supuesto no integra una medida incursa en la prohibición de retroactividad, toda vez que la nueva norma proyecta su eficacia hacia el futuro, dejando inalterada las primas cobradas en el pasado, de modo que,

---

versidad de Sevilla, 1984. Un estudio más reciente en LÓPEZ MENDUO, F: “El principio de irretroactividad” en SANTAMARIA PASTOR J.A. (coord.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Edit. LA LEY, Madrid, 2010, págs. 141 a 176.

*La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. (EJ 3).*

Desde luego que la mayoría de los supuestos en que se ha planteado el alcance de la retroactividad se presentan bajo el patrón expresado, disponiendo la nueva norma su eficacia *hacia adelante* a situaciones que nacieron en el pasado<sup>57</sup>, lo que sin embargo, no debe ocultar las dificultades que pueden encerrar la fijación del punto a partir del cual la incidencia de la norma reglamentaria sobre situaciones nacidas con anterioridad estaría prohibida<sup>58</sup>. De entre estas incursiones del reglamento en hechos pretéritos, destaca el RD 1003/2010, de 5 de agosto, que vino a instaurar *ex novo* un procedimiento de verificación a fin de comprobar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos hasta entonces para la liquidación de las primas, anudados a la inclusión de las instalaciones en el Registro Administrativo correspondiente. Lo que se pretendía con el Real Decreto era, precisamente, comprobar que las instalaciones receptoras de las primas cumplieran los requisitos para estar inscritas en el Registro, y, por tanto, que contaban efectivamente con las condiciones para la percepción del régimen retributivo, siendo así que del procedimiento de verificación establecido por el nuevo Real Decreto podrían derivarse la suspensión del derecho a percibir la prima que ya se venía disfrutando e incluso iniciarse un procedimiento sancionador del que eventualmente podría resultar la devolución de primas percibidas. Alegada la posible infracción del principio de irretroactividad, la STS 8 de noviembre de 2011<sup>59</sup> (Ar.2012\1079), considera que el nuevo Real Decreto no modifica los requisitos que ya eran necesarios para percibir la prima, por lo que no puede hablarse de retroactividad cuando la nueva mantiene las exigencias sustantivas derivadas de las anteriores y sólo regula el procedimiento para su inspección y control<sup>60</sup>.

En definitiva, en relación con la modificación de las medidas de fomento en este ámbito, será el grado de retroactividad de la norma lo que determine su conformidad o disconformidad al ordenamiento jurídico y sólo en los hipotéticos su-

---

<sup>57</sup> Por citar varios ejemplos, STS 9 octubre 2007 (Ar. 6312), sobre el RD 1454/2005 que eliminó la percepción automática de la prima condicionando su abono en el futuro al cumplimiento de determinados requisitos; STS 10 de octubre 2007 (Ar. 7050), sobre el mismo Real Decreto, en este caso por modificar, también *pro futuro*, el régimen aplicable al cobro de la retribución por disponibilidad; y STS 9 diciembre 2009 (Ar. 2010\2075) en relación con la limitación de primas establecida por el RD 661/2007 a instalaciones de cogeneración que superasen 100 MW, reduciendo el umbral anterior establecido en 400 MW.

<sup>58</sup> LÓPEZ MENUDO, F.: El principio de retroactividad. Tres cuestiones claves”, *ob. cit.*, pág. 91.

<sup>59</sup> En el mismo sentido, SSTS 8 junio 2011 (Ar.5154), 1 de marzo de 2012 (Ar.5367), 2 julio 2012 (Ar.7598) entre otras.

<sup>60</sup> EJ 3

puestos en que la norma obligara a devolver las primas o ventajas ya concedidas en el pasado podría hablarse verdaderamente de un supuesto de retroactividad prohibida. En otros casos, en los que la norma modificara las retribuciones por la generación futura de la electricidad, integraría un supuesto retroactividad impropia, supuesto no prohibido por el ordenamiento jurídico.

## 5. El principio de confianza legítima. El “riesgo regulatorio” como criterio que elimina la posible vulneración de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

### A. Delimitación general del principio por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Como es sabido, el principio de protección de la confianza legítima se recibió en nuestro ordenamiento a finales de los años ochenta del siglo pasado, después de haber sido acogido por el Derecho Comunitario que lo había tomado del Derecho Administrativo Alemán, donde tuvo su origen<sup>61</sup>. En nuestro ordenamiento, debe verse como una derivación del principio de seguridad jurídica entendido en sentido amplio<sup>62</sup>, lo que es fácilmente comprensible dada el inmenso espacio que ocupa la seguridad jurídica como principio informador de la totalidad del ordenamiento jurídico.

El alcance del principio de confianza legítima se proyecta sobre aquellas situaciones creadas al amparo de signos externos de la Administración que inducen razonablemente a los interesados a adoptar una determinada conducta y sobre las que posteriormente algún tipo de manifestación expresa de los Poderes Públicos, hace cesar los efectos favorables de la conducta del particular o bien pone de manifiesto su ilicitud, entendida en sentido general como actuación contraria a la norma. Así, en palabras del Tribunal Constitucional,

*La idea material contenida en ese principio impide, en este caso, quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquéllos podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal.*

<sup>61</sup> Sobre un estudio en profundidad del principio en *vid.* GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Edit. Civitas, Madrid, 2001. Más recientemente, del mismo autor “El principio de protección de la confianza”, en SANTAMARIA PASTOR, J.A. (coord.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Edit. LA LEY, Madrid, 2010.

<sup>62</sup> SSTC 234/2001, de 13 de diciembre (FJ 11); 222/2003, de 15 de diciembre (FJ 4); y 178/2004, de 21 de octubre (FJ 12).

En el ámbito concreto de la Administración Pública el principio se encuentra positivizado en el art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lo que no obsta para que su construcción y desarrollo sigan siendo eminentemente jurisprudenciales. Vale la pena, por tanto, recordar la definición, virtualidad y límites del principio que puede extraerse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues la cita revela toda su fuerza expansiva como regla orientadora de la actuación de los poderes públicos. Así, la STS 1 de junio de 2010 (Ar.5466), que reitera jurisprudencia anterior, se refiere al principio de confianza legítima en los siguientes términos:

*relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la administración y los particulares, que comporta, (...) el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima **no garantiza la perpetuación de la situación existente**, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general.*

Queda claro, por tanto que ante la más que probable colisión del principio de confianza legítima con la potestad de innovación del ordenamiento jurídico, debe darse preferencia la potestad de los poderes públicos para establecer nuevas regulaciones – *modificación o derogación de la norma anterior por otra posterior del mismo rango y de contrario o diferente signo*- estableciéndose en su caso las medidas compensatorias oportunas<sup>63</sup>.

## B. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de energías renovables.

En el ámbito concreto de la producción de energía desde fuentes renovables, la alegación del principio de confianza legítima en los supuestos en que se pre-

<sup>63</sup> SSTS 17 de junio de 2003, (Ar. 5424) STS 15 de junio de 2005 (Ar. 6482).

tende la anulación de normas reglamentarias que alteran situaciones creadas con anterioridad, suele venir acompañada de los principios de seguridad jurídica, del que es una derivación como hemos dicho, e irretroactividad. En estos casos la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado reiteradamente la vulneración del principio de confianza legítima que se infiere de la alta inestabilidad del marco regulatorio aplicando una doctrina según la cual **la mera existencia del “riesgo regulatorio” determina la eliminación de la imprevisibilidad de la medida**, sin la cual no es posible aceptar la vulneración de la confianza legítima<sup>64</sup>. Es decir, para el Tribunal Supremo la simple constatación del *riesgo regulatorio* en el sector tiene la virtualidad de atemperar la aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima como consecuencia de las sucesivas alteraciones normativas, de manera que su propia existencia supondría la aceptación *ex ante* por los interesados de la situación de incertidumbre característica de todo sector liberalizado, y como consecuencia de ello, la desactivación de los principios que protegen contra la excesiva mutabilidad del ordenamiento jurídico y las alteraciones no previstas en el régimen económico.

Esta faceta del principio de confianza legítima que se conecta con el *riesgo regulatorio* se presenta en los pronunciamientos jurisprudenciales como un argumento *a fortiori*, es decir, una vez que el Tribunal Supremo ha desestimado las alegaciones sobre la supuesta vulneración del principio de irretroactividad y confianza legítima, lo que no impide reconocer que tal y como está argumentado por el Tribunal Supremo, y en línea de tendencia, bien podría consolidarse como argumento independiente, como *principio del riesgo regulatorio*.

Esta consecuencia del *riesgo regulatorio* existente en el sector así como su alcance efectivo es constante en el Tribunal Supremo desde las primeras ocasiones en que tuvo que pronunciarse. Así, en la ST de 11 de junio de 2001 (Ar. 2002\6075), relativa a los Costes de Transición a la Competencia en el sector eléctrico, sobre las compensación por inversiones llevadas a cabo por las empresas en una situación normativa de regulación e intervención pública y que no podrían ser recuperadas en una situación de libre mercado en competencia, el Tribunal Supremo señalaba ya las circunstancias por las que las empresas podían llegar a inferir la existencia de un riesgo regulatorio y la previsibilidad del cambio de régimen jurídico<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> La operatividad del principio en la jurisprudencia ha analizada por RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”. *RAP* n°188, Madrid, mayo-agosto (2012), págs. 189-205.

<sup>65</sup> En concreto, la citada STS señala como condiciones que hacían prever la modificación del régimen del sector eléctrico las siguientes: la adhesión de España a las Comunidades Europeas, de cuyos principios ins-

En posteriores sentencias del Tribunal Supremo referidas al concreto ámbito de la economía de las instalaciones de producción desde fuentes renovables se ha mantenido el significado del concepto de *riesgo regulatorio* entendido como “posibilidad de variación de la normativa en sentido en cierto modo previsible que debe ser soportada por los interesados”. Así, en la Sentencia 9 diciembre 2009 (Ar 2010\2085) el Tribunal Supremo señala que:

*Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, **sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos** por las autoridades públicas, **son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados**, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los «**riesgos regulatorios**» a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera –en el sentido antes dicho– pero no excluye. (FJ 3).*

Más recientemente, en ocasiones el Tribunal Supremo no utiliza la denominación *expressis verbis*, pero mantiene el significado del concepto “riesgo regulatorio” en el sentido que venimos exponiendo. Así resulta, entre otras, de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012<sup>66</sup> (Ar. 5775), que al tratar de la disminución de retribuciones llevada a cabo en la opción de tarifa regulada señala que

*Los agentes u operadores privados que “renuncian” al mercado, (...) sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, sabían o debían saber que dicho marco regulatorio público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias*

Cabe concluir que aceptando la noción de *riesgo regulatorio* con referencia al fenómeno de intenso dinamismo y variabilidad normativa propio de sectores económicos liberalizados según se expusimos anteriormente en otro apartado, el Tribunal Supremo le aplica además un efecto claro, cual es entender que esta situa-

---

piradores podría preverse la apertura del mercado a la competencia; la *calidad de los servicios internos de las empresas*; y los sucesivos protocolos suscritos con sucesivos Ministerios por las empresas eléctricas.

<sup>66</sup> En idénticos términos se expresan varias sentencias de la misma fecha que contienen el mismo concepto de riesgo regulatorio (Ar. 5771, 8866, 5275 y 5798), así como las SSTs de 14 mayo 2012, (Ar. 7308), 18 mayo 2012 (Ar.6863), 3 mayo 2012 (Ar. 6463).

ción de incertidumbre normativa debe ser soportada por los agentes intervinientes en tales sectores por ser conocida de antemano, lo que en definitiva no produce otro efecto que el de atemperar la posible infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Siguiendo a RODRÍGUEZ BAJÓN<sup>67</sup>, el principio de riesgo regulatorio impone un auténtico “deber jurídico de soportar el daño”, lo que -salvo excepciones- eliminaría la antijuridicidad ante las posibles reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por cambios bruscos e inesperados en la normativa. En suma, constatada la existencia del riesgo regulatorio en un sector determinado quedan sin operatividad los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, impidiéndose además, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del cambio normativo.

## V. REFLEXIONES FINALES. LOS PROPÓSITOS DE ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN ESTABLE Y PREDECIBLE

Los diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo que hemos analizado, con responder plenamente a un razonamiento jurídico ciertamente riguroso que termina legitimando la validez de las modificaciones normativas llevadas a cabo en cada caso enjuiciado, a nuestro entender no satisfacen plenamente la cuestión de fondo, que no es otra que los límites a la intensa mutabilidad a que está sometida la normativa en esta materia.

En efecto, los principios de seguridad jurídica e irretroactividad no pueden erigirse en valores absolutos que impidan la *petrificación del ordenamiento*, pero tampoco parece razonable que de ello pudiera derivarse la conclusión de que la potestad de innovación del ordenamiento sea ejercitada sin otro límite que la simple voluntad de su titular, pudiendo amparar la creación de situaciones contrarias al interés general, como lo sería el caso que un uso tan intenso de la potestad pueda llegar a presuponer, ya de antemano, la fugacidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. En este sentido, se echa en falta en los pronunciamientos del Tribunal Supremo algún reproche a la excesiva mutabilidad en este sector del ordenamiento jurídico, que por otra parte sí han puesto de manifiesto el Consejo de Estado y la Comisión Nacional de la Energía<sup>68</sup>. El mutismo del Tribunal Supremo sobre este aspecto genérico del ejercicio de la potestad de innovación normativa podría llegar a interpretarse –torcidamente a nuestro juicio– como un *placet* a la mutabilidad jurídica en este sector en cualquier supuesto y circunstancia, debilitando en consecuencia la seguridad jurídica en su aspecto de “Derecho seguro” y “Derecho

---

<sup>67</sup> *Ob. Cit.* pág. 202.

<sup>68</sup> Cifr. nota 1

previsible”, cuando lo cierto es que debe reconocerse a los sujetos destinatarios su derecho a desarrollar mínimamente su actuación conforme a la norma teniendo sin que adaptar cada poco tiempo su conducta.

Al margen de las previsiones encaminadas a dotar de cierta *predictibilidad* en materia de energías renovables –como los mecanismos sobre actualización y revisión del sistema retributivo, que, dicho sea de paso, tampoco han permanecido ajenos a constantes modificaciones posteriores-, interesa resaltar ahora dos mecanismos genéricos dirigidos exclusivamente a poner límites al ejercicio de la potestad de modificación del ordenamiento: por un lado, los mandatos de autovinculación, por los que se intenta congelar el ejercicio futuro de la potestad normativa mediante la introducción de previsiones en la norma acerca de su intangibilidad futura, y por otra, la previsión normativa expresa incluida en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible sobre el ejercicio de la potestad normativa encaminada a la creación de un marco estable y predecible.

En cuanto a los mandatos de autovinculación, y pese a la buena intención que pudieran albergar, salta a la vista su falta de encaje en nuestro ordenamiento, y no sólo por tratarse de una mecanismo contrario a la necesaria potestad de innovación que impide la *petrificación* del ordenamiento, sino que directamente desnaturaliza el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que en la práctica supondría renunciar a su ejercicio efectivo en el sentido que en cada momento demande el interés general, consecuencia que no tiene cabida en nuestro ordenamiento. Un ejemplo de este tipo de mandatos podía leerse en el proyecto de norma que luego sería el RD 1614/2010, de 7 de diciembre, *por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoelectrónica y eólica*, que eliminaba la posibilidad de revisar en el futuro el régimen económico para determinadas tecnologías de producción, manifestando abiertamente Consejo de Estado sus dudas al respecto remarcando

*[el] más que cuestionable valor jurídico que un mandato de auto vinculación semejante pueda tener en relación con revisiones posteriores de la norma o de las primas...*

Por su parte, el art. 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, bajo la rúbrica “*Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas*” y dentro de un Capítulo dedicado a la “*Mejora de la Calidad de la Regulación*”, establece en su apartado 4 que:

*A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas.*

Desde luego que la simple plasmación legal del prurito no resuelve el problema, pero nos parece justo en este caso alabar la previsión contenida en la norma, pues pese a su inexcusable generalidad no es tarea fácil delimitar los contornos conforme a los cuales debe ejercerse correctamente el ejercicio de la potestad de innovación del ordenamiento jurídico, o, en palabras de VILLAR PALASÍ, conciliar *la mutación permanente e inexorable de la norma administrativa con el principio de seguridad jurídica*<sup>69</sup>. En cualquier caso, supone un importante referente legal como parámetro de legitimidad del ejercicio de la potestad reglamentaria cuya vigilancia corresponderá a los Tribunales.

## VI. CONCLUSIONES

Es una realidad incuestionable que el grado de madurez alcanzado el mercado por las energías renovables se debe en gran medida a la actuación de los Poderes Públicos, cuyas medidas de fomento han sido determinantes para el crecimiento exponencial de estas tecnologías de producción. Si bien es importante recordar el decidido impulso de las políticas europeas - muy favorables desde luego a la producción de energía desde fuentes limpias pues fijan objetivos concretos de potencia a alcanzar y prevén *sistemas de apoyo* nacionales a su implantación - sin embargo no cabe olvidar el amplio margen con que cuentan los Estados para concretar su regulación. En este sentido, en nuestro país la materia se ha venido articulando en torno a sucesivos periodos regulatorios, cada uno de los cuales integran una constelación de normas asimétricas, pues a cada tecnología de producción se le reconoce un régimen retributivo diferenciado, que disciplinan los más variados aspectos de cada una de ellas. A esta complejidad inicial de la regulación del régimen jurídico de las energías renovables, debe añadirse la derivada de la escasa estabilidad de los sucesivos periodos regulatorios, lo que ha intensificado aún más el enrevesado marco normativo en la materia, dada la convivencia de diversos regímenes jurídicos y retributivos como consecuencia de la necesidad de establecer largos periodos de derecho transitorio en orden a la protección de las inversiones realizadas al amparo de la normativa anterior.

Desde luego que tanto el Consejo de Estado como la Comisión Nacional de la Energía no han permanecido ajenos a la incertidumbre regulatoria en la materia, afirmando la necesidad de dotar a las energías renovables de un marco estable, duradero y predecible como condición tanto para favorecer nuevas inversiones como para proteger las realizadas, pero en el plano jurisprudencial es difi-

---

<sup>69</sup> VILLAR PALASÍ, J.L.: *Curso de derecho administrativo*. TOMO. I., *Introducción, teoría de las normas y grupos normativos*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1972, pág. 193.

cil encontrar algún pronunciamiento favorable a la anulación de la nueva ordenación por vulnerar los principios de seguridad jurídica, irretroactividad o confianza legítima.

Por su parte, aunque las alegaciones sobre la vulneración de los principios señalados suelen presentarse al Tribunal Supremo fuertemente imbricadas, como es lógico dada la íntima relación entre ellos, sin embargo del análisis diseccionado de cada uno de ellos pueden extraerse las líneas maestras de su aplicación en respecto de las modificaciones en materia de energías renovables.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha mantenido la perfecta compatibilidad del principio de seguridad jurídica con las continuas modificaciones del marco normativo sobre producción de energía eléctrica desde fuentes renovables, negando a los titulares de las instalaciones la existencia de un derecho absoluto e inmodificable al mantenimiento de un régimen económico determinado que impidiera su adaptación a futuras circunstancias, lo que determinaría la petrificación del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia matiza que en cada caso la valoración deberá armonizar necesariamente los postulados derivados del principio de seguridad jurídica con los intereses generales afectados.

En cuanto al principio de irretroactividad el Tribunal Supremo rechaza que se vea conculcado en los casos en que las medidas legislativas eliminen o reduzcan las retribuciones *pro futuro* alterando el régimen económico del que venían disfrutando. Ello es así en tanto que las normas que modifican las retribuciones no revisen, remuevan o alteren la realidad consumada en el pasado -con lo que las retribuciones ya percibidas permanecerían incólumes-, sino que despliegan su eficacia respecto de las retribuciones a percibir por la generación futura de electricidad. Ahora bien, la legitimidad de esta *retroactividad impropia* exige una ponderación de bienes jurídicos, -sobre todo si la modificación resulta brusca, imprevisible o inopinada- en la que se determine si es necesario llevar a cabo ciertas garantías y cautelas (períodos transitorios de adaptación suficientes y, en su caso, medidas compensatorias) que amortigüen, moderen o minimicen en lo posible la defraudación de expectativas generadas por la normativa anterior.

Para el Tribunal Supremo no existe tampoco vulneración del principio de confianza legítima derivada de la alta inestabilidad del marco regulatorio del régimen retributivo de las energías renovables, ya que los agentes intervinientes en los *sectores regulados* deben conocer la situación de incertidumbre normativa asociada a la posibilidad de modificación del marco jurídico de estos sectores económicos y que es consecuencia de su evolución hacia la entrega al mercado, lo que se denomina *riesgo regulatorio*.

En este contexto, en relación con los sectores regulados, emerge en la jurisprudencia el *principio de riesgo regulatorio* cuya existencia determina la eliminación de la imprevisibilidad de la medida, y, por ende, limita la operatividad de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. El *principio de riesgo regulatorio*, implica además el “deber jurídico de soportar el daño”, lo que -salvo excepciones- eliminaría la antijuridicidad ante las posibles reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por cambios bruscos e inesperados en la normativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO SAGGESE, M.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 49 a 78.
- “El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables”, *Revista Orosí*, nº 6, abril-junio 2011, Colegio de Abogados de Madrid, págs. 17 a 23.
- CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA, M.: “Regulación como finalidad distinta al derecho de la competencia”, en GUILLEN CARAMÉS, J.: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*. Edit. THOMSON CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2011. págs. 87-104.
- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M.: “El Plan Energético Nacional (PEN) 1983”, *RAP* nº 104, mayo-agosto 1984, págs. 449- 461.
- FERNÁNDEZ, T.R.: “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP* nº 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 57-73.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: “El régimen económico del sector eléctrico”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. III *Sector Energético*. Edit. Iustel, Madrid, 2009, págs. 859-936.
- “El déficit de ingresos del sector eléctrico” *RAP* nº 162, septiembre-diciembre 2003, págs. 307- 335.
- JIMÉNEZ LARREA, E.: “España: de la consolidación de un modelo a nuevos retos a 2020”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 577-612.

- JOVER GÓMEZ-FERRER, J.M.: *Régimen especial de producción de energía eléctrica*. Edit. Consejo de Estado y BOE. Colección: Temas de Administración Consultiva, Madrid, 2012.
- LÓPEZ MENUDO, F.: “El principio de retroactividad. Tres cuestiones claves”, en *Documentación Administrativa*, nº 263-264 (mayo-diciembre 2002), INAP, Madrid.
- NEBRED A PÉREZ, J.M.: *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial*. Edit. THOMSON CIVITAS, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- “El régimen especial de la producción eléctrica”, en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. III *Sector Energético*. Edit. Iustel, Madrid, 2009, págs. 381-443.
- PAREJO ALFONSO, L.: “Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”, en SERRANO GONZÁLEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dir.): *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, competencia y control judicial*. Edit. Iustel, Madrid, 2010, págs. 59 a 106.
- RODRÍGUEZ BAJÓN, S.: “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”. *RAP* nº188, Madrid, mayo-agosto (2012), págs. 189-205.
- SÁENZ DE MIERA CÁRDENAS, G.: “El marco regulatorio de las energías renovables en España”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 683-724.
- SÁNCHEZ SUDÓN, F.: “Historia de las energías renovables”, en Becker, F. Cazorla Prieto, J.L., Martínez Simancas, J., (Dir.) *Tratado de Energías Renovables*, Edit. THOMSON REUTERS, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 41 a 80.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: *Curso de derecho administrativo*. TOMO. I., *Introducción, teoría de las normas y grupos normativos*. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1972, pág. 193.
- VVAA: *El marco legal estable. Economía del Sector Eléctrico 1988-1997*. Departamento de Regulación y Estudios de Red Eléctrica de España. Madrid, 2006.



JURISPRUDENCIA





# COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

## Responsabilidad patrimonial por accidente acaecido en un yacimiento arqueológico

**Comentario a la Sentencia de 17 de Octubre de 2013 dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía**

*Helena García Rodríguez*

Letrada de la Junta de Andalucía

*Mónica Ortiz Sánchez*

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES FÁCTICOS. III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA: 1. Indeterminación de la indemnización en sede administrativa, 2. Presupuestos: Relación de causalidad: Incongruencia de la sentencia; relevancia de la documental gráfica, 3. Doctrina en relación con la responsabilidad patrimonial por daños en bienes históricos, 4. Concurrencia de culpas, 5. Prueba del daño como presupuesto a su valoración. IV. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla ha dictado el diecisiete de octubre del año dos mil trece, sentencia en los autos correspondientes al recurso seguido en la Sección Tercera con el número 81/2012.

El recurso se interpuso contra la desestimación, por silencio administrativo, del recurso de reposición deducido frente a la resolución del Consejero de Cultura de 15 de abril de 2011 que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la recurrente el 22 de octubre de 2010, por las lesiones sufridas como consecuencia de la caída producida el 7 de agosto de 2010 en el

Conjunto Arqueológico de Baelo Claudia, en Cádiz, cuando acudió a presenciar una obra de teatro organizada por la Consejería de Cultura dentro de la programación de las VI Noches de Baelo.

En el escrito de demanda la parte recurrente solicitó que se dictara sentencia por la que, estimando el recurso interpuesto, se declarara su derecho a ser indemnizada por la Administración demandada en la cantidad de 60.003,57 euros.

La Sentencia estima parcialmente el recurso interpuesto por la recurrente anulando la resolución recurrida por ser contraria al ordenamiento jurídico, declarando el derecho de la recurrente a ser indemnizada por la Administración demandada en la cantidad de 20.000 euros; y ello, sin hacer expresa condena de costas procesales.

El Ponente ha sido el Ilmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez.

Esta sentencia es digna de un comentario por diversas razones: por una parte por ser la responsabilidad patrimonial uno de las cuestiones jurídicas que más pronunciamientos jurisprudenciales han motivado desde la regulación prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en segundo lugar por la especialidad que representa la responsabilidad patrimonial en el ámbito de los bienes históricos, en este caso yacimientos arqueológicos, en los que se modula especialmente dicha responsabilidad por la especial naturaleza de los mismos que afecta a sus condiciones de conservación y por la particular diligencia que han de desplegar los visitantes de dichos yacimientos y en tercer lugar por la incongruencia entre los razonamientos jurídicos ofrecidos en la sentencia y el fallo parcialmente estimatorio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Como bibliografía sobre la materia se recomienda el *Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, nº 82, (Ejemplar dedicado a: Patrimonio histórico y Tribunales de Justicia), mayo de 2012.

El capítulo cuarto del Boletín está dedicado expresamente a “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el marco de patrimonio histórico”. Dentro de dicho capítulo hay dos aportaciones de Pedro Luís Roas Martín, Magistrado de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con los siguientes títulos: “Marco general y tipología: la protección del patrimonio histórico como integrante del estatuto normal de la propiedad, su función social” y “El Jardín de Calixto y Melibea o ¿quién paga al ciudadano?”. También incluye este capítulo otra interesante aportación de Jaime Hernández, Letrado de la Junta de Andalucía, con el título “Las salazones de San Fernando o cómo la incoación de un BIC obliga a indemnizar al promotor. Importancia pericial de la valoración de los daños”.

## II. UNA HISTORIA COMPLICADA: ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos denunciados consisten en la caída de la reclamante en el Conjunto Arqueológico de Baelo Claudia el día 7 de agosto al haber acudido a una representación teatral en la programación de las Noches de Baelo. Como consecuencia de dicha caída la reclamante sufrió la rotura del húmero en tres partes y tuvo que ser intervenida en varias ocasiones. La reclamante considera que la caída tuvo lugar como consecuencia de la defectuosa señalización e iluminación de las gradas y de la falta de indicaciones por parte del personal del Conjunto.

En el expediente administrativo se incorporaba un informe del Director del Conjunto Arqueológico en el que se rebaten las alegaciones de la reclamante acerca del sistema de seguridad, iluminación y recorrido en el Conjunto Arqueológico durante las representaciones. También consta la prueba testifical a petición de la reclamante así como una declaración jurada de la persona del conjunto acerca de las indicaciones que en su día se le dieron a la reclamante sobre la forma de transitar por la zona donde tuvieron lugar los hechos.

Debe destacarse que ni en la reclamación de responsabilidad patrimonial, ni en las alegaciones presentadas durante la tramitación de dicho procedimiento, ni en el recurso de reposición evaluó el reclamante económicamente el daño supuestamente padecido, siendo ello un dato fáctico de gran trascendencia, no sólo porque constituye uno de los requisitos de la responsabilidad patrimonial sino porque además impedía a la administración pronunciarse sobre dicho extremo en vía administrativa, además de que supuso la imposibilidad de incorporar al procedimiento el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía (art. 17.10.a) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía).

En la demanda la reclamante aporta nueva documentación cuantificando los daños y por lo tanto la reclamación en 60.000,37 euros.

La litis consistía por lo tanto en analizar la aplicación de los requisitos de la responsabilidad patrimonial al caso en cuestión, mediante la valoración de la prueba practicada, siendo de especial relevancia el requisito del nexo causal.

Debe recordarse en este punto el anclaje jurídico del a responsabilidad patrimonial y sus rasgos definitorios.

El art.139 de la ley 30/92 dispone que *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*.

En base al anterior precepto, es reiterada la jurisprudencia que recoge como requisitos para la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

1.- La efectiva realidad del daño material, individualizado con relación a una persona o grupo de personas y económicamente evaluable, en cualquiera de sus bienes y derechos.

Siendo preciso que este daño sea real y, además, entendido como perjuicio antijurídico en cuanto que el particular no tiene el deber de soportarlo, por no existir causa alguna que lo justifique.

2.- Que sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, en una relación directa de causa a efecto, cualquiera que sea su origen.

3.- Que no se haya producido por causa de fuerza mayor, es decir, por un suceso, previsible o imprevisible, pero en cualquier caso inevitable.

4.- Que no haya prescrito el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley.

Partiendo de estos presupuestos, en sede administrativa se analizó la concurrencia en el presente caso de los elementos necesarios para que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, llegando a la conclusión de que debía desestimarse la reclamación por la ausencia de varios de dichos requisitos.

Además la jurisprudencia es clara respecto de la exigencia de que exista una relación de causa a efecto directa, inmediata, material y exclusiva entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, no habiéndose producido la misma en este caso, como se expondrá posteriormente la hilo del análisis pormenorizado de la sentencia.

Y ello porque en el presente caso el informe del Director del conjunto arqueológico así como la declaración jurada de su personal ponen de manifiesto la inexistencia de dicho nexo causal puesto que se dieron a la reclamante las indicaciones necesarias acerca de cómo acceder al gradería y el recinto estaba preparado para celebrar dicho evento con la adecuada iluminación y señalización sin que hasta la fecha se haya producido ningún accidente similar en el mismo.

### III. ANÁLISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA

A continuación, procederemos a analizar de forma separada los pronunciamientos de la sentencia más relevantes, rubricándose de forma sucinta por su contenido, transcribiéndose en cursiva los fragmentos de la sentencia que abordan cada uno de tales razonamientos y analizándose en último lugar.

#### 1. Indeterminación de la indemnización en sede administrativa.

*SEGUNDO.- En principio hay que rechazar el alegato de desviación procesal por no cuantificarse en vía administrativa el importe de la indemnización, cifrada en el escrito de demanda en 60.003,57 euros. Si no se hizo fue, como viene a admitir la propia resolución recurrida, porque no obstante haber aportado la reclamante informe médico de lesiones en el expediente administrativo, aún estaba “pendiente de alta médica definitiva”, y si acaecida ésta una vez dictada dicha resolución la reclamación supera los 60.000 euros mal puede achacársele a la reclamante que la omisión del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía opere deliberadamente como causa de nulidad del procedimiento.*

No podemos compartir tal razonamiento por más que se trate de un criterio judicial extendido. Uno de los requisitos que resulta necesario para el reconocimiento de la responsabilidad de las Administraciones Públicas es la acreditación de que quien lo reclama haya padecido un daño efectivo y que este sea evaluable económicamente.

En el caso que nos ocupa, la acreditación del daño concreto por el que se insta indemnización no se produce hasta la presentación de la demanda, en tanto en la reclamación administrativa lo único que se instó es la fijación de indemnización pero no se cuantificó la misma.

Entendemos que se trata de un supuesto claro de desviación procesal, pues se le ha hurtado a la Administración la posibilidad de pronunciarse sobre los daños que en sede judicial se reclaman, lo que determina la falta de agotamiento de la vía administrativa respecto de esos nuevos daños no invocados inicialmente.

Pero es que además, resulta destacable que la pretensión indemnizatoria que se formula en el suplico de la demanda asciende a más de 60.000 euros (en concreto 60.003,57), siendo una circunstancia que cualifica la indefensión padecida por la Administración, pues la misma no solo no ha tenido ocasión de rebatir en sede administrativa la valoración que se hace, sino que tampoco ha podido cumplimentar un trámite esencial del procedimiento administrativo,

que es el de **recabar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía** (en concreto, Ley 4/2005 Del Consejo Consultivo de Andalucía, en su artículo 17.10.a) para aquellos supuestos en que la reclamación administrativa supere la cantidad de 60.000 euros; tal carácter preceptivo determina que únicamente de forma motivada puede apartarse del mismo.

Por ello, es innegable, que en el caso que nos ocupa, la petición de indemnización en la demanda superior a 60.000 euros, determina que la desviación que se produce en el proceso respecto de lo pedido en sede administrativa ha ocasionado una clara indefensión de la Administración, tanto por la falta de agotamiento de la vía administrativa respecto del daño efectivo novedosamente invocado como por la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento; reiteramos, el necesario dictamen del órgano superior consultivo.

En consecuencia, no podemos estar de acuerdo con la desestimación que el órgano judicial hace de la excepción formulada por la Administración, pues, aunque se hubiese acreditado un daño que procede resarcir, entendemos que únicamente procedería indemnizar por el daño reclamado ante la Administración tal y como resulta de los informes médicos aportados a la misma, ya que si la recurrente ha rechazado voluntariamente a la opción que le confiere el artículo 142 Ley 30/92, de 26 de noviembre de reclamar en el plazo de un año desde la determinación completa de las secuelas, y ha optado por reclamar en base al daño que padece en el momento de la reclamación, ha de quedar sujeta al daño efectivo que invoca en tal reclamación, sin que, a nuestro juicio resulte admisible que se incremente en sede judicial, por concurrir no solo una desviación de peticiones –administrativa y judicial- sino también una desviación en la acreditación de uno de los requisitos que determinan el nacimiento de la responsabilidad y es el concreto y acreditado “daño efectivo” por el que se reclama.

## **2. Presupuestos: Relación de causalidad: Incongruencia de la sentencia; relevancia de la documental gráfica.**

*CUARTO.- (...). Sin embargo, la reclamante no accedió al lugar donde cayó para subir a las gradas por la zona donde se dice está colocada una cuerda para impedirlo, sino por el trayecto que queda explicado en las fotografías incorporadas al expediente en el folio 9. Las propias manifestaciones de ese empleado, don G. P., obrantes al folio 110, son que “aconsejé que se ubicaran bien en la primera zona de gradas que se encontraban junto al acceso o bien en las sillas contiguas, ya que quedaban aún asientos libres”, y “sin embargo ellos insistieron en bajar a las gradas de la parte inferior argumentando que desde allí se vería mejor, a lo que les contesté que desde la zona alta se veía perfectamente y que incluso había sillas apiladas por si se llenaba de público, para disponerlas en esta zona alta”. Si, como dice la Administración, “el único acceso a la grada más baja es la escalera situada en la parte central de la misma”, así debió ser advertido por dicho empleado*

*(manifestándoles que estaba prohibido el acceso a las gradas por cualquier otro lugar), quien con sus propias palabras muestra que permitió que la recurrente y sus acompañantes accedieran a la grada por un lugar completamente inadecuado no sólo porque “se encuentra interrumpido por un obstáculo arqueológico, que es el muro de cierre de una tienda romana” sino también “por la propia altura de la grada”. Esto es ya razón suficiente para apreciar la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público prestado aquella noche, y el daño producido.*

A la vista del fundamento transcrito parece que la Sala sentenciadora se basa para apreciar la relación causa- efecto entre el daño y el funcionamiento del servicio público en la falta de advertencia expresa verbal por el personal del Conjunto de que *“el único acceso a la grada más baja es la escalera situada en la parte central de la misma”*.

Disentimos con tal razonamiento porque atribuye una carga desproporcionada al servicio público, al establecer que procede informar verbalmente a todos los asistentes a la representación teatral sobre un elemento que por su carácter ostensible no es necesario advertir. A ello se añade la peculiaridad de desarrollarse la función teatral en un Conjunto arqueológico, lo que debía reforzar la atención sobre los lugares por los que se deambula ante la imposibilidad manifiesta de señalar y advertir sobre todos los elementos naturales que, en potencia, y por falta de cuidado pueden suponer un peligro.

Pero es que, además de desproporcionado, resulta incongruente que la Sala determine que era exigible la citada carga de información adicional, pues de los razonamientos que hace al tratar más adelante la concurrencia de culpas, se desprende que tal carga resulta por completo innecesaria ya que la resolución afirma, de un lado, que *“la iluminación de las gradas era suficiente”* y que la piedra con la que tropezó la actora era *“un obstáculo totalmente visible”*.

En cualquier caso, se ha de señalar que en el la litis analizada se practicaron como medios probatorios documental pública en la que obraba informe del Director del Conjunto Arqueológico y abundante material gráfico; documental privada en la que también se incluía abundante material gráfico sobre el lugar del siniestro; testifical del empleado citado que asistió a la actora y sus acompañantes y testificales de tales acompañantes. Ello a parte de la pericial sobre las lesiones.

Pues bien, consideramos que, en casos como el presente, en el que el siniestro se produce con un obstáculo en conjunto arqueológico, la prueba más relevante debe ser la documental gráfica que atestigua la naturaleza de tal obstáculo a fin de que la Sala pueda valorar con objetividad si el mismo, por sus características debió o no ser apreciado por el ciudadano que deambula por el enclave arqueológico.

Por ello, la sentencia, al igual que valoró el carácter ostensible del obstáculo para apreciar la concurrencia de culpas, debió haber valorado la documental gráfica aportada por las partes que evidenciaba no sólo que el único acceso a la grada más baja es la escalera situada en la parte central de la misma, sino además, por la propia altura de la grada, que no cabe el acceso por otro punto, circunstancia sobre la que llamó la atención esta parte.

La misma documental acredita que el camino de gravilla que estaba delante de la grada y por el que, dejando a la derecha la escalera central, llegó la actora al lugar del accidente se encuentra interrumpido por un obstáculo arqueológico, que es el muro de cierre de una tienda romana; Este dato objetivo acredita dos cosas: Que la recurrente y sus acompañantes decidieron voluntariamente acceder a las gradas en lugar de por la escalera, por un lugar que no era de fácil acceso, superando un obstáculo consistente en diversas piedras y que la iluminación si era suficiente, pues si no lo fuera hubieran tropezado con esas piedras primero.

Por ello, nos sorprende el razonamiento de la sentencia en tanto a pesar de considerar que la iluminación de las gradas y el camino era suficiente y admitir que “*se revela de manera objetiva que dicho camino o trayecto presentaba obstáculos totalmente visibles como es “el muro de cierre de una tienda romana” que la recurrente, completamente percatada de él, llama “escalón natural”*”, considera que concurre la relación de causalidad alegada por el solo hecho de que el empleado al que se dirigió la actora no le proporcionó de forma expresa una información que era innecesaria a la vista de lo ya dicho.

### **3. Doctrina en relación con la responsabilidad patrimonial por daños en bienes históricos.**

**CUARTO.-** *Se invoca en la contestación a la demanda la sentencia del Tribunal Supremo que declara no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de 26 de enero de 2004 de esta Sala, que resolvió, desestimándolo, el recurso interpuesto por una reclamante contra acuerdo del Ayuntamiento de Córdoba que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada como consecuencia de daños sufridos por una caída en un peldaño en la escalera del Alcázar de los Reyes Cristianos de Córdoba el día 26 de diciembre de 1999. La recurrente afirmaba allí “que el accidente se produjo al caer en un peldaño de la escalera que conduce hacia los Reales Baños del Alcázar por razón de la mala conservación del mismo por ser muy resbaladizo y tener el vértice redondeado y no existir ningún tipo de barandilla”, concluyendo la sentencia “que las especiales y singulares circunstancias arquitectónica de dicho edificio catalogado como Monumento Patrimonio de la Humanidad, exige que por parte de los visitantes se adopten las debidas medidas de precaución, cuando se estén realizando las visitas de este tipo de monumentos históricos, con lo que se podía haber evitado el resbalón y posterior caída, que le causó los mencionados daños y perjuicios, y por tan-*

to, “que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos municipales y el accidente sufrido por la recurrente” y “que el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configure como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, no implica que todo daño que se produzca ha de ser indemnizado, sino, únicamente, cuando sea consecuencia directa del funcionamiento del servicio público y que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, supuestos que no concurren en el caso de autos”.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa el riesgo o peligro que se derivaba de caminar por el lugar donde ocurrió el siniestro era valorado por la Administración de tanta intensidad que se afirma que no “era de acceso permitido” al público. Tal extremo lo acredita el informe del Director del Conjunto Arqueológico, que goza de presunción de veracidad, así como las manifestaciones del empleado que atendió a la reclamante, obrantes en el expediente. En el informe del primero se dice que “pude comprobar cómo la caída de la Sra. P. se produjo dentro de un sector que se encontraba cerrado al público mediante el sistema habitual de cierre de espacios, en el Conjunto Arqueológico de Baelo Claudia, es decir, mediante postes de madera con cuerdas”, afirmándose en la resolución recurrida que eso es debido a “que en el mismo se conserva parcialmente el pavimento de época romana”, en donde precisamente tropezó la recurrente.”

En contra de lo afirmado en el fragmento transcrito, la fundamentación de la sentencia citada resulta plenamente trasladable al caso enjuiciado. En síntesis, tal doctrina viene a atemperar el “deber de advertencia” que compete a la Administración responsable del servicio público al que se anuda el daño cuando se trata de siniestros acaecidos en el interior de recintos de “especiales y singulares circunstancias arquitectónicas” como era el caso del Alcázar de los Reyes Cristianos de Córdoba y es también el Conjunto Arqueológico Baelo Claudia de Bolonia, por lo que ese plus de diligencia que se impone al visitante excluye que pueda apreciarse la relación causa-efecto por la sola falta de indicación del peligro concreto ya que se desplaza al visitante del enclave protegido el “deber de adoptar las precauciones necesarias para evitar el percance”, de modo que, en el caso que analizamos, el hecho de que la Administración colocase cuerda de seguridad para impedir el paso al lugar de la caída no enerva en modo alguno ese deber de especial diligencia que pesaba sobre la actora y que, según se motiva al valorar la concurrencia de culpas, se incumplió.

Pero es que, a mayor abundamiento, el razonamiento transcrito resulta nuevamente incongruente pues primero se dice que el “el riesgo o peligro que se derivaba de caminar por el lugar donde ocurrió el siniestro era valorado por la Administración de tanta intensidad que se afirma que no “era de acceso permitido” al público”. Sin embargo, al final del mismo razonamiento se dice que la propia resolución administrativa afirma

que el cierre con postes de madera y cuerdas “es debido a “que en el mismo se conserva parcialmente el pavimento de época romana” por lo que la sentencia no acierta en el motivo que ofrece para no aplicar la doctrina invocada ya que la razón del cierre de esa zona no obedece a una especial peligrosidad sino a la mejor conservación del pavimento original romano.

#### 4. Concurrencia de culpas.

*“No obstante, cabe apreciar la concurrencia con gran incidencia de una concausa a la producción del siniestro, cual es la propia conducta desatenta de la recurrente. Sí era objetivamente inadecuado para la Administración el camino que tomaron para acceder a las gradas pues su único acceso era la mentada escalera, y no se advirtió convenientemente ni con carteles ni con expresas instrucciones del empleado, ello no obstaba a que se tomaran las debidas precauciones por la recurrente para no tropezar con lo que su marido calificó, en su reclamación del día siguiente, de “piedra grande que estaba sin señalar en un pasillo”, pues también se revela de manera objetiva que dicho camino o trayecto presentaba obstáculos totalmente visibles como es “el muro de cierre de una tienda romana” que la recurrente, completamente percatada de él, llama “escalón natural”. Hay que concluir con la Administración que la iluminación “era suficiente, pues si no lo fuera hubieran tropezado con esas piedras primero” y, en definitiva, “hubiera sido imposible que los espectadores deambularan” por las gradas “y se ubicaran en ellas”, demostrando el reportaje fotográfico “la proximidad” con la zona donde se produjo el accidente de un foco en la parte alta de las gradas.”*

La sentencia aprecia concurrencia de culpas con una motivación que, a nuestro juicio, más que justificar que se han producido concausas en el accidente, lo que acredita es que la falta de diligencia de la actora ha sido de tal intensidad que debería excluir cualquier relación causal que pueda buscarse con el funcionamiento defectuoso del servicio público.

Los datos aducidos para aplicar este principio de moderación de la responsabilidad, como la suficiencia de la iluminación y el hecho de que la propia sentencia afirme que el obstáculo con el que se produjo el siniestro era “de manera objetiva” “totalmente visible”, hacen que resulte incomprensible que se estime parcialmente la reclamación y que, en otro caso, la ponderación de la responsabilidad se haya realizado finalmente al 50%, ya que es la propia sentencia la que pone de relieve la mayor relevancia que ha tenido en el accidente la conducta desatenta de la actora.

#### 5. Prueba del daño como presupuesto a su valoración.

*QUINTO.- Por último, queda fijar el quantum indemnizatorio. Al respecto, se interesa en el escrito de demanda que se cuantifique en 60.003,57 euros, y tal cuantificación se hace invo-*

*cando la aplicación del anexo introducido por el R.D.L. 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, y atendiendo al contenido del informe del perito médico que propuso, si bien llama la atención que en el escrito de interposición del recurso se señalaba que el importe de la indemnización era de 41.862,49 euros “conforme al informe de valoración pericial de esta parte y a los gastos sufridos”. (...)*

La sentencia omite en este último punto pronunciarse sobre una cuestión esencial aducida por la Administración y es que previo a la valoración del daño es necesario la prueba del mismo; la actora probó en sede administrativa únicamente fractura en humero izquierdo, pero ni en sede administrativa ni en sede judicial ha probado ni la realidad de los días de baja que alega ni las secuelas que dice haber padecido.

Por ello, la sentencia no sólo adolece de la necesaria motivación en tanto no da respuesta a este argumento sino que además infringe el precepto que rige la carga de la prueba (artículo 217 LEC) pues el informe emitido por Médico experto en valoración del daño corporal no hace prueba del daño que valora dado que se limita a transcribir fragmentos de supuestos partes médicos que no se aportan como Anexos ni constan en el expediente.

#### IV. COMENTARIO

La sentencia que hemos comentado resulta de interés por cuanto evidencia que en los casos de responsabilidad patrimonial por daños padecidos como consecuencia de accidente sufrido en el interior de Bienes protegidos, en este caso, de conjunto arqueológico, pesa sobre el particular que reclama un deber de diligencia que le obliga a tomar las precauciones necesarias para deambular por el bien en cuestión en función de las características del mismo.

Así pues, aunque la sentencia rechaza formalmente la traslación al caso de la doctrina contenida en anterior sentencia de la misma Sala, de fecha 28 de enero de 2004, confirmada por STS de 4 de mayo de 2006, lo cierto es que, al aplicar el principio de concurrencia de culpas, sí valora esa falta de cuidado de la perjudicada, lo que motiva que se atempere la responsabilidad al 50 %, por lo que se mantiene la línea doctrinal de la Sala en el sentido de examinar la diligencia del particular en la visita del enclave protegido, si bien en este caso, como hemos razonado, el fallo debiera haber sido totalmente desestimatorio.



# NOTAS DE JURISPRUDENCIA

## Tribunal Constitucional (\*)

### VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO.

#### A. Comunidades Autónomas.

#### A.2. Competencias.

**1. Sentencia 2/2013, de 14 de enero (BOE de 12 de febrero). Ponente: GONZÁLEZ RIVAS (Recurso de amparo).**

**Preceptos constitucionales:** 24

**otros:** art. 5 LOPJ

**Objeto:** Sentencia de 31 de octubre de 2011 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Asturias, recaída el rollo de apelación núm. 92-2011, contra la dictada por el Juzgado de lo Penal de Avilés en fecha 31 de marzo de 2011 en los autos de procedimiento abreviado núm. 12-2010, y contra la providencia de fecha 15 de diciembre de 2011 inadmitiendo el incidente de nulidad de actuaciones.

**Materias:** Tutela judicial efectiva (falta de motivación en la providencia de inadmisión a trámite de los incidentes de nulidad promovidos; vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE por violación de las garantías procesales al no haberse celebrado vista en sede de apelación; por predeterminación del fallo y vulneración del derecho de defensa; por vulneración de la doctrina constitucional sobre prescripción; por incongruencia omisiva; por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE al haber dispuesto de un escaso tiempo -veinte días- para la presentación del escrito de defensa dado el volumen de la causa)

Se oponen óbices de inadmisibilidad, en alguno de los casos por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional; por concurrencia del óbice

---

(\*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

procesal consistente en falta de invocación previa de la vulneración denunciada de predeterminación del fallo. El TC señala que se ha modificado la configuración del proceso constitucional de amparo mediante la introducción en el art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) de una nueva condición de admisibilidad: la necesidad de que el recurso tenga una *especial trascendencia constitucional*; siendo esta causa especialmente flexible e indeterminada, al tiempo que lo son los tres criterios que la propia Ley ofrece para su caracterización (*su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*). Se invoca la STC 155/2009, sin que los supuestos allí considerados se consideren exhaustivos; el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 *in fine* LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso” (STC 155/2009, FJ 2, citando los AATC 188/2008; 289/2008 y 290/2008); requisito insubsanable (ATC 188/2008) por cuanto se considera no sólo como una carga procesal de la parte, sino también como un *instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda* (STC 69/201, FJ 3). Su ausencia es insubsanable toda vez que “la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo” (ATC 188/2008, FJ 3); la demanda de amparo no tiene que ajustarse a un modelo rígido, pero sí responder a los *cánones propios de este tipo de escritos procesales* (STC 17/2011, FJ 2) y *tener en cuenta las precisiones que, con relación a esa específica carga, ha ido efectuando este Tribunal a través de diversas resoluciones que despejan las posibles dudas sobre el modo en el que se tiene que hacer efectiva* (STC 69/2011, FJ 3), sin que baste argumentar la existencia de vulneración de un derecho fundamental (SSTC 17/2011, FJ 2; 69/2011, FJ 3; 143/2011, FJ 2; y 191/2011, FJ 3; también AATC 188/2008, FJ 2; 289/2008, FJ 2; 290/2008, FJ 2; 80/2009 FJ 2; y 186/2010, FJ único); es preciso que *en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental —que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo— y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional* (STC 17/2011, FJ 2); *la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo* (ATC 252/2009, FJ 1); se considerará que tampoco satisface este requisito la demanda que pretende cumplimentar la carga justificativa con una *simple o abstracta mención* de la especial trascendencia constitucional, *huérfana de la más mínima argumentación*, que no permita advertir *por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los*

*derechos fundamentales* que se aleguen en la demanda (STC 69/2011, FJ 3, citando el ATC 187/2010, FJ único); será decisión del TC que la *especial trascendencia constitucional* se exige del recurso y no de cada uno de los motivos en concreto, todo lo cual le lleva a desestimar el óbice opuesto por el Abogado del Estado. Afrontará ahora el TC el cuarto de los motivos de la demanda de amparo: una interpretación de la jurisdicción ordinaria en materia de prescripción del delito que no sigue la doctrina del TC, (SSTC 195/2009, FJ 4; 206/2009, FJ 3; 59/2010, FJ 4; y 133/2011, FJ 3), lo que determina el encaje del supuesto en la *negativa manifiesta al deber de acatamiento de la doctrina constitucional* (STC 155/2009). Recordará el TC que básicamente la promoción del incidente se efectuó con apoyo en cuatro motivos esenciales: uno, la denegación de celebración de vista oral en segunda instancia a efectos de reproducción de la grabación de la vista (motivo II) y posterior debate contradictorio; dos, la aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la prescripción contraria a la doctrina constitucional de las SSTC 29/2008 y 95/2010 (motivo III); tres, la vulneración del art. 24.1 CE por incongruencia omisiva y falta de motivación referida a los motivos alegados por la parte respecto del método de estimación indirecta (motivo IV); y, cuatro, la infracción de garantías procesales en relación con el derecho de defensa, indefensión, por disponer de tan solo veinte días de contestación a las acusaciones para examinar la voluminosa documental existente; apreciará el TC que todos esos motivos contenían alegaciones que ya habían sido examinadas y resueltas en la Sentencia dictada al resolver el recurso de apelación, las vulneraciones de los derechos fundamentales aducidas fueron descartadas por el órgano judicial, e ahí que la Sala identificara el planteamiento del incidente como movido por el afán de volver a reexaminar las cuestiones planteadas, proporcionándose así las razones de la inadmisión de dicho incidente; concluirá el TC que no puede afirmarse que exista un vacío en la motivación y procede la desestimación del primero de los motivos de amparo. El segundo de los motivos encuentra su apoyo en la doctrina desarrollada a partir de la STC 167/2002, con cita de la STC 120/2009, en su apoyo, a su vez. Considera el TC que la relevancia constitucional de la omisión de la vista en sede de recurso de apelación, sólo podría ser planteada en relación con situaciones en las que el punto de partida es una Sentencia absolutoria en todo o una Sentencia inicialmente absolutoria parcialmente, en relación a algunos delitos, que luego se convierte en condenatoria respecto de ellos, como ocurre en el caso subyacente en este recurso de amparo: sólo entonces entraría en juego la doctrina del TC desde la STC 167/2002, sobre las posibilidades de valoración de las pruebas personales en sede de segunda instancia. Apreciará el TC que no se habría producido en este caso vulneración constitucional ya que el agravamiento de la condena inicial se originaría sobre la base de una cuestión esencial y estrictamente de naturaleza jurídica, sin valoración de pruebas personales, supuesto éste no susceptible de reproche constitucional por la falta de celebración de vista como ya se puso de manifiesto en la STC 170/2002 y se reiteró en las SSTC 34/2009, FJ 4;

120/2009, FJ 4; y 144/2012, FJ 2; se desestima este segundo motivo. Por lo que se refiere al cuarto motivo, en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), por considerar que no se ha apreciado la prescripción de la responsabilidad criminal de los delitos por defraudación del impuesto sobre el valor añadido del ejercicio de 2000, con infracción del art. 132.2 del Código penal, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, aquí aplicable, y de la jurisprudencia constitucional sobre el particular. Comenzará recordando el TC que el art. 132.2 del Código penal, en la redacción vigente al momento de cometerse los hechos que han dado lugar a las Sentencias recurridas, disponía que la prescripción *se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable*; este precepto ha sido interpretado por el TC en el sentido de entender que la querrela o denuncia de un tercero *es una solicitud de iniciación del procedimiento* (SSTC 63/2005, FJ 8; y 29/2008, FJ 10), pero *no un procedimiento ya iniciado* (precisa la STC 29/2008, FJ 10), razón por la cual aquella querrela o denuncia no tiene por sí sola eficacia interruptora del cómputo del plazo prescripción, pues la interrupción requiere un *acto de interposición judicial* [STC 29/2008, FJ 12 c)] o de *dirección procesal del procedimiento contra el culpable* (STC 63/2005, FJ 5); la interpretación de aquel precepto legal en el sentido de que *la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad* (art. 17.1 CE) [STC 59/2010, FJ 2 a)]; asimismo recordará el TC su declaración con arreglo a la cual *la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales corresponde a la jurisdicción ordinaria* (SSTC 59/2010, FJ 2, y 133/2011, FJ 3); en el caso analizado, y en relación con la prescripción de la responsabilidad criminal correspondiente al IVA del ejercicio de 2000, como señalan los órganos judiciales, el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción era el 30 de enero del 2001 y el *dies ad quem* era el 30 de enero de 2006; la querrela de la Administración tributaria (solicitud de iniciación del procedimiento) se presentó con fecha de 26 de enero de 2006, esto es, antes de que concluyese el plazo de prescripción respecto al IVA del ejercicio de 2000, y el *primer acto de interposición judicial con virtualidad interruptora* fue el Auto de 7 de febrero de 2006, de incoación de diligencias previas y de admisión de querrela. Concluye el TC que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo inaplica su doctrina en la materia, al tiempo que recuerda la existencia del art. 5.1 LOPJ. La Sentencia dictada en apelación, al considerar no prescrita la responsabilidad criminal respecto al ejercicio 2000, sobre la base de la idoneidad de la denuncia como acto interruptor del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, se opone a la interpretación realizada por el TC del alcance del art. 132.2 del Código penal, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, lo que supone una quiebra del mandato recogido en el citado art. 5.1 LOPJ de la que deriva la consiguiente lesión de los derechos de los demandantes a la tutela judi-

cial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE, en coherencia con su jurisprudencia (por todas, las SSTC 29/2008, FJ 10; 147/2009, FJ 2; 195/2009, FJ 6; 206/2009, FJ 3; 37/2010, FJ 2 y 133/2011, FJ 3). Se otorga el amparo por este motivo. Por lo que se refiere al quinto de los motivos, se denuncia la existencia de incongruencia omisiva o *fallo corto* constitutiva de vulneración del artículo 24.1 CE, que se articula sobre la consideración de un quebrantamiento de forma que conlleva la declaración de nulidad de la Sentencia derivada de la redacción del *factum* sin la debida claridad, concreción y taxatividad; lo que se denuncia realmente es una aplicación incorrecta de la normativa extrapenal contenida en los arts. 50 y 53 de la LGT a la que remite el tipo penal del delito fiscal como norma penal en blanco; se alegará que se han calculado las bases tributarias a partir del sistema de estimación directa, en lugar de haber aplicado el de estimación indirecta, que era el correcto para el presente caso por haber desaparecido (en un incendio) gran parte de la documentación tributaria; el TC considera procedente recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada y fundada en Derecho a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes sin rechazo de la mayor o menor corrección jurídica de la resolución judicial (SSTC 61/1983, FJ 3; 13/1987, FJ 3; 248/2006, FJ 4; 120/2009, FJ 6; 133/2011, FJ 2 y 182/2011, FJ 3), siempre que lo razonado no esté incurso en arbitrariedad ni en error de hecho, que es el canon del TC para apreciar defectos de motivación vulneradores del art. 24.1 CE; el motivo ha de ser desestimado por entender suficientemente argumentada la Sentencia que se pretende impugnar. Por lo que se refiere a la existencia de una infracción de garantías procesales, vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y causación de indefensión sufrida cuando, en la fase de instrucción y para la preparación del juicio oral, se denegó a la defensa de la sociedad recurrente (defensa que representaba a otras dos sociedades) una prórroga para estudiar la documentación, al enfatizar que eran más de cien kilos de documentos y se dispuso únicamente de los veinte días concedidos, lo que considera manifiestamente insuficiente. El TC no considera este motivo en atención a las consideraciones que se contienen en las Sentencias objeto de la controversia, teniendo presente, asimismo, la admitida personación de los recurrentes desde el inicio de la instrucción; recordará el TC que *para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado*, (SSTC 185/2003 FJ 4; 164/2005, FJ 2; y 25/2011, FJ 7).

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** 61/1983, FJ 3; 13/1987, FJ 3; 69/2001, FJ 3; 167/2002; 170/2002; 185/2003 FJ 4; 63/2005, FJ 5 y 8; 164/2005, FJ 2; 248/2006, FJ 4; 29/2008, FEJJ 10 y 12.c); 34/2009, FJ

4; 120/2009, FFJJ 4 Y 6; 147/2009, FJ 2; 155/2009, FJ 2; 195/2009, FFJJ 4 Y 6; 206/2009, FJ 3; 37/2010, FJ 2; 59/2010, FFJJ 2.A) y 4; 95/2010; 17/2011, FJ 2; 25/2011, FJ 7; 69/2011, FJ 3; 133/2011, FFJJ 2 y 3; 143/2011, FJ 2; 182/2011, FJ 3; 191/2011, FJ 3.

**FALLO:** En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido otorgar el amparo solicitado por las entidades Newell 2000, S.L., y por Cartney Trans, S.L., respectivamente, y, en consecuencia: 1º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). 2º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 26 de febrero de 2009 (recaída en el recurso de apelación núm. 90-2008), en relación con el pronunciamiento de responsabilidad civil contra las citadas entidades demandantes de amparo derivado de los tres delitos fiscales correspondientes al IVA del ejercicio de 2000. 3º Desestimar el recurso en todo lo demás.

**2. Sentencia 3/2013, de 17 de enero (BOE de 12 de febrero). Ponente: Roca Trías (Recurso de inconstitucionalidad).**

**Preceptos constitucionales:** 149.1.1; 1.18  
**otros:**

**Objeto:** En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1893-2002, promovido por el Presidente de Gobierno contra el inciso *o para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de aquellas* del artículo 30.2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas. Han sido parte el Parlamento de Andalucía y el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía

**Materias:** Competencias estatales y autonómicas: exigencia de colegiación de los funcionarios. Parámetro del control de normas en que se aprecie un posible exceso documental: ámbito; la incidencia de nuevas normas aprobadas tras la presentación de esta controversia –con especial atención a las actividades sanitarias-. Titularidad y ejercicio de la competencia para eximir de la colegiación: autonómica *versus* estatal. Contenido del precepto controvertido. Primacía de la competencia específica sobre la genérica. Ámbito de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Acerca del peculiar carácter de los colegios profesionales: sus fines.

Corresponde al legislador estatal determinar los casos en que la colegiación se exige para el ejercicio profesional y también las excepciones, en la medida en

que delimitan el alcance de la regla de la colegiación obligatoria. Forma parte de la competencia estatal la definición, a partir del tipo de colegiación, de los modelos posibles de colegios profesionales pero, también, la determinación de las condiciones en que las Comunidades Autónomas pueden crear entidades corporativas de uno u otro tipo. Es doctrina jurisprudencial que la determinación del régimen de colegiación tiene carácter básico, con un preciso contenido: la denominación, la ausencia de obligatoriedad en su adscripción y la existencia de un Consejo General; asimismo se ha declarado por el TC que el carácter forzoso de la colegiación, como excepción a la libertad general de asociación, debe venir justificado por la relevancia del fin público que se persigue, así como por la dificultad de obtener ese fin sin recurrir a la adscripción forzosa al ente corporativo. Es también doctrina jurisprudencial que el régimen de colegiación obligatoria, al igual que la creación de una profesión titulada, que vincule el ejercicio de determinadas atribuciones o competencias profesionales a la posesión de una titulación académica, constituye una limitación del derecho reconocido en el art. 35.1 CE. Asimismo se ha señalado que pueden ser condiciones básicas en el ejercicio de un derecho constitucional, tanto las que afectan a su contenido primario y posiciones jurídicas fundamentales —facultades elementales y límites esenciales—, como aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas; además, deben ser imprescindibles o absolutamente necesarias para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho. La colegiación obligatoria no es una exigencia del art. 36 CE. Por lo que se refiere a la relación la relación existente entre colegiación forzosa y la libertad negativa de asociación el TC señala que aunque la adscripción forzosa a un Colegio Profesional no vulnera el art. 22 CE, pues está amparada por el art. 36 CE que permite imponerla, supone una indudable limitación al derecho de asociación, tanto que requiere para su legitimidad constitucional una necesaria vinculación con la tutela de los intereses generales, que habrá de enjuiciarse caso por caso. El inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de colegios profesionales; siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** 76/1983, FJ 26; 23/1984, FJ 4; 87/1987, FJ 21; 20/1988, FJ 4; 54/1988, FJ 3; 87/1989, FJ 3; 89/1989, FJ 5 y 8; 131/1989; 35/1993; 74/1994; 330/1994, FJ 9; 197/1996, FJ 4; 61/1997, FJ 8; 173/1998, FJ 9; 194/1998, FJ 5; 152/2003, FJ 7; 14/2004, FJ 5; 212/2005, FJ 3; 31/2010, FJ 71; 150/2012, FJ 4; 184/2012, FJ 3; 227/2012, FJ 5

**FALLO:** El TC ha decidido estimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el inciso del artículo 30.2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas, *o para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de aquellas.*

**3. Sentencia 4/2013, de 17 de enero (BOE de 12 de febrero). Ponente: Roca Trías (Recurso de inconstitucionalidad).**

**Preceptos constitucionales:** 149.1.13 y 25  
**otros:**

**Objeto:** Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra los arts. 2, 7.3 a) y 9.5 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2002, de 25 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura.

**Materias:** Competencias estatales en materia de energía eléctrica: competencia del Estado para el establecimiento de las *bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica* y de las *bases del régimen minero y energético*, respectivamente, y en cuya virtud se dictó la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico. Inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto

La representación procesal de la Junta de Extremadura como la de la Asamblea de Extremadura, postulan la desestimación del recurso por considerar que no existe la denunciada vulneración de las competencias estatales, entendiendo que los preceptos impugnados constituyen un desarrollo de las bases que se enmarca en el ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de instalaciones de producción, distribución y transporte de energía del art. 7.1.28 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (EAE) y de su art. 7.1.33 y 8.7 EAE. Se advierte de la existencia de un nuevo EAE, a cuyo amparo se producirán las consideraciones que siguen. Las materias objeto de la controversia se relacionan directamente con la materia energía y con el subsector eléctrico (véase STC 148/2011). El denominador común de las normas en cuestión es la calidad del suministro de energía eléctrica. Respecto a ambos títulos competenciales estatales no ha de obviarse que, al igual que el sector petrolero (STC 197/1996), el eléctrico constituye, como recuerdan las SSTC 18/2011 y la 135/2012, FFJJ 2 y 4 un sector estratégico para el funcionamiento de cualquier sociedad moderna; la relevancia de estas materias en la vida actual circunstancias justifican que el Estado pueda intervenir en la ordenación del sector eléctrico tanto a través de los citados títulos competenciales; por su parte, el reformado EAE en su art. 9.1.37,

atribuye a esa Comunidad Autónoma competencia exclusiva para el establecimiento de *normas adicionales de garantía en la calidad del suministro y participación en los organismos estatales reguladores del sector energético, en los términos que establezca la legislación del Estado*; la proclamada exclusividad de la competencia autonómica no impide el ejercicio de las competencias del Estado *ex art. 149.1.CE* (por todas, STC 31/2010, FJ 59); se trata de determinar si la norma extremeña resulta compatible con lo previsto en las normas básicas estatales en materia de calidad o ha de considerarse que no se ha respetado tal normativa básica estatal; para que dicha vulneración exista será necesario que (STC 151/1992, FJ 1) la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado y que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa. Como ya se dijo en la STC 18/2011 el Estado está habilitado para dictar normas básicas que regulen el funcionamiento del sector eléctrico en un entorno liberalizado. Al establecer la norma autonómica el principio de nivel único de calidad mínima en el suministro de energía eléctrica, se vulnera el sistema básico de calidad establecido por el Estado basado en la distinción entre distintas zonas geográficas para determinar los objetivos de calidad a cumplir; corresponde al Estado *establecer los requisitos mínimos de calidad*; la norma estatal regula el concepto de calidad de servicio, integrado por un triple contenido que abarca la continuidad del suministro, relativa al número y duración de las interrupciones del suministro; la calidad del producto, relativa a las características de la onda de tensión y, por último, la calidad en la atención y relación con el cliente, relativa al conjunto de actuaciones de información, asesoramiento, contratación, comunicación y reclamación; asimismo la norma estatal establece la distinción entre calidad individual y zonal, distinguiéndose cuatro tipos de zonas en función del número de suministros, a las que se asignan umbrales de calidad diferenciados para cada una y para cada usuario individual. El TC considera esta regulación (estatal) como básica (STC 18/2011, FJ 8); al tiempo que el establecimiento de unas determinadas medidas de calidad del suministro de energía eléctrica constituye también (STC 148/2011, FFJJ 6 y 8 *in fine*), una garantía tanto para los consumidores como para el correcto funcionamiento de los diferentes sectores de la economía nacional; desde la perspectiva formal, han de entenderse cumplidas las exigencias para que la norma tenga la naturaleza de básica; de otra parte apreciará el TC que resulta que estos preceptos tienen como finalidad garantizar la calidad adecuada en el suministro de energía eléctrica a todos los usuarios ya sean éstos particulares u operadores de los distintos sectores económicos mediante la fijación de umbrales de calidad, aspecto que abundaría en la consideración de este conjunto de normas de carácter básico. Demostrado el carácter básico de las previsiones de la norma estatal, no queda sino concluir en que el art. 2 de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extre-

madura no se ajusta a tales criterios; el TC considera que el art 2 de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura infringe la normativa básica en la materia, vulnerando el orden constitucional de distribución de competencias y siendo, por tanto, inconstitucional y nulo. Por lo que se refiere al art. 7.3 a) de la Ley, se entiende que este precepto, al establecer una reducción en la facturación a abonar como consecuencia del incumplimiento de la calidad en el suministro, incide de manera directa en el modelo de sistema eléctrico previsto por el Estado, la cuestión controvertida se relaciona con las eventuales consecuencias asociadas a la falta de calidad en el suministro individual de energía eléctrica. Apreciará el TC que el citado el art. 7.3 a) de la Ley está regulando un supuesto no previsto en la normativa estatal al que asocia, asimismo, la consecuencia de reducción en la facturación, tampoco prevista expresamente por la misma; por ello no contradice las bases estatales. Considerará el TC que el citado art. 7.3 a) no vulnera el orden constitucional de competencias; por lo que se refiere al art. 9.5 en relación con el primer motivo de impugnación de este precepto, relativo al incremento de costes de las actividades de comercialización y distribución de energía eléctrica y su consiguiente incidencia en los conceptos retributivos de tales actividades ya se ha declarado que *constituye uno de los aspectos fundamentales de su ordenación* (STC 18/2011, FJ 8) así como que *la regulación de un régimen económico único para todo el territorio nacional en la materia que nos ocupa tiene naturaleza básica, al ser necesaria esa regulación para calcular la retribución de los distintos operadores que realizan las diferentes actividades destinadas al suministro eléctrico y para repercutir los costes sobre los consumidores* [FJ 21 a)]. El TC considera que una solución contraria a la competencia autonómica en materia de ciertas tarifas podría producir un vaciamiento de las competencias autonómicas que cuentan con expreso reconocimiento estatutario sin que, por otra parte, pueda deducirse del precepto impugnado cuestionamiento alguno del carácter único del régimen económico del sector eléctrico, ni de las competencias estatales relativas a su determinación, las cuales no han sido puestas en cuestión a lo largo del presente proceso. Todo lo expuesto conduce a desestimar el primer motivo de impugnación del art. 9.5 de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura. DE otra parte, no es posible apreciar la contravención de la normativa estatal alegada en la demanda pues, descartada ya la vulneración de las competencias estatales relativas al régimen retributivo de las actividades de distribución y comercialización de electricidad, la exigencia del depósito de la fianza anual establecida en el art. 9.5 de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura en nada afecta a las obligaciones de contabilidad e información establecidas en el art. 20 de la Ley del sector eléctrico así pues, procede también rechazar el segundo motivo de inconstitucionalidad aducido en relación con el art. 9.5 de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura y, en consecuencia, desestimar el recurso en relación con este precepto.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** 48/1988; 69/1988, FJ5; 1/1982; 147/1991 ; 197/1996; 223/2000, FJ 6; 98/2001, FJ 7; 166/2002, FJ 3; 14/2004, FJ 11; 18/2011, FJ 17 y 148/2011, FJ 3.

**FALLO:** El TC ha decidido: 1º Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar:

A) Que el art. 2 de la Ley de Extremadura 2/2002, de 25 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura, es inconstitucional y nulo.

B) Que el art. 7.3 a) de la Ley de Extremadura 2/2002, de 25 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura, no vulnera las competencias del Estado, interpretado en los términos del fundamento jurídico 8.

2º Desestimar el recurso en todo lo demás.

#### **4. Sentencia 7/2013, de 17 de enero (BOE de 12 de febrero). Ponente: (Conflicto positivo de competencia)**

**Preceptos constitucionales:** Arts.

**otros:**

**Objeto:** Resolución de 17 de octubre de 2005 de la Secretaría General para la Administración Pública, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se ordena la publicación del IV Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas.

**Materias:** Se trata de discernir si la regulación que se lleva a cabo de las ayudas a la formación continua del personal de las entidades locales, tanto funcionario como laboral, vulnera o no las competencias que a la Generalitat de Cataluña corresponden de conformidad con las previsiones de su Estatuto de Autonomía, en el marco de lo previsto en los arts. 149.1.7 y 149.1.18 CE. Traerá el TC su doctrina consolidada a cuyo tenor, no podrá darse por desaparecido o extinguido su objeto cuando, a pesar de las revisiones habidas en el tratamiento normativo de la materia controvertida, la nueva ordenación jurídica mantenga, en los mismos o en equivalente términos, el anterior régimen jurídico. Se ha planteado al TC si la ausencia de una *vindictio potestatis* sería determinante del rechazo del conflicto. Considera el TC que son las normas que organizan con el obligado detalle la gestión de la formación continua del personal al servicio de las corporaciones locales, su auténtico objeto; de otro, se aprecia la convicción de la propia demandante en la dimensión cautelar del proceso constitucional instado. El TC rechaza este planteamiento de la cuestión. Será el objeto del presente conflicto positivo de competencia dilucidar si la resolución de 17 de octubre de 2005,

de la Secretaría General para la Administración Pública, que ordena la publicación del IV Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas, ha vulnerado o no la distribución de competencias en materia de gestión de la formación continua del personal, funcionario y laboral, que presta servicios en las Administraciones locales ubicadas en el territorio de la Comunidad de Cataluña; se rechaza el pretendido carácter preventivo del recurso; la dimensión cautelar de un conflicto de competencias no puede inferirse sin más, y como regla general, de la naturaleza del instrumento jurídico destinado a regular un concreto reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre una singular materia sino del contenido de la regulación recaída sobre la materia objeto de tratamiento por dicho instrumento formal: el TC considera que efectivamente existe esa verdadera vindicatio potestatis. El objetivo perseguido con la presentación de un conflicto de competencia no es otro que discutir la titularidad de una competencia y garantizar que su ordenación jurídica permita, a quien efectivamente ostente esa titularidad, su ejercicio pacífico, regular y estable; la cuestión sobre la que versa la presente controversia competencial trata sobre el alcance de la potestad subvencional del Estado en materia de formación continua de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas; es doctrina consolidada del TC que *“las acciones formativas que se realicen en el seno de las Administraciones Públicas deberán encuadrarse, desde la perspectiva del orden constitucional de competencias, en la materia bases ... del régimen estatutario de sus funcionarios o legislación laboral, según que la relación de los empleados públicos con la Administración sea de carácter funcional, estatutario o laboral”* considera el TC que al Estado le corresponde dictar la normativa básica (art. 149.1.18 CE) y a la Comunidad Autónoma de Cataluña el desarrollo legislativo y la ejecución de dichas bases [arts. 136 a) y c) y 160.1 a) y 2 EAC], mientras que, en la segunda, la competencia normativa compete al Estado (art. 149.1.7 CE) y la de ejecución a la indicada Comunidad Autónoma [art. 170.1 b) EAC]. Se traerá a colación, una vez más, la STC 13/1992, identificando los cuatro supuestos generales, señalando que, cuando el Estado tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución, puede consignar *“subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación”* [FJ 8 b)]. La gestión de estos fondos compete a *“las Comunidades Autónomas, de manera que, por regla general, no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distri-*

bución de competencias” [FJ 8 b)]. En los casos en que el Estado tiene atribuida la competencia normativa sobre una materia y la de ejecución la tienen las Comunidades Autónomas, “*la única diferencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios.*” [FJ 8 c)]. En atención a estos antecedentes, se concluye que la gestión de las subvenciones relativas a la formación de los empleados públicos de las entidades locales no puede quedar adscrita, como defiende la representación de la Generalitat de Cataluña, en un único supuesto de los mencionados en la STC 13/1992, citada; en atención a la diversidad de títulos competenciales, mientras la gestión de las subvenciones de los funcionarios públicos ha de enmarcarse en el supuesto b), la del personal laboral ha de encuadrarse en el supuesto c) en suma, los títulos competenciales aquí concurrentes habilitan al Estado a canalizar una parte de los fondos públicos destinados a la formación continua de los empleados públicos, siempre que tal destino no ponga en cuestión las competencias normativas y de gestión que al respecto ostenta la Comunidad Autónoma, “*la cual deberá disponer de los fondos territorializados según criterios objetivos que le corresponden con el fin de aplicarlos a la expresada finalidad*”; en atención a consolidada doctrina del TC aquellas actividades de régimen local en las que sea posible aprecia un cierto carácter bifronte, éste no es sino el resultado de la actividad concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas, de modo que, junto a una relación directa Estado-corporaciones locales, existe también una relación entre éstas y las propias Comunidades Autónomas. La citada naturaleza bifronte del régimen local permite a las entidades locales abrir y mantener una relación directa tanto con el Estado como con las Comunidades Autónomas; pero dicha naturaleza no autoriza al Estado a prescindir o marginar, en el ejercicio de sus competencias, de las que pudieran corresponder constitucional y estatutariamente a las Comunidades Autónomas; en este caso concreto, tratándose de la formación continua del personal al servicio de las entidades locales ya se descartó (STC 225/2012) la necesidad de una gestión centralizada, es decir, se afirma la conformidad constitucional de la gestión descentralizada. La ordenación competencial que lleva a cabo el IV Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas en relación con las funciones de gestión más relevantes de los tres tipos de planes de formación para el empleo promovidos por diferentes entidades o instituciones locales de ámbito estrictamente autonómico y destinados a empleados, funcionarios o personal laboral, que prestan su servicio en ellas no respeta el régimen competencial establecido en el bloque de la constitucionalidad, tal y como el mismo ha sido interpretado por el TC; en el caso a examen, la atribución a la tan mencionada Comisión de Formación Continua de la Administración Local de las indicadas competencias en relación con la gestión de planes de formación promovidos de manera exclusiva por entidades locales o por federaciones o asociaciones de entes locales de ámbito estrictamente catalán no es constitucionalmente conforme a la

distribución de competencias prevista en el art. 149.1, reglas 7 y 18, en relación con los arts. 136 a) y b), 160.1 a) y 2 y 170 1 b) EAC. El IV Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas no permite a la Comunidad Autónoma de Cataluña disponer de una capacidad real y efectiva para la aprobación de los planes de formación continua del personal al servicio de las entidades locales de su territorio y, en correspondencia con ello, para la gestión de los fondos destinados a su financiación. En consecuencia, este IV Plan invade la competencia que el bloque de constitucionalidad confiere a la Generalitat de Cataluña en materia de formación continua de empleados públicos de las entidades locales de su territorio, a la que, por tanto, corresponde ejercer dichas funciones a través del órgano al que se encomiende su ejercicio. La atribución de las competencias para aprobar unos planes de formación gestados por entidades locales o por federaciones o asociaciones de entidades locales con ámbito autonómico, para realizar su seguimiento y control, función típicamente ejecutiva conectada con la anterior o para resolver las discrepancias que surjan en su negociación a un órgano como la comisión general de formación continua, en el que se sientan representantes del Estado, de todas y cada una de las Comunidades Autónomas y ciudades autónomas así como de la Administración local, designados éstos por la Federación Española de Municipios y Provincias, que es una entidad de ámbito típicamente estatal, instala la gestión de los planes a examen en un escenario por completo alejado de su ámbito competencial natural: el autonómico. El TC declara que las funciones conferidas a la comisión general para la formación continua en relación con la aprobación de la solicitud y modificación de los planes interadministrativos, con su seguimiento y control, y con la resolución de las discrepancias que surjan en su negociación, no son constitucionalmente conformes a la distribución de competencias prevista en el art. 149.1, reglas 7 y 18 CE, en relación con los arts. 136 a) y b), 160.1 a) y 2 y 170 1 b) EAC. Bajo la vigencia del IV Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas se han podido producir situaciones jurídicas consolidadas, que podrían verse menoscabadas por el juicio de constitucionalidad contenido en el presente conflicto positivo de competencias. Siguiendo una muy consolidada doctrina, el TC, considera que la afectación de situaciones ya consolidadas se evita mediante la mera declaración de la titularidad de la competencia en disputa; por tanto, la pretensión del Gobierno de la Generalitat de Cataluña ha de estimarse satisfecha mediante el reconocimiento de su titularidad en la materia objeto de este conflicto.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** SSTC 84/1982; 190/1992; 331/1993; 190/2002; 228/2003; 159/ 2011; 204/2011; 36/2012; 111/2012; 184/2012; 225/2012; 244/2012.

**FALLO:** En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:  
1º Declarar que corresponde a la Generalitat de Cataluña, a través del órga-

no competente y respecto de los planes de formación continua a los que se refiere el presente proceso constitucional, ejercer las funciones que, de un lado, los arts. 14.1 [apartados a), párrafos segundo y tercero, y b)], 14.3, 14.4 y 18 b), c), d) y e) del IV Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas atribuyen a la comisión de formación continua de la Administración local, constituida en el marco de la Federación Española de Municipios y Provincias, y, de otro, los arts. 16 b) 6, 16 b) 9 y 16 b) 17 de este mismo acuerdo confieren a la comisión general para la formación continua, en los términos de los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos 4 y 5.

2º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

**5. Sentencia 15/2013, de 31 de enero (BOE de 26 de febrero). Ponente: Hernando Santiago (Conflicto de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** Arts. 149.1.30; 149.1.1; 18 y 30  
**otros:**

**Objeto:** Conflicto positivo de competencia núm. 6326-2003 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los arts. 5, 6, 11, disposición final primera y anexos I y II del Real Decreto 830/2003, de 27 de junio, por el que se establecen las enseñanzas comunes de la educación primaria.

**Materias:** Se constata que la norma impugnada ha sido derogada y el TC se plantea los efectos que dicha circunstancia tiene en relación con lo señalado por su doctrina sobre la pérdida de objeto en los procesos constitucionales, en particular, en aquellos en los que se ventilan discrepancias puramente competenciales. Se recuerda la STC 194/2012 con cita de la STC 99/2012: “*Hay que tener en cuenta que en las controversias de alcance competencial como la que nos ocupa, es necesario apreciar los efectos que tiene sobre el conflicto la entrada en vigor de nueva normativa reguladora de algunos de los aspectos en discusión, aunque no se haya impugnado. Esta operación valorativa deberemos hacerla de acuerdo con lo que nuestra doctrina reitera, esto es, ‘hay que huir de todo automatismo, siendo necesario atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, y, ante todo, a la pervivencia de la controversia competencial, esto es, a si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes’ (STC 147/1998, Fj 3, y jurisprudencia allí citada).*”; al tiempo recordará asimismo el TC que, en este tipo de procesos promovidos por causa de vulneración del orden constitucional de competencias, tiene establecido que si “*la normativa en relación con la cual se trabó el conflicto no es simplemente derogada, sino parcialmente sustituida por otra que viene a plantear en esencia los mismos problemas competenciales, la doctrina de este Tribunal avala la conclusión de la no desaparición del objeto del conflicto*” [STC 194/2012, con cita de la STC 134/2011]. Estimará el TC que los cambios normativos han supuesto la desaparición sobreve-

nida de parte del objeto del proceso; advertirá el TC que el nuevo Real Decreto 1513/2006, no hace referencia, en su art. 5, a las denominadas “enseñanzas comunes” y a la necesidad de que consten en el currículo en sus propios términos; y tampoco se encuentra en el contenido de la indicada norma mención alguna a la determinación del calendario escolar. Procede entonces considerar que la controversia trabada en torno a esos dos aspectos ha desaparecido en la medida en que el Estado ya no mantiene su voluntad de determinar tales cuestiones. Apreciará el TC que no sucede lo mismo con la tercera de las quejas formuladas, relativa a lo que se estima como una indebida determinación de los contenidos y horarios de las áreas lingüísticas, en cuanto que la demandante entiende que con ellos se impide o dificulta el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma pues, tales reglas subsisten en el vigente Real Decreto 1513/2006, con lo que forzoso es concluir que el objeto del conflicto no ha desaparecido en este último punto. Por tanto, ha de alcanzarse la conclusión de que, pese a su derogación, el conflicto de competencias promovido frente al Real Decreto 803/2003 mantiene vivo su objeto respecto de la última de las quejas, la cual, formulada a sus anexos I y II, descansa en la consideración de que la determinación de los contenidos mínimos de las áreas lingüísticas y la fijación de los horarios que de los mismos deriva impide o dificulta el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma; asimismo tendrá en cuenta el TC que la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC) ha entrado en vigor con posterioridad a la admisión a trámite de este conflicto de competencia, por lo que, nuevamente de acuerdo con anterior doctrina [por todas, STC 134/2011], el TC considera que las cuestiones que se controvierten se decidirán teniendo en cuenta las prescripciones del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña que puedan ser de aplicación. La cuestión controvertida se encuadra, en la materia educación, en concreto en su vertiente no universitaria. Se remitirá el TC a su doctrina respecto a las competencias estatales en materia de educación, en su doble contenido relativo a la competencia exclusiva para la “[r]egulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales”, y a la competencia sobre las “normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”. Traerá a colación el TC la STC 212/2012 en los términos siguientes: “En esta materia, el art. 131 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) aprobado en el año 2006, bajo la rúbrica “Educación”, atribuye determinadas competencias a la Generalitat de Cataluña en el ámbito de la enseñanza no universitaria. En particular de acuerdo con el apartado 2 del art. 131 EAC, corresponde a la Generalitat, en materia de enseñanza no universitaria, la competencia exclusiva respecto de ‘las enseñanzas obligatorias y no obligatorias que conducen a la obtención de un título académico o profesional con validez en todo el Estado y a las enseñanzas de educación infantil’. Competencia exclusiva que, en virtud del mismo precepto, incluye una serie de potestades especificadas en ocho subapartados y sobre la que, como recuerda la STC 111/2012, de 24 de mayo, ya señalamos

en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 77, que '[s]e trata, en efecto, a diferencia de lo que sucede con el art. 131.1 EAC, de materias claramente encuadradas en el ámbito de la 'educación' y, por tanto, directamente afectadas por los arts. 27, 81.1 y 149.1.30 CE, determinantes de una serie de reservas a favor del Estado que, como tenemos repetido, no quedan desvirtuadas por la calificación estatutaria de determinadas competencias autonómicas como exclusivas'. Por último, el apartado 3 del mismo precepto atribuye a la Generalitat una competencia compartida '[e]n lo no regulado en el apartado 2 y en relación con las enseñanzas que en él se contemplan', y 'respetando los aspectos esenciales del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza en materia de enseñanza no universitaria y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.30 de la Constitución'. Esta competencia también incluye en una decena de subapartados la enunciación de una serie de facultades concretas que corresponden a la Generalitat que han de ser entendidas en el sentido que ya expresamos en la STC 31/2010 (FJ 60)'. En relación con la doctrina del TC sobre la utilización de las lenguas oficiales en la enseñanza, invocará el TC su doctrina manifestada en la STC 31/2010 que descarta desde un principio toda pretensión de exclusividad de una de las lenguas oficiales en materia de enseñanza, pues tal enseñanza de las lenguas oficiales es una de las consecuencias inherentes a la cooficialidad (STC 87/1983) "corresponde a los poderes públicos competentes, en atención a los objetivos de la normalización lingüística en Cataluña y a los propios objetivos de la educación, organizar la enseñanza que ha de recibirse en una y otra lengua en relación con las distintas áreas de conocimiento obligatorio en los diferentes niveles educativos para alcanzar un resultado proporcionado con estas finalidades; y ello al objeto de garantizar el derecho de los ciudadanos a recibir, durante los estudios básicos en los Centros docentes de Cataluña, enseñanza en catalán y en castellano. Derecho que se deriva no sólo de los arts. 3 y 27 CE sino del art. 3 del EAC" (STC 337/1994); al tiempo asimismo recordará que "también desde la perspectiva del art. 27 CE ha de llegarse a la conclusión de que ni del contenido del derecho constitucional a la educación reconocido en dicho precepto ni tampoco, en particular, de sus apartados 2, 5 y 7, se desprende el derecho a recibir la enseñanza en sólo una de las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma, a elección de los interesados. El derecho de todos a la educación, no cabe olvidarlo, se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos —esto es, el Estado a través de la legislación básica y las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias en esta materia— determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada. De este modo, el derecho a la educación que la Constitución garantiza no conlleva que la actividad prestacional de los poderes públicos en esta materia pueda estar condicionada por la libre opción de los interesados de la lengua docente. Y por ello los poderes públicos —el Estado y la Comunidad Autónoma— están facultados para determinar el empleo de las dos lenguas que son cooficiales en una Comunidad Autónoma como lenguas de comunicación en la enseñanza, de conformidad con el reparto competencial en materia de educación"; por lo que se refiere a la enseñanza del castellano "ha de tenerse presente que en la STC 6/1982, fundamento jurídico 10, hemos dicho tempranamente que corresponde al Estado velar por el respeto de los de-

rechos lingüísticos en el sistema educativo y, en particular, ‘el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado’; pues no cabe olvidar que el deber constitucional de conocer el castellano (art. 3.1 CE) presupone la satisfacción del derecho de los ciudadanos a conocerlo a través de las enseñanzas recibidas en los estudios básicos” (STC 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 10). Finalmente, en las SSTC 87/1983 y 88/1983, ambas de 27 de octubre, ya sentamos el criterio de que “los horarios mínimos tienen como finalidad, según se ha dicho, asegurar el cumplimiento de las enseñanzas mínimas, y ello ha de hacerse en forma que no vacíen de contenido práctico las competencias de las Comunidades Autónomas”, lo que, en el caso de Comunidades Autónomas con lengua cooficial, supone naturalmente que ambas lenguas han de ser enseñadas en los centros escolares de la Comunidad con la intensidad que permita alcanzar el objetivo, exigido por el art. 3 CE, de garantizar el derecho de conocer y usar ambas lenguas, de suerte que “el Estado en su conjunto (incluidas las Comunidades Autónomas) tiene el deber constitucional de asegurar el conocimiento tanto del castellano como de las lenguas propias de aquellas comunidades que tengan otra lengua como oficial. Una regulación de los horarios mínimos que no permita una enseñanza eficaz de ambas lenguas en esas comunidades incumpliría el art. 3 de la Constitución” (SSTC 87/1983; 88/1983). Considerará el TC que la posible variabilidad de las bases estatales en el ámbito educativo ya se ha reconocido por la doctrina constitucional, de manera que “no resulta ocioso recordar al respecto que, sin alterar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y con observancia de las garantías de certidumbre jurídica necesarias para asegurar que las Comunidades Autónomas puedan conocer cuál es el marco básico al que deben someter su competencia de desarrollo legislativo, la concreción de lo básico corresponde realizarla en cada momento al legislador estatal, quien, respetando aquel orden y estas garantías, goza de libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad” (STC 184/2012). En relación con las quejas manifestadas en el recurso, considera el TC que la primera se relaciona con la posibilidad de disponer del 10 por 100 del horario escolar total que deriva del anexo II para la organización de las enseñanzas de la lengua oficial distinta del castellano; y la segunda es la relativa al establecimiento del horario escolar correspondiente a las enseñanzas comunes de lengua castellana. Ninguna de las dos quejas puede prosperar, pues no es posible apreciar la situación de desigualdad denunciada respecto de la enseñanza de la lengua cooficial. Por todo ello, como ya con anterioridad se concluyó en la STC 337/1994, y se reiteró en la STC 31/2010, “resulta perfectamente legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo”, aunque siempre con el límite de que ‘ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma”. Por tanto, en la medida en que las previsiones cuestionadas se dirigen a garantizar el conocimiento del castellano sin detrimento de la lengua cooficial, forzoso es concluir que, al igual que en los casos resueltos en las SSTC 87/1983

y 88/1983 “*el Gobierno ha fijado unos horarios mínimos para todo el territorio nacional, y en materia lingüística los ha fijado sólo con relación al castellano, ya que al referirse a enseñanzas mínimas en todo el Estado se ha limitado correctamente a regular la enseñanza de la única lengua que es oficial en todo su territorio y que, por tanto, debe enseñarse en todo él con arreglo de unos mismos criterios concernientes tanto al contenido como a los horarios mínimos; mientras que la regulación de la enseñanza de otras lenguas oficiales corresponde a las respectivas instituciones autonómicas*”. La desestimación de la anterior impugnación lleva consigo necesariamente la de la disposición final primera, en la medida en que se aprecia que la misma no era autónoma, sino que la demanda funda ese reproche simplemente en la conexión que ésta tiene con el resto de los contenidos del Real Decreto 830/2003 que han sido examinados.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** STC 87/1983; 88/1983; 337/1994; 147/1998; 31/2010; 134/2011; 99/2012; 184/2012; 194/2012.

**FALLO:** En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:

1º Declarar extinguido, por desaparición sobrevinida de su objeto, el presente conflicto positivo de competencias en lo que respecta a los arts. 5, 6 y 11 del Real Decreto 830/2003, de 27 de junio, por el que se establecen las enseñanzas comunes de la educación primaria.

2º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

**6. Sentencia 16/2013, de 31 de enero (BOE de 26 de febrero). Ponente: Asua Batarrita (Conflicto de positivo competencia).**

**Preceptos constitucionales:** Arts. 149.1.7; 13 y 17  
**otros:**

**Objeto:** Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua.

**Materias:** Se considera que la formación continua de los trabajadores ocupados se encuadra en el ámbito laboral, por lo que la regulación efectuada encuentra amparo en lo dispuesto por el art. 149.1.7 CE, debiendo descartarse la aplicación de los títulos competenciales previstos en los apartados 13 y 17 del art. 149.1 CE, que se alegan también como fundamento de la competencia estatal en la disposición final primera del Real Decreto. La impugnación se fundamenta en que la regulación contenida en el Real Decreto excede de las competencias que, en materia de legislación laboral, atribuye al Estado el art. 149.1.7 CE, vulnerando las competencias de ejecución que en dicha materia corresponden a la Co-

munidad Autónoma de Galicia, en virtud de lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía y de conformidad con la SSTC 95/2002 y 190/2002. Analizará el TC el efecto que pueda tener sobre la subsistencia de la controversia, la expresa derogación de la disposición que es objeto del presente conflicto, efectuada por la disposición derogatoria única 2 a) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo; como se recoge en la reciente STC 244/2012, la derogación de la disposición impugnada no ha originado la desaparición del objeto del presente conflicto; en segundo lugar se aprecia coincidencia con el conflicto que ha dado lugar a la reciente STC 244/2012 cuya doctrina resulta de directa aplicación a la presente controversia; considera el TC que la norma se inserta en el ámbito de las competencias exclusivas que, en materia de *legislación laboral*, atribuye al Estado el art. 149.1.7 de la Constitución; considera el TC que las acciones formativas de los trabajadores ocupados y la financiación correspondiente, tienen una incardinación genérica en la materia *legislación laboral*, en la medida en que conciernen a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral con la consiguiente atribución de correlativos deberes al empresario; siguiendo doctrina propia, el TC considerará que al adjetivo laboral se le asigna “*un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido solo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral, es decir...la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios*”. Invocará, además, el TC que es doctrina aquilata que “*sin perjuicio de que haya aspectos de la formación profesional vinculados al fomento del empleo, que podrían encontrar cobertura en el art. 149.1.13 CE (STC 95/2002, Fj 11), hemos descartado, en términos generales, la inclusión de esta materia en el citado título estatal, pues sólo tangencialmente puede verificarse su repercusión económica*” (SSTC 111/2012 y 244/2012), al tiempo en que se recuerda que se ha insistido asimismo que no procede entender la formación profesional continua como “*un aspecto de la política de empleo orientada a incidir en el mercado de trabajo desde criterios de política económica incentivadores del acceso al empleo, en los términos del art. 40.1 de la Constitución*” (STC 244/2012). De otra parte, la finalidad de la norma, es proporcionar a algunos colectivos de trabajadores una formación que facilite su mejor capacitación profesional para la permanencia en el empleo o la mejor inserción en el mercado de trabajo proyectándose la norma sobre la formación profesional continua de los trabajadores ocupados y asalariados, materia propia de la “*legislación laboral*” al amparo del art. 149.1.7 CE, cuya ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas; si bien en alguna ocasión no puede excluirse que “*el Estado pueda apelar al título del art. 149.1.13 para la decisión de expandir el círculo de los beneficiarios de la actividad prevista como formación continua, hasta alcanzar a colectivos de trabajadores que no son propiamente trabajadores ocupados ni asalariados*” (STC 244/2012); la inserción de la materia regulada en el ámbito del art. 149.1.17 CE, no forma parte del sistema de Seguridad Social, ni las cuotas abonadas en tal

concepto son recursos de la Seguridad Social integrados en su caja única (STC 124/1989); el deslinde competencial en esta materia ha sido precisado por este Tribunal desde la STC 33/1981 al señalar que “*la Constitución Española atribuye al Estado la ordenación general de la materia laboral*”, sin que ningún espacio de regulación externa les quede a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normación estatal (SSTC 195/1996; 51/ 2006 y 111/2012) que incluye la emanación de reglamentos internos de organización de los servicios necesarios (SSTC 249/1988 y 158/2004) y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución (STC 51/2006) y, en general, “*el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales*” (STC 194/1994), así como la potestad sancionadora en la materia (SSTC 87/1985; 195/1996 y 81/2005). El Estado está facultado para abordar la regulación que aquí se impugna, aunque sin ignorar que la competencia para su ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas, siendo ésta la perspectiva desde la que debe procederse al examen de la presente impugnación, siguiendo las premisas establecidas en las mencionada STC 244/2012. Considera el TC que la norma adolece de los mismos vicios de inconstitucionalidad que determinaron los pronunciamientos contenidos en las SSTC 95/2002 y 190/2002 que fundamentaron la declaración de vulneración de las competencias autonómicas “*sobre la ejecución de la legislación laboral, en la medida en que se atribuyen a las organizaciones sociales firmantes ‘todos los aspectos’ de organización y gestión de las medidas de formación continua, con exclusión de las ya transferidas que corresponden a la Comunidad Autónoma promotora del conflicto*” (STC 95/2002). Considera el TC que debe rechazarse la impugnación dirigida contra la totalidad del Real Decreto 1046/2003, pues es al Estado, en virtud de sus competencias en materia de legislación laboral, ex art. 149.1.7 CE, a quien corresponde en exclusiva la regulación completa del subsistema de formación profesional continua y el establecimiento de un régimen jurídico unitario y, en consecuencia, quien ostenta con carácter excluyente la competencia para abordar la presente regulación. La competencia ejercida es pues la de “*legislación*” que corresponde al Estado en su totalidad, si bien no puede ignorar que la competencia para su ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma y, en consecuencia, procede rechazar la impugnación global que se formula, debiendo procederse al examen de los distintos preceptos que son objeto de la presente impugnación, con el fin de comprobar el adecuado respeto a las mencionadas competencias ejecutivas. Observará el TC que en el art. 2.2 del Real Decreto se enuncian los principios generales del subsistema de formación profesional continua, entre los cuales se incluyen: la unidad de caja de la cuota de formación profesional, sin perjuicio de que puedan existir otras fuentes de financiación de la formación profesional de los trabajadores ocupados [apartado a)]; el protagonismo de los agentes sociales en el desarrollo del subsistema de formación continua [apartado b)], y la importancia de los acuerdos que se alcancen en

la negociación colectiva para el desarrollo de la iniciativas de formación continua [apartado c)]. La Comunidad Autónoma considera que debe excluirse la mención al principio de unidad de caja, pues al no tener las cuotas relativas a la formación profesional la consideración de recursos de la Seguridad Social, no deben vincularse o estar afectadas por el mencionado principio de caja única. El principio recogido en el art. 2.2 a) del Real Decreto es un principio general de naturaleza contable que, como es evidente, no resulta de aplicación exclusiva al régimen económico de la Seguridad Social. En el contexto en el que ahora se suscita, el precepto no tiene otro objeto que el de garantizar la unidad financiera del subsistema de formación continua y de su régimen económico, mediante la vinculación de sus fondos al cumplimiento de los objetivos que presiden su funcionamiento, sin que ello se oponga a la existencia de mecanismos descentralizados de gestión; la impugnación debe ser rechazada. En los artículos 8 y 9 del Real Decreto se articula un nuevo sistema de financiación de las acciones de fomento de la formación continua en empresas. Considera la Comunidad Autónoma que lo que vienen a establecer estos preceptos es un “*crédito para formación continua*”, que se determina exclusivamente por la Administración estatal, sin ninguna intervención de las Comunidades Autónomas, eludiéndose así las competencias ejecutivas que a éstas corresponden. La competencia del Estado para la regulación de este nuevo modelo fue examinada en la STC 244/2012, en su virtud, el establecimiento de un determinado modelo de financiación de las acciones de formación continua en las empresas, es una facultad que se inscribe en el ámbito propio de la normación en materia laboral. Será el Estado quien asume toda la regulación concerniente al régimen jurídico de la formación continua, lo que incluye la determinación normativa del modelo de acción formativa aplicable a las empresas y, consecuentemente, del procedimiento para su financiación; circunscribiéndose la competencia autonómica a los exclusivos aspectos de ejecución o gestión del sistema arbitrado para regular esa formación continua, quedando fuera toda pretensión relativa a la ordenación o regulación del sistema, es decir, a la fijación de los criterios sustantivos bajo los cuales haya de articularse. El Real Decreto mantiene el sistema de financiación a través de subvenciones o ayudas públicas, en el caso de los contratos programas para la formación de trabajadores (art. 14) y de las acciones complementarias y de acompañamiento a la formación (arts. 16 y 17), a juicio de la Junta de Galicia los mecanismos de financiación previstos en los arts. 14, 16 y 17, están articulados en un ámbito supraautonómico, lo que determina que gran parte de los fondos presupuestarios previstos para estas finalidades se gestionen por el Estado, eludiéndose las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas; el régimen de las ayudas contempladas en estos preceptos ya fue analizado en el FJ 7 de la STC 244/2012 donde se vino a afirmar la concurrencia del supuesto excepcional previsto en el FJ 8 d) de la STC 13/1992, de 6 de febrero para excluir la posibilidad de una gestión descentralizada de las mismas; la existencia de un título competencial estatal de carácter es-

pecífico, el ámbito estatal de los destinatarios de las ayudas, y, muy especialmente, el contenido y la naturaleza de las acciones formativas financiadas son todas ellas circunstancias que ponen de relieve el ámbito supraterritorial de desenvolvimiento de las acciones formativas y, con ello, la exigencia ineludible de una coordinación homogénea, desarrollada por un único titular y determinan que haya de ser el Estado el que asuma las funciones de gestión y tramitación, en los términos contemplados en el precepto que se analiza; las subvenciones contempladas en los arts. 16 y 17 no vulneran competencias autonómicas, dado que solo incluye una definición de lo que son acciones complementarias y de acompañamiento a la formación, sin atribución de competencias específicas a ninguna administración; por el contrario, en relación al art. 17 ya se vino a estimar que la atribución expresa a un órgano estatal, el ejercicio de funciones de naturaleza ejecutiva, consistentes en la concesión y pago de las ayudas, determina, en este supuesto, la vulneración de las competencias autonómicas de ejecución. La impugnación formulada por la Comunidad Autónoma de Galicia se dirige asimismo contra la estructura organizativa y de participación en materia de formación continua, integrada por la Comisión Estatal de Formación Continua (art. 18); las comisiones paritarias sectoriales (art. 19), las comisiones paritarias territoriales (art. 20) y la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (art. 21). La representación autonómica no discute la existencia de los citados organismos, limitando su impugnación al hecho de que atribuyan a los mismos funciones ejecutivas que corresponden a las Comunidades Autónomas, mencionándose en concreto las contempladas en los arts. 11; 12.2; 18.1, apartados a), f), g), h) e i); 19; 20; 21; 22.4 y 23, salvo el último párrafo del número 2. Las funciones atribuidas en el art. 11 a la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, en cuanto son funciones de mero asesoramiento y apoyo a las empresas, carecen de virtualidad para interferir o menoscabar el ejercicio de las competencias de ejecución que corresponden a las Comunidades Autónomas, y no tienen un carácter excluyente de las competencias de análoga naturaleza y alcance que puedan ostentar las Comunidades Autónomas en esta materia, por lo que no vulneran las competencias autonómicas. Y en lo que respecta a las funciones de “*seguimiento y control de las acciones formativas*”, que se contemplan en el art. 12.2, resultan trasladables los argumentos recogidos en anterior doctrina, en relación con lo dispuesto en los apartados f) y g) del art. 21.1, en el sentido de que las funciones de naturaleza ejecutiva a las que se hace referencia en estos apartados, han de ponerse necesariamente en conexión con las ya previstas en el mencionado art. 14, en orden a la tramitación, gestión y coordinación de las acciones formativas de ámbito supra-autonómico; circunscritas en los términos señalados, y habida cuenta de la expresa salvaguarda que se efectúa en cuanto a la preservación de las funciones que corresponden a las Comunidades Autónomas, estos apartados no vulneran las competencias autonómicas de ejecución (STC 244/2012). Finalmente, la objeción que se formula en relación con la disposición final primera del Real Decre-

to, sustentada en considerar que la regulación efectuada no puede encontrar amparo en los títulos competenciales recogidos en los apartados 13 y 17 del art. 149 de la Constitución, debe ser admitida por las razones que se explicitan en el fundamento jurídico cuatro, en relación con la mención que se efectúa a la materia 17 del art. 149.1 CE, por lo que procede declarar que la referencia a dicha materia no es conforme con el orden constitucional de distribución de competencias. En relación con el alcance del Fallo, en atención a que la disposición impugnada ya ha agotado sus efectos y se podría afectar a situaciones jurídicas consolidadas, la pretensión de la Junta de Galicia ha de estimarse satisfecha mediante la declaración de la titularidad autonómica de las competencias controvertidas.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** 35/1982; 87/1985; 248/1988; 75/1989; 13/1992; 79/1992; 194/1994; 195/1996; 61/1997; 40/1998; 186/1999; 95/2002; 190/2002; 204/2002; 158/2004; 81/2005; 51/2006; 111/2012; 38/2012/ 244/2012;

**FALLO:** En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar parcialmente el conflicto positivo de competencias interpuesto por la Junta de Galicia, y en su virtud

1º Declarar que el apartado 1 del artículo 17 del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto y la disposición final primera del mismo, en la mención que realizan al artículo 149.1.17 de la Constitución, vulneran las competencias de la Junta de Galicia.

2º Declarar que los arts. 12.2 y 21 apartados f) y g) no vulneran las competencias de la Junta de Galicia, interpretados en el sentido expuesto en el fundamento jurídico 9.

3º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

#### VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 122-2004.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, debo manifestar mi discrepancia parcial con el fallo y con la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada, si bien como Ponente de la presente Sentencia y, en dicha condición, recojo en ella la opinión mayoritaria del Pleno.

En cuanto a mi discrepancia me remito a los argumentos expuestos en el Voto particular que formulé a la STC 244/2012.

**7. Sentencia 18/2013, de 31 de enero (BOE de 26 de febrero). Ponente: Asúa Batarrita (Conflicto positivo de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** Arts. 149.1.5.

**otros:** Art. 464 LOPJ.

**Objeto:** Orden JUS/1133/2004, de 5 de abril, por la que se convocan, para la provisión por el sistema de libre designación, y para el cuerpo de secretarios judiciales los puestos de trabajo de secretarios de gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y ciudades de Ceuta y Melilla.

**Materias:** Se ponen en cuestiones funciones ejecutivas que deberían corresponder a las Comunidades Autónomas en aplicación de la cláusula subrogatoria y que supone una vulneración de las competencias de la Generalitat de Cataluña en el ámbito de la Administración de Justicia (art. 18.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: EAC); en su defensa se aduce que su contenido se encuentra amparado en la competencia estatal sobre la Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE); apreciará el TC modificaciones normativas producidas durante la pendencia del presente conflicto recordará la STC 33/2012 recordará su doctrina sobre el *ius superveniens* que resulta aplicable al control de los posibles excesos competenciales, pues es doctrina uniforme de este Tribunal que “*en el recurso de inconstitucionalidad no se fiscaliza si el legislador se atuvo o no, en el momento de legislar, a los límites que sobre él pesaban, sino, más bien, si un producto normativo se atempera, en el momento del examen jurisdiccional, a tales límites y condiciones*” (STC 179/1998, y en el mismo sentido SSTC 135/2006; 1/2011, y 120/2011); en consecuencia, la tacha de inconstitucionalidad que se imputa a la orden sobre la que versa el proceso constitucional debe ser valorada con arreglo a las normas vigentes en el momento en que se resuelve este proceso; esto es incluyendo lo establecido en el capítulo III (“Competencias de la Generalitat sobre la Administración de Justicia”) del título III EAC; la materia general sobre la gira la cuestión es la Administración de Justicia; al Estado le corresponde en virtud del art. 149.1.5 CE la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia; por su parte a la Comunidad Autónoma de Cataluña, el art. 103 EAC le atribuye las competencias autonómicas sobre los “medios personales” de la Administración de Justicia; el TC se remite a la STC 31/2010 en relación con los términos en los que esa atribución competencial estatutaria ha de ser entendida en el fundamento jurídico 52: «*[E]l art. 103 EAC se refiere al personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia. Su apartado 1 atribuye a la Generalitat ‘la competencia normativa’ sobre el mismo, ‘dentro del respeto al estatuto jurídico de ese personal establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial’. En lo que hace a lo primero, no puede admitirse que, como sostienen los recurrentes, la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma en esta materia sea precisamente la legislativa, pues ‘la*

*competencia normativa* en cuestión también puede ser la reglamentaria. Por lo que se refiere a la previsión de que dicha competencia ha de ejercerse dentro del respeto al estatuto de aquel personal establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial, es evidente que por sí sola excluye toda posible infracción de dicho estatuto jurídico y de la única Ley competente para su regulación. Por ello, la concreta relación de materias cuya regulación se incluye en esa competencia según el propio art. 103.1 EAC sólo puede entenderse por estricta referencia a las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con arreglo a ellas deben ser interpretadas y entendidas, en su contenido y en su alcance. Lo mismo ha de decirse respecto de las funciones que el apartado 2 del art. 103 EAC incluye en 'la competencia ejecutiva y de gestión' atribuida a la Generalitat en materia de personal no judicial, pues también se trata de una competencia conferida '[e]n los mismos términos del apartado 1', esto es, por tanto, 'dentro del respeto al estatuto jurídico de ese personal establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial'.»; se remitirá el TC asimismo a su STC 163/2012 y, especialmente, a la 224/2012. Apreciará el TC un doble motivo en la impugnación que se debate: por un lado, se aduce que el procedimiento en sí de nombramiento de los Secretarios de Gobierno por el Ministerio de Justicia vulnera las competencias ejecutivas autonómicas; por otro lado, se considera que la orden de 5 de abril de 2004 va más allá de lo previsto en el art. 464 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en la versión introducida por la Ley Orgánica 19/2003, en cuanto que determina el procedimiento y los méritos y elementos de juicio que se han de tener en cuenta para formular la propuesta de nombramiento que corresponde a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia. La lesión de las competencias ejecutivas autonómicas que se reprocha al procedimiento de nombramiento del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por el Ministerio de Justicia, debemos constatar que, como señala la propia Comunidad Autónoma recurrente, la orden objeto del presente conflicto de competencia no hace a este respecto más que aplicar el art. 464.3 LOPJ, que establece que el Secretario de Gobierno de cada Tribunal Superior de Justicia «será nombrado y removido libremente por el Ministerio de Justicia ... a propuesta del órgano competente de las comunidades autónomas cuando éstas tuvieren competencias asumidas en materia de Administración de Justicia, que también podrán proponer su cese». En la reciente STC 224/2012 se resolvió sobre la impugnación de diversos preceptos de la LOPJ relacionados con el nombramiento de Secretarios Judiciales por el procedimiento de libre designación (en concreto los arts. 450.1, párrafo tercero, 464.3, párrafo primero, y 465.3 LOPJ); entonces se declaró que «[l]a dependencia de los Secretarios Judiciales del Ministerio de Justicia forzosamente conlleva que corresponda a éste la controvertida facultad de nombramiento. Ahora bien, al introducir en el procedimiento un trámite de informe autonómico, se posibilita que el órgano estatal competente conozca y pondere la opinión de la Comunidad Autónoma antes de resolver, lo que resulta razonable al tratarse de nombramientos para puestos de carácter directivo o de especial responsabilidad, definidos por ello por un característico margen de discrecionalidad. Se logra así un adecuado equilibrio en el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas, razón por la cual se desestima la impugnación de los men-

*cionados preceptos» (STC 224/2012, FJ 4); asimismo allí se sostuvo que «[l]a competencia estatal que se cuestiona, la del libre nombramiento y remoción por el Ministerio de Justicia del Secretario de Gobierno, deriva de la tantas veces confirmada dependencia estatal de los Secretarios Judiciales, competencia cualificada en este supuesto dado que al Secretario de Gobierno corresponde, como superior jerárquico, la dirección de los Secretarios Judiciales que prestan sus servicios en las oficinas judiciales, respetando y tutelando su independencia en el ejercicio de la fe pública (arts. 464.2 y 465.5). El equilibrio al que nos hemos referido anteriormente se materializa en esta ocasión a través de la facultad de propuesta de las Comunidades Autónomas, matizando significativamente la competencia estatal, al deferir la iniciativa a éstas. El precepto resulta así ser acorde con las competencias de ambos, por lo que debemos concluir desestimando la impugnación del artículo 464.3, párrafo primero» (STC 224/2012, FJ 4); en la medida en que la Comunidad Autónoma promotora del presente conflicto de competencia no esgrime contra dicha orden ministerial argumentos diferentes de los que sustentaron el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el art. 464.3 LOPJ y que ya fueron desestimados en la citada STC 224/2012, permite al TC reiterar su conclusión de que el nombramiento del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por el sistema de libre designación que establece la orden de 5 de abril de 2004 es conforme con el orden constitucional de competencias. Se ha sostenido en el recurso que la orden de 5 de abril de 2004 va más allá de lo previsto en el art. 464 LOPJ, en cuanto que determina el procedimiento y los méritos y elementos de juicio que se han de tener en cuenta para formular la propuesta de nombramiento que corresponde a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia. Se ha sostenido asimismo que el art. 464 LOPJ se limita a indicar que el nombramiento se realiza a propuesta de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia y, por ello, debe entenderse que la convocatoria y la determinación de sus elementos se efectuará por éstas. Motivo que es igualmente rechazado. Ni el procedimiento ni los diversos requisitos establecidos en la orden de 5 de abril de 2004 suponen limitación o condicionamiento formal o material alguno con respecto al derecho a formular propuesta que el art. 464.3 LOPJ reconoce a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Administración de Justicia; recordará el TC que la participación de la Comunidad Autónoma de Cataluña en el procedimiento de nombramiento del Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que garantiza el art. 464.3 LOPJ se circunscribe a un derecho a formular propuesta de candidato a ocupar dicho puesto de trabajo; no incluye un derecho a convocar unilateral o separadamente dicho puesto de trabajo ni tampoco una potestad para establecer requisitos de acceso ni métodos de valoración de la idoneidad de los candidatos distintos o adicionales a los establecidos por el órgano estatal competente. Si la competencia de nombramiento de los Secretarios de Gobierno corresponde al Ministerio de Justicia mediante el sistema de libre designación (art. 464.3 LOPJ), a falta de norma legal que expresamente prevea lo contrario la interpretación en*

la que se basa la orden objeto del presente conflicto de que la convocatoria de los puestos de trabajo corresponde también a dicho Ministerio resulta plenamente ajustada a la Ley. Por lo demás, el hecho de que el Ministerio de Justicia haya establecido una convocatoria conjunta de todos los puestos de trabajo de Secretarios de Gobierno de los órganos jurisdiccionales y una presentación centralizada de las solicitudes de los aspirantes representa una opción legítima, y no constituye restricción o menoscabo de la competencia autonómica en la materia; por lo que respecta al derecho a formular propuesta de candidato, la orden objeto del presente conflicto se limita a prever que la alegación y acreditación de méritos por los aspirantes, la elaboración de una memoria sobre el puesto al que aspiren y, en su caso, las entrevistas personales son los instrumentos de que disponen las autoridades competentes para evaluar la idoneidad de los candidatos y para que, en consecuencia, las autoridades autonómicas competentes formulen su propuesta de candidato. Por todo ello, ha de concluirse que la orden de 5 de abril de 2004 no afecta a las competencias ejecutivas de la Generalitat de Cataluña.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** 179/1998; 135/2006; 31/2010; 1/2011; 120/2011; 33/2012; 163/2012; 224/2012.

**FALLO:** En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:

Desestimar el presente conflicto positivo de competencia.

**8. Sentencia 21/2013, de 31 de enero (BOE de 26 de febrero). Ponente: Sala Sánchez (Conflicto positivo de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** Arts. 148.1.20; 149.1.6; 7 y 17.  
**otros: 166 EAC.**

**Objeto:** Orden TAS/892/2006, de 23 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

**Materias:** Se considera que la Orden objeto de conflicto no respeta la distribución de competencias en materia de asistencia social derivada del bloque de constitucionalidad en cuanto que dicha disposición centraliza en los órganos estatales la regulación, tramitación y resolución de las ayudas referidas, ignorando la doctrina constitucional recaída en relación con subvenciones. Como paso previo a la Resolución del Conflicto, considera el TC que ha de hacer una consideración previa; se apreciará en la disposición controvertida, por un lado, establecer las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización

de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas, y, por otro, proceder a su convocatoria para el año 2006. En lo que se refiere a la convocatoria para 2006, ésta ha agotado ya sus efectos y, en lo que se refiere a las bases reguladoras, fueron modificadas en el año 2007 por la Orden TAS/1051/2007, de 18 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas, bases reguladoras que, a su vez, han sido modificadas en los años sucesivos. El TC se autoplantea las consecuencias de las modificaciones sufridas por la normativa que se cuestiona. Para apreciar en qué modo afectan estas modificaciones a la pervivencia del presente proceso se atiende el TC a su propia doctrina: que señala que *«la apreciación de la pérdida de objeto del proceso dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma o el agotamiento de los efectos del acto y no puede resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos (por todas, SSTC 233/1999; 33/2005)»*; teniendo en cuenta además, la *“doctrina de este Tribunal avala la conclusión de la no desaparición del objeto del conflicto cuando la normativa en relación con la cual se trabó un conflicto no es simplemente derogada, sino parcialmente sustituida por otra que viene a plantear en esencia los mismos problemas competenciales (STC 128/1999).»* (STC 99/2012); en conclusión, considerará el TC que aun con diversas modificaciones formales, el conflicto mantiene vivo su objeto. Arranca el TC recordando su doctrina (STC 138/2009): la resolución de aquellas controversias que se susciten respecto a la regulación y aplicación de las ayudas o subvenciones que puedan establecerse en las distintas áreas o segmentos de la acción pública ha de tener en cuenta la distribución de competencias existente en la materia en la que proceda encuadrar las subvenciones de que se trate, para lo cual debe examinar, en primer lugar, el contenido concreto de las disposiciones objeto de conflicto. La Orden que se quiere analizar, recoge su artículo 1, la convocatoria de la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales, de interés general, encaminados a atender situaciones de necesidad o marginación de personas mayores de sesenta y cinco años, personas que sufran alguna discapacidad física, psíquica o sensorial, mujeres, familia, infancia y juventud, personas afectadas por problemas de drogodependencia, pueblo gitano, población reclusa y ex reclusa, refugiados y asilados, migrantes, víctimas del terrorismo, así como actuaciones integrales contra la exclusión social y para la erradicación de la pobreza y demás actuaciones de solidaridad social para cubrir necesidades de interés general. El artículo 2 determina los programas para la atención de necesidades sociales de interés general que se consideran de carácter prioritario. El artículo 3 establece los requisitos que deberán cumplir las entidades y organizaciones solicitantes. El artículo 4 dispone la distribución de créditos por programas de acuerdo con lo que dispone el anexo B. La orden, tras establecer los órganos competentes para la ordenación,

instrucción y resolución del procedimiento (art. 5), se completa con la regulación de los siguientes aspectos: la forma de presentación de solicitudes (solicitud, memorias, presupuesto de los programas, documentación y subsanación de errores) (art. 6), la financiación de los programas presentados (art. 7), los criterios de valoración de la subvención (art. 8), los informes (art. 9), la resolución (art. 10), las denominadas situaciones de emergencia social (art. 11), los convenios-programa (art. 12), el pago de la subvención (art. 9), la modificación de los programas (art. 10); las subcontrataciones (art. 11) la modificación de la resolución de la concesión de la subvención (art. 12), las obligaciones de los beneficiarios (art. 13), el control, seguimiento y evaluación (art. 14), la justificación de la subvención a través de las memorias justificativas y explicativas de la realización del programa subvencionado (arts. 15, 16 y 17), la responsabilidad y el régimen sancionador (art. 18), los reintegros (art. 19), más tres disposiciones finales referidas al régimen jurídico de aplicación supletoria, a las facultades de desarrollo y a la entrada en vigor. La orden igualmente recoge una serie de anexos con los programas prioritarios, la distribución del crédito, el logotipo, la solicitud, la memoria explicativa de la entidad, la memoria explicativa del programa y la memoria explicativa del proyecto. En suma, nos encontramos ante subvenciones dirigidas a financiar programas en materia de asistencia social, la cual ha sido definida por el TC cuando ha afirmado que *«atendiendo a las pautas de algunos instrumentos internacionales como la Carta social europea, la asistencia social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. De esta forma, la asistencia social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces»* (STC 36/2012). Se trata ahora de determinar la distribución de competencias sobre la misma que se deriva de lo dispuesto en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. La CE se refiere a la asistencia social en el art. 148.1.20 CE como una materia sobre la que las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia. (así lo ha hecho Cataluña en el artículo 166 EAC) que caracteriza esta asunción de competencias, como exclusiva; sin embargo la competencia de la Comunidad Autónoma, según el TC *«no impide el ejercicio de las competencias del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o sea sobre el mismo objeto jurídico»* (STC 31/2010); se recordará una vez más que las competencias autonómicas sobre materias no incluidas en el art. 149.1 CE, aunque se enuncien como “competencias exclusivas”, no cierran el paso a las competencias estatales previstas en aquel precepto constitucional: co-

mo ya se ha dicho por el TC «*el enunciado de la competencia autonómica como exclusiva no enerva las diferentes competencias del Estado que puedan estar implicadas (art. 149.1.6, 7 y 17 CE, entre otras), debiendo insistir, no obstante, en que de ningún modo se precisa una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el art. 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios*» (STC 31/2010). En relación con el porcentaje de la cuota íntegra del IRPF el TC ya ha tenido la ocasión de señalar que «*es evidente que el Estado puede intervenir en este campo cuando le habiliten para ello otros títulos competenciales específicos. Por ejemplo, el que atañe a las relaciones internacionales (art. 149.1.3 C.E.), cuando se trata de programas internacionales de ayuda*» [STC 13/1992, FJ 13 K a)]; no obstante el propio TC se refiere asimismo a una serie de Sentencias recientes que rechazan que el art. 149.1.1 CE sea un título competencial suficiente para justificar determinadas ayudas en materia de asistencia social (SSTC 173/2012, y 177/2012), recordando que «*en la temprana STC 61/1997, de 20 de marzo, señalamos (FJ 7) que el art. 149.1.1 CE, ‘no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate*», en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho..., no lo es menos, sin embargo, que la competencia ex art 149.1.1 C.E. no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.» [SSTC 173/2012 y 177/2012]; al tiempo el TC continúa afirmando: «*con carácter general, tenemos declarado que este título competencial ‘no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento’ (entre otras, SSTC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 10; 228/2003, de 18 de diciembre, FJ 10; y 150/2012, de 5 de julio, FJ 4). Es decir, con la finalidad de establecer las condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, el Estado no puede pretender alterar el sistema de reparto competencial. Así lo entendimos en la STC 148/2012, de 5 de julio, FJ 4, cuando afirmamos que, amparado sólo en este título competencial (art. 149.1.1 CE), ‘el legislador estatal no puede establecer el régimen jurídico completo de la materia, regulación acabada que corresponde, con el límite de tales condiciones básicas de dominio estatal, al poder público que corresponda según el sistema constitucional de distribución de competencias [STC 61/1997, FJ 7 b)]’. Por tanto, debemos excluir la suficiencia del título competencial invocado por la orden controvertida» (SSTC 173/2012 y 177/2012). Aplicando esa doctrina, rechazará el TC que la regulación de las ayudas controvertidas pueda relacionarse con el título competencial ex art. 149.1.1 CE, pues ni por su objeto ni por*

su contenido cabe apreciar una conexión directa de las ayudas controvertidas con 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 los deberes constitucionales; el hecho de que no se puedan fundamentar las subvenciones objeto de conflicto en ese título competencial no supone, no obstante, la imposibilidad para el Estado de financiar este tipo de acciones de fomento en materias atribuidas a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas; en este sentido se ha afirmado ya que «*el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del capítulo III del título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su presupuesto en la acción social o económica*» (STC 13/1992); en definitiva, el Estado tiene, por tanto, la capacidad para poner su poder de gasto al servicio de una política de asistencia social, en el ejercicio soberano de la función legislativa presupuestaria, sin perjuicio de que corresponda a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de asistencia social. Se traerá, como siempre que se trata del sistema de subvenciones en relación con competencias exclusivas de las CCAA las consideraciones de la fundamental STC 13/1992, sobre la que no entraremos, por repetidamente reproducida. Concluirá el TC que opuesto que la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre asistencia social y el Estado no ha invocado título competencial suficiente —genérico o específico— sobre la misma, las ayudas quedan ubicadas en el supuesto [STC 13/1992, FJ 8 a)], que excluye la posibilidad de gestión centralizada, la intervención estatal debe limitarse a «*decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores ... de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad*», y que *esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como Transferencias Corrientes o de Capital a las Comunidades Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado*» [STC 13/1992, FJ 8 a)]; trayendo en su apoyo numerosas Sentencias en idéntico sentido (SSTC 178/2011 y 36/2012; doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 72/2012; 73/2012; 77/2012; 173/2012; 177/2012; 226/2012 y 227/2012. Recordará el TC lo que ya se dijo en la STC 208/1999, sobre la necesidad de que, para la plena realización del orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, se evite la persistencia de situaciones anómalas en las que sigan siendo ejercitadas por el Estado competencias que no le corresponden. Como entonces se afirmó, “la lealtad constitucional obliga a todos” (STC 209/1990) y comprende, sin duda, el respeto a las decisiones de este Alto Tribunal.

### VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 7625-2006.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, presento Voto particular remitiéndome a los argumentos expuestos en el que formulé a la STC 226/2012, de 29 de noviembre, dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 7046-2005.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** SSTC: 13/1992; 208/1999; 233/1999; 33/2005; 138/2009; 31/2010; 1/2011; 178/2011; 36/2012; 72/2012; 73/2012; 77/2012; 99/2012; 173/2012; 177/2012; 226/2012 y 227/2012

**FALLO:** En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:

1º Estimar parcialmente el conflicto positivo de competencia núm. 7625-2006 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la Orden TAS/892/2006, de 23 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas y, en consecuencia, declarar, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 7 de la presente Sentencia, que vulneran las competencias de la Generalitat de Cataluña los arts. 1, salvo en lo que se refiere al objeto de la convocatoria; 5, 6, 7, 8, en cuanto al establecimiento del baremo aplicable, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21, y los anexos C, I, II, III y IV de la orden referida.

2º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

#### VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 7625-2006.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, presento Voto particular remitiéndome a los argumentos expuestos en el que formulé a la STC 226/2012, de 29 de noviembre, dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 7046-2005.

**9. Sentencia 23/2013, de 31 de enero (BOE de 26 de febrero). Ponente: Roca Trías (Conflicto positivo de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** Arts. 9.2; 40; 41; 50; 137; 138; 149.1.18; 149.1.1

**otros:** 32.1.19 EACL

**Objeto:** Real Decreto 918/2006, de 28 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a ayuntamientos para proyectos de acción social a favor de las personas mayores en situación de dependencia.

**Materias:** Se aduce la vulneración de la competencia exclusiva que contempla el art. 32.1.19 del EACL en materia de asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario, en virtud de la cual corresponde a la Comunidad Autónoma la gestión de las subvenciones previstas en la norma impugnada. No niega la competencia del Estado para otorgar subvenciones, sino el hecho de que se haya excluido la participación de la Comunidad Autónoma en el otorgamiento, distribución y gestión de las ayudas, ignorando lo señalado por la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente en la STC 13/1992, conforme a la cual las partidas presupuestarias que se contemplan deberían haber sido objeto de territorialización en los propios presupuestos generales del Estado o en un momento inmediatamente posterior, respetando los principios constitucionales. Se sostiene por la representación del Estado que el carácter exclusivo de la competencia autonómica en materia de asistencia social no excluye el ejercicio por el Estado de un poder subvencional directo, que resultaría de las competencias que en materia de régimen local le atribuye el art. 149.1.18 CE, en los supuestos en que la acción de fomento vaya dirigida a la financiación de servicios municipales configurados en la legislación básica estatal como de prestación obligatoria por los municipios; subsidiariamente, se alegan como títulos aplicables los que derivan de lo señalado en el art. 9.2 en conexión con los arts. 40, 41 y 50 CE y en el art. 149.1.1 CE, que configuran un mandato a los poderes públicos en orden a la consecución de fines sociales de alcance general, que no altera el reparto de competencias, y que, en el supuesto de necesidades urgentes, como sería la atención a los mayores dependientes, se convierte en una obligación jurídica que se concreta en la aportación de fondos estatales a la Administración competente para la gestión de los servicios sociales. Se sostendrá que las subvenciones previstas, en cuanto son manifestación del deber de colaboración del Estado con las entidades locales, vienen a su vez a dar efectividad a los principios de suficiencia financiera de éstas (art. 137 CE), de solidaridad y equilibrio territorial (art. 138 CE) y encuentran amparo en lo dispuesto en el art. 149.1.14 CE de acuerdo con el suplico de la demanda (STC 195/1998). La pretensión ejercida tiene por objeto que se declare *«que la titularidad de la competencia controvertida corresponde a la Comunidad de Castilla y León, anulando la disposición impugnada únicamente en lo que concierne al extremo del abono directo por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a los ayuntamientos de El Sahúgo, La Robla, Quilós y Trespaderne, ubicados en el territorio de la Comunidad de Castilla y León»*.

La reivindicación competencial se limita adecuadamente a la ejercida en relación con los municipios situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, lo que resulta acorde con el principio general de “territorialidad”

de las competencias autonómicas (por todas, STC 194/2011). Desde una perspectiva material, el reproche competencial se ciñe exclusivamente a la centralización de la gestión de las ayudas, esto es, al hecho de que la resolución y pago de las mismas se atribuya a un órgano estatal. No se pone en cuestión la competencia del Estado para el ejercicio de la actividad subvencional en sí misma considerada, sino los términos concretos de ejercicio de esa competencia en el supuesto que se examina, lo que está de acuerdo con la JTC, según la cual, «*existirá el vicio de incompetencia que constituye el objeto propio del conflicto positivo de competencia, bien si la parte actora reclama para sí la competencia ejercida por otro o bien si, en su caso, discrepa de la forma en que el titular de una competencia la ha ejercido, extralimitándose y lesionando, perturbando o desconociendo al ejercitarla el ámbito de atribuciones constitucionales de quien plantea el conflicto*» (STC 44/2007); sustentándose la reivindicación competencial de la Junta de Castilla y León en la vulneración de sus competencias en materia de asistencia social, habrá de estarse a lo dispuesto en el vigente EACL que constituye parámetro de control del presente conflicto, en aplicación de la acendrada doctrina del TC sobre el *ius superveniens*, (STC 1/2011). El art. 70.1.10 EACL atribuye a la Comunidad Autónoma de Castilla y León competencia exclusiva en materia de «*asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario*», con especificación de que dicha materia incluye, entre otros aspectos, la «*promoción y atención de las familias, la infancia, la juventud y los mayores*» y la «*prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad, la dependencia o la exclusión social*», en su apartado 3 señala que la atribución en exclusividad de estas competencias «*se entenderá efectuada sin perjuicio de las competencias que pudieran corresponder al Estado en virtud de otros títulos previstos en la Constitución*». Como es habitual en este tipo de conflictos se acude a la legendaria STC 13/1992 en la que se recoge el principio de que «*la legitimidad constitucional del régimen normativo y de gestión de las subvenciones fijado por el Estado depende de las competencias que el Estado posea en la materia de que se trate*», ya que «*la subvención no es un concepto que delimite competencias*». La competencia material objeto del conflicto es la *asistencia social*; esta noción no está precisada en el texto constitucional; atendiendo a las pautas de algunos instrumentos internacionales como la Carta social europea, hemos considerado que la asistencia social «*abarca una técnica de protección situada extramuros del Sistema de Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta*» (SSTC 79/1986; 146/1986; 239/2002; 178/2011 y 36/2012). El examen del Real Decreto permite confirmar que las ayudas objeto de la controversia se integran sin dificultad en el ámbito de la *asistencia social*; ésta figura en el art. 148.1.20 CE y es por tanto competencia posible de las Comunidades Autónomas, que en nuestro caso ha sido efectivamente asumida por la CACL con carácter exclusivo, en los términos previstos en el citado art. 70.1.10 del vigente EACL. El resto del argumentario del TC sigue la tesis de la STC 13/1992 y

de las más recientes decisiones sobre caso similares, entre las que se encuentran varias de las que venimos comentando. En lo que se refiere al alcance del fallo, no se hace comentario alguno acerca de la vulneración del principio de *lealtad constitucional* atendiendo a lo solicitado en el texto de la demanda, que se concreta en la anulación de la disposición y a la declaración de la competencia autonómica para el *abono directo* de la subvención, y teniendo en cuenta que, como ya se ha declarado en otros casos (SSTC 75/1989; 13/1992; 79/1992; 186/1999 y 38/2012, entre otras) la disposición impugnada ya ha agotado sus efectos y se podría afectar a situaciones jurídicas consolidadas, la pretensión de la Junta de Castilla y León ha de estimarse satisfecha mediante la declaración de la titularidad de la competencia controvertida, sin necesidad de que haya de procederse a la anulación de los preceptos correspondientes.

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** 76/1986; 146/1986; 75/1989; 13/1992; 79/1992; 195/1998; 186/1999; 239/2002; 44/2007; 1/2011; 178/2011; 194/2011; 36/2012; 38/2012.

**FALLO:** En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar el conflicto positivo de competencia formulado y declarar que corresponde a la Junta de Castilla y León la titularidad de la competencia controvertida.

**9. Sentencia 24/2013, de 31 de enero de 2013 (BOE de 26 de febrero). Ponente: Pérez de los Cobos Orihuel (Conflicto positivo de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** Arts. . 9.2; 27; 149.1.30  
**otros:** 131.3.c) EAC

**Objeto:** Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria.

**Materias:** El Gobierno de la Generalitat de Cataluña considera que determinados preceptos de esta norma reglamentaria resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias pues estima que, conforme al art. 149.1.30 CE y a las previsiones del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la regulación estatal contenida en los apartados 7 y 8 del art. 14, la disposición adicional primera y el anexo III exceden de lo que puede considerarse básico en esta materia invadiendo la competencia de la Generalitat para organizar esta ense-

ñanza, por el contrario la representación del Estado considera que la norma controvertida se limita a establecer las enseñanzas mínimas que conducen a la obtención de un título oficial y dejando cumplido espacio a la Comunidad Autónoma recurrente para el ejercicio de sus competencias. Se reitera por el TC su doctrina acerca de las modificaciones normativas en procesos constitucionales de naturaleza competencial, en el sentido de que la pérdida de objeto del proceso dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma y no puede resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos; lo relevante no es tanto la expulsión de la concreta norma impugnada del ordenamiento cuanto determinar si con esa expulsión ha cesado o no la controversia competencial, toda vez que poner fin a la misma a la luz del orden constitucional de reparto de competencias es el fin último al que sirven tales procesos (STC 148/2012); por ello si la normativa en torno a la cual se trabó el conflicto resulta parcialmente modificada por otra que viene a plantear los mismos problemas competenciales la consecuencia necesaria será la no desaparición del conflicto (STC 133/2012). El TC concluye que la disputa competencial permanece viva en relación con la disposición adicional primera, el anexo III, y el art. 14.7 del Real Decreto 1631/2006, ya que o no han resultado modificados, o la modificación no ha afectado a la cuestión controvertida o se mantiene una redacción muy similar a la impugnada, En cuanto al art. 14.8, también impugnado, cabe señalar que, aunque la nueva regulación ha eliminado la referencia a las materias mínimas que éste contenía, se impone como límite a la competencia autonómica para establecer el currículo de los módulos voluntarios la exigencia de que en el mismo se incluyan los aspectos que resulten imprescindibles para alcanzar las competencias básicas recogidas en el anexo I de este mismo reglamento, motivo por el cual, al imponerse por vía reglamentaria limitaciones, aunque de menor intensidad, a la competencia organizativa de la Comunidad Autónoma en los programas de cualificación profesional inicial, no cabe concluir la pérdida de objeto. Tanto la Generalitat de Cataluña como el Estado coinciden en que la materia afectada por la disposición impugnada es educación; en que el título competencial que asiste al Estado, por ser el más específico, es el contemplado en el art. 149.1.30 CE y, finalmente, en que el art. 131.3 c) EAC atribuye a Cataluña la competencia compartida para establecer los planes de estudio incluida la ordenación curricular, respetando los aspectos esenciales del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza; en relación a las competencias del Estado en materia educativa, afirmamos ya en la STC 55/1985 «[l]a regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales como competencia del Estado, según el art. 149.1.30 de la C.E. supone la reserva al mismo de toda la función normativa en relación con dicho sector y, en segundo lugar, que la competencia estatal en relación con ‘las normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución’ a que se refiere el mismo art. 149.1.30 de la C.E. debe entenderse en el sentido de que corresponde al Estado -en la acepción del mismo que venimos utilizando- la función

de definir los principios normativos y generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en tal art. 27 de la CE.», dos competencias diferenciadas a las retorna a hacer referencia, entre otras, en la STC 111/2012 en los términos siguientes: «el art. 149.1.30 CE atribuye al Estado dos competencias diferenciadas que, de acuerdo con nuestra doctrina, presentan un distinto alcance. En primer lugar le reconoce competencia exclusiva para la '[r]egulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales', mientras que, en su segundo inciso, le asigna competencia sobre las 'normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de los poderes públicos en esta materia'». La primera de esas competencias comprende la de «establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad ex: Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor), así como la de expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado» (STC 42/1981; 122/1989). L.JTC ha establecido que la competencia para dictar las normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE, comprende «[l]a función de definir los principios normativos y generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en tal art. 27 de la C.E.» (STC 77/1985) o, como señala la STC 111/2012, «la competencia para dictar las normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE, que debe entenderse, según hemos afirmado, en el sentido de que incumbe al Estado 'la función de definir los principios normativos y generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en tal art. 27 de la CE' (STC 77/1985)», considera pertinente el TC recordar que el derecho a la educación incorpora un contenido primario de derecho de libertad, a partir del cual se debe entender el mandato prestacional a los poderes públicos encaminado a promover las condiciones para que esa libertad sea real y efectiva ex art. 9.2 CE (SSTC 86/1985 y 337/1994), y que su ejercicio ha de tener lugar en el marco de un sistema educativo cuyos elementos definidores son determinados por los poderes públicos, de modo que la educación constituye una actividad reglada (SSTC 337/1994 y 134/1997); en todo caso, en la configuración de ese sistema educativo han de participar necesariamente los niveles de gobierno estatal y autonómico, de acuerdo con sus competencias; en definitiva, en materia de enseñanza correspond al Estado la alta inspección, las competencias de ordenación general del sistema educativo, la fijación de las enseñanzas mínimas, la regulación de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y el establecimiento de las normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos y la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (STC 330/1993); por su parte, el art. 131.3.c) EAC atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia para establecer los planes de estudio, incluida la ordenación curricular; recordará el TC que la STC 31/2010 declaró inconstitucional el inciso «como prin-

*cípios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto*” del art. 111 EAC, intitulado *competencias compartidas*, toda vez que las bases estatales quedaban reducidas «[a] los ‘principios o mínimo común normativo’ fijados por el Estado ‘en normas con rango de ley’, cuando es lo cierto que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1990, de 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente). Y ello no como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada.» (STC 31/2010, FJ 60). Esta interpretación conforme a la cual el contenido y alcance de las bases estatales serán siempre, y sólo, las que se desprenden de la Constitución interpretada por este Tribunal, es la que ha de tenerse en cuenta para la resolución de este conflicto competencial. Según la doctrina constitucional los requisitos que debe reunir la legislación para ser considerada básica afectan a los dos aspectos material y formal de la regulación estatal; en tal sentido, entre otras, la STC 14/2004 estableció que «el ámbito de lo básico, desde la perspectiva material, incluye las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material (STC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6, con cita de las SSTC 1/1982, de 28 de enero, 48/1988, de 2 de marzo, 147/1991, de 4 de julio, y 197/1996, de 28 de noviembre).» pero lo básico puede tener mayor o menor intensidad dependiendo del ámbito material sobre el que recaiga y así se afirmó en la STC 222/2006 a cuyo tenor “[e]ste Tribunal ha empleado un concepto de bases que en modo alguno se concreta en el empleo de una técnica uniforme en todos los sectores del Ordenamiento, sino que presupone fórmulas de intensidad y extensión variables en función de las características del ámbito concretamente afectado. Así, hemos reconocido modalidades muy diferentes de lo básico, desde la posibilidad de que el legislador estatal, excepcionalmente ocupe, prácticamente, toda la función normativa al determinar las bases de determinadas submaterias, hasta la legitimidad constitucional de algunos actos administrativos de carácter eminentemente ejecutivo por parte de la Administración General del Estado, así como el empleo de otras modalidades muy diversas (topes máximos, niveles mínimos tramos, e, incluso, bases diferenciadas por territorios, etc.)» Por lo que que se refiere a la perspectiva formal de la normativa básica, “debemos recordar nuestra doctrina, según la cual se deben satisfacer determinados requisitos con el fin de que ‘el cierre del sistema, no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas, como

*norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario al margen de cuál sea su rango o estructura. De manera que a esta perspectiva ‘atiende el principio de ley formal ... en razón a que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará ... una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas. También precisamos que, como excepción a dicho principio de ley formal, el Gobierno puede hacer uso de la potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los preceptos básicos de una materia, cuando resulten, por la competencia de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases’ (STC 98/2001, de 5 de abril, FJ 7, con cita de la STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5).» (STC 14/2004, FJ 11).*

**Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):** 42/1981; 77/1985; 86/1985; 77/1985; 122/1989; 55/1985; 330/1993; 337/1994; 134/1997; 14/2004; 31/2010; 111/2012; 133/2012; 148/2012;

**FALLO:** En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:

Desestimar el presente conflicto positivo de competencia y, en consecuencia, declarar que las competencias controvertidas corresponden al Estado.

*Entre las primeras 100 Sentencias del TC se encuentran 20 conflictos positivos de competencia; 23 recursos de inconstitucionalidad y 7 cuestiones de inconstitucionalidad. Es evidente que era imposible dar noticia pormenorizada de todas ellas.*

*Para que al menos el lector de esta sesión pueda tener noticias de cada una de las Sentencias referidas, citamos al menos aquellas a las que acabamos de hacer referencia:*

*SSTC de 2013: 4; 5; 6; 8; 9; 14; 17; 19; 20; 34; 36; 38; 39; 46; 49; 50; 51; 63; 64; 66; 67; 69 (Recursos de inconstitucionalidad).*

*Cuestiones de inconstitucionalidad: SSTC de 2013: 13; 33; 41; 42; 58; 60; 61.*

*Conflictos de competencia: amén de los que hemos resumido infra, 25; 26; 35; 37; 40; 47; 48; 52; 59; 62; 65; 70; 80.*

# Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

## Tribunal Supremo (\*)

### II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

#### IMPUGNACIÓN DE ACUERDO MUNICIPAL POR CONCEJAL

El plazo de impugnación se ha de computar a partir de la notificación del acuerdo. El voto decisivo del alcalde en quien concurría una causa de abstención, hace que el acto de trámite sea susceptible de impugnación directa.

“En el primer motivo de casación se denuncia que el recurso de alzada ante el Tribunal Administrativo se dedujo fuera de plazo al no haberse respetado el mes para su interposición establecido en el artículo 211.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, ya que dicho plazo, en contra de lo considerado por el Tribunal a *quo*, debe computarse desde la fecha del acuerdo municipal del que discreparon los concejales recurrentes en vía administra-

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

tiva y no desde la notificación a éstos del mismo, según lo ha entendido dicho Tribunal de instancia.

Este primer motivo de casación no puede prosperar porque tal cuestión ha sido resuelta por esta Sala y Sección del Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 7 de febrero de 2007 (recurso de casación 2946/2003) en idéntico sentido a como la ha decidido la Sala sentenciadora, al declarar que la notificación del acuerdo a los concejales discrepantes implica que el cómputo para su impugnación deba efectuarse a partir de dicha notificación y no desde la fecha de su adopción por la Corporación municipal, criterio que se había mantenido también por esta Sala (Sección Cuarta) en su Sentencia de fecha 3 de julio de 2006 (recurso de casación 9620/2003 ), y ello, entre otras razones, porque, como con absoluta lógica apunta la Sala de instancia, « *el acto realmente impugnado, con su correspondiente y extensa motivación, viene contenido en la notificación... y no durante el desarrollo del pleno del ayuntamiento*».

En el segundo motivo de casación se achaca a la Sala de instancia la vulneración de lo establecido en los artículos 25 de la Ley de esta Jurisdicción por remisión al mismo del artículo 333.1 B) de la Ley foral de Administración Local, de manera que el acuerdo impugnado no era susceptible de recurso contencioso-administrativo al constituir un acto de trámite por tratarse de la aprobación provisional de la Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento municipales en el ámbito del suelo urbanizable industrial.

Este motivo de casación tampoco puede prosperar porque, si bien la aprobación provisional de un instrumento de ordenación urbanística constituye un acto de trámite dentro del procedimiento en su conjunto, lo cierto es que, al ser el vicio denunciado directamente achacable al acuerdo municipal de aprobación provisional por tratarse de la concurrencia de una causa de abstención en uno de los miembros de la Corporación municipal, concretamente el alcalde, que con su voto conformó, de forma decisiva, la voluntad mayoritaria del ente local, nos encontramos ante las excepciones previstas en el referido artículo 25.1 de la Ley de esta Jurisdicción para considerar impugnabile en sede jurisdiccional el referido acuerdo municipal, que viciaría de nulidad radical el resto de la tramitación del procedimiento y la aprobación definitiva que eventualmente pudiese recaer”.

*(STS de 18 de diciembre de 2013. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 1º y 2º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate)*

(ROJ: STS 6474/2013. N° Recurso: 1557/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## IV. BIENES PÚBLICOS

### INFORMES DETERMINANTES

El RDL 2/2008 por el que se aprueba el TR de la Ley del Suelo (artículo 15.3) establece que los informes de la Administración hidrológica, sobre la existencia de recursos hídricos necesarios y sobre protección del dominio público hidráulico, son determinantes.

“De cualquier forma, en relación con ese carácter “determinante”, que no formal y explícitamente vinculante, del informe al que se refiere este precepto, hemos de decir: 1º) que partiendo de la base de que determinar es “fijar los términos de algo”, si el legislador atribuye a un informe el carácter de determinante, es porque le quiere atribuir un valor reforzado. En palabras de la sentencia de esta Sala y Sección de 8 de marzo de 2010 (recurso de casación nº 771/2006), se trata de informes “necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar. Precisamente por tratarse de informes que revisten una singular relevancia en cuanto a la configuración del contenido de la decisión, es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes”. Desde esta perspectiva, por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, si que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo; y 2º) más aún, la posibilidad de apartarse motivadamente de esos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de competencia de la Autoridad que resuelve el expediente en cuyo seno ese informe estatal se ha evacuado. Esto es, un hipotético apartamiento del informe sobre suficiencia de recursos hídricos sólo puede sustentarse en consideraciones propias del legítimo ámbito de actuación y competencia del órgano decisor (autonómico en este caso) y no puede basarse en consideraciones que excedan de ese ámbito e invadan lo que sólo a la Administración del Estado y los órganos que en ella se insertan corresponde valorar, pues no está en manos de las Comunidades Autónomas disponer de la competencia exclusiva estatal. Por eso, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante.

Desde esta perspectiva, el artículo 15.3 da la Ley de Suelo estatal concuerda con la precitada disposición adicional 2ª, 4ª, de la Ley estatal 13/2003, pues lo que uno y otro precepto vienen a establecer, en definitiva, y en cuanto ahora interesa, es el carácter no ya determinante sino

incluso vinculante del informe estatal, por más que no en todos sus extremos y consideraciones (es decir, de forma omnicomprendiva), sino en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado”

(STS de 16 de enero de 2014. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 5. Magistrado Ponente Sr. De Oro Pulido López).

(ROJ: STS 110/2014. N° Recurso: 1402/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES

### TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Se expone la doctrina acerca de la incongruencia omisiva y los supuestos en que ésta presenta relevancia constitucional.

Dada la similitud de ambos motivos, hemos de contestar a ambos de forma conjunta. Para ello, comenzaremos recordando los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales en relación con la incongruencia omisiva, que es el vicio que, desde una doble perspectiva, se imputa a la sentencia de instancia.

Sintetizando la doctrina establecida en la STC 8/2004, de 9 de febrero, podemos obtener las siguientes conclusiones:

1º. Que la incongruencia omisiva *“sólo tiene relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia”*.

2º. *Que existe un mecanismo para llevar a cabo la comprobación de la expresada denegación, ya que la misma “se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes; sin que quepa la verificación de la lógica de los argumentos empleados por el Juzgador para fundamentar su fallo (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo. FJ 4)”*.

3º. Que es doctrina consolidada *‘que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del-derecho a la tutela efectiva’* [desde la temprana STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2, hasta las más próximas SSTC 158/2000, de 12 de junio, FJ 2; 309/2000, de 18 de diciembre, FJ 6; 82/2001, de 26 de mayo, FJ 4; 205/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3]; y también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias Ruiz Torija c. España e Hiro Balani c. España, de 9 de diciembre de 1994)].

4º. Que *“tales supuestos no pueden resolverse de manera genérica, sino que es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno (SSTC 1/2001, de 15 de enero, Fj 4 ; 5/2001, de 15 de enero, Fj 4), y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el art. 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva”*.

5º. Que *“para ello debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Respecto de las alegaciones, y salvo que se trate de la invocación de un derecho fundamental (STC 189/2001, de 24 de septiembre, Fj 1), puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Respecto de las pretensiones, en cambio, le exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, STC 85/2000, de 27 de marzo, Fj 3)”*. Y,

6º. Que tratándose la congruencia de una categoría legal y doctrinal, *“la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del art. 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables, alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia ( STC 169/2002, de 30 de septiembre, Fj 2)”*.

Situándonos en el ámbito que nos compete, el artículo 33 de la LRJCA establece que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos o alegaciones deducidos para fundamentar el recurso y la oposición, imponiendo, para comprobar la concurrencia del requisito de congruencia, la comparación de la decisión judicial con las pretensiones y con las alegaciones, aunque éstas deben entenderse como motivos del recurso y no como argumentos jurídicos.

En este sentido, la STS de esta Sala de fecha 5 de noviembre de 1992, ya señaló los criterios para apreciar la congruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y, que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. En consecuencia, se decía: *“argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que*

*éste no solamente se pronuncie sobre la pretensiones, sino que requiere que lo haga sobre la base de los motivos, de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor, cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso”.*

Por otra parte el artículo 67 de la misma LRJCA establece que la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso; precepto que tiene un claro paralelismo con el precepto citado como infringido (artículo 213 LEC), aunque los artículos 33.2 y 65.2 de la LRJCA –que tienden a conceder una cierta libertad al juzgador para motivar su decisión– siempre exigen que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para: salvaguardar los principios de contradicción y congruencia.

En esta línea, el Tribunal Constitucional, desde su clásica STC 20/1982, de 5 de mayo, viene considerando que el vicio de incongruencia, en sus distintas modalidades, como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más, menos, o cosa distinta de lo pedido, y que puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal”

*(STS de 12 de diciembre de 2013. Sala 3ª, Secc 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde)*

ROJ: STS 6473/2013. Nº Recurso: 424/2011, <http://www.poderjudicial.es>)

### XIII. FUENTES

#### PLANES DE URBANISMO

No es posible subsanar, enmendar o convalidar un plan nulo

*Ciertamente cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación, que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conser-*

*varse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse proporcionado.*

*Las razones que seguidamente exponemos avalan esta conclusión.*

*La sentencia que se trata de ejecutar mediante los acuerdos impugnados en la instancia, declara la nulidad de “aquellas determinaciones que suponen la desclasificación de terrenos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección” en determinados ámbitos que relaciona y que fueron alterados en casación.*

*De modo que se ha declarado la nulidad de una disposición de carácter general, de una norma de rango reglamentario, pues tal es la naturaleza de los planes de urbanismo, según venimos declarando desde antiguo, pues “el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa - sentencias de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990, 22 de mayo de 1991, etc.”, por todas, STS de 9 de julio de 1991 (recurso de apelación nº 478/1989).*

*Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Y en el caso examinado basta la lectura de la Sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal.*

*Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen “ex tunc”, desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados. Tampoco advertimos razones para perfilar o ajustar tales efectos, pues la naturaleza del vicio de nulidad apreciado -la desclasificación de terrenos no urbanizables de especial protección que pasan a urbanizables sin justificación en la memoria-, el menoscabo para los derechos de los ciudadanos ante la imposibilidad de cuestionar ese contenido durante la sustanciación del procedimiento de elaboración de la norma, y fundamentalmente los siempre sensibles bienes ambientales concernidos en ese cambio de la clase de suelo, avalan la improcedencia de modular el evidente y contundente alcance de la nulidad plena.*

*Es cierto que la sentencia no declara la nulidad de todo el plan general, sino sólo de algunas determinaciones urbanísticas, de algunas de sus normas, pero esta circunstancia, a que se refiere el auto recurrido, no altera ni priva del carácter de nulidad plena de aquellas que han resultado afectadas por dicho pronunciamiento judicial. La nulidad es de una parte del plan, pero esa parte es nula de pleno derecho, con los efectos propios de esta categoría de invalidez. De modo que no puede sostenerse con éxito que cuando se declara nula una parte de un texto normativo, y no en su integridad, se diluyan o mermen los efectos de esa nulidad plena.*

*Además se obvia someter a información pública, a pesar de lo indicado en el auto de 10 de enero de 2012, el expediente según señala el Ayuntamiento de Madrid, en la pá-*

gina 23 de su escrito de oposición, por considerar que dicho trámite solo es exigible cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en la documentación del plan” y en este caso las modificaciones no lo eran, a juicio de la Administración. Quiere ello decir, en definitiva que las determinaciones del plan no han podido ser cuestionadas a la vista de la justificación contenida en la memoria.

La misma naturaleza normativa de las determinaciones del plan, declaradas nulas, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación a que se refieren los actos administrativos impugnados en la instancia y la sentencia recurrida. En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los “actos y trámites” y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen “las actuaciones”. Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma Ley se refiere a los “actos anulables”, permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan. Y las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hace inviable la “aplicación analógica del artículo 66” de la Ley 30/1992 que se realiza en el auto recurrido (razonamiento tercero), que produciría no pocas distorsiones en el sistema.

Respecto de la convalidación de disposiciones generales hemos declarado, al aplicar el artículo 67 de la Ley 30/1992, que no procede respecto de los planes de urbanismo porque «En primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto de los cuales carece de fundamentación la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...), (STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación n° 2463/2006).

Igualmente, sobre la conservación y convalidación, hemos señalado que «no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística, dado que se trata de disposiciones de carácter general y la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma Ley. (...) Esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de fechas 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (recurso de casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (recurso de casación 2072/2007), ha declarado que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a los reglamentos, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma Ley, según el cual los defectos formales en el trámite para la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es un Plan General, tienen carácter sustancial y su deficiencia aca-

rrea su nulidad de pleno derecho» (STS de 31 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación n° 1221/2009).

*La retroactividad de los actos invocada por la Administración para salvar los trámites del procedimiento de elaboración de la disposición general, incluida la aprobación definitiva, no encuentra amparo en la retroactividad que cita el artículo 67.2 de la Ley 30/1992, pues la elaboración de un complemento de la memoria para justificar ahora lo que se debió de justificar al elaborar el plan y cuya ausencia acarreó su nulidad, no puede alterar los efectos de la nulidad plena declarada judicialmente. No puede, en definitiva, servir de cobertura para conservar el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria, incluida su aprobación definitiva, tras la nulidad declarada por sentencia firme de sus normas, la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos. En otras palabras, al socaire de un acto administrativo posterior, de complemento de la memoria, no puede sanarse una nulidad plena que, por la propia naturaleza y caracterización de este tipo de invalidez, no admite subsanación o conservación. Recordemos, en fin, que esa eficacia “ex tunc” antes mentada, impide introducir una justificación sobre el cambio de clasificación que provocó su nulidad y que ahora se pretende enmendar, para evitar, en definitiva, el rigor de los efectos de la nulidad propios de la nulidad plena.*

*Quizá se parte, en las resoluciones impugnadas en la instancia, de una premisa inexacta como es considerar que la falta de justificación en ese cambio de clasificación urbanística es un mero defecto formal que puede subsanarse “a posteriori” tras la nulidad declarada judicialmente.*

*Conviene reparar a estos efectos que esa carencia reviste un carácter esencial y sustantivo pues afecta a la comprensión e impugnación del propio cambio normativo. Y sabido es que los trámites tienen un carácter medial o instrumental al servicio de una finalidad que en este caso, insistimos, se conecta con las garantías del ciudadano y la relevancia del medio ambiente, atendida la naturaleza del cambio de clasificación realizado.*

*No resulta preciso insistir, en este sentido, en la importancia, trascendencia y garantía que para los ciudadanos tiene la justificación expresada en la memoria del plan, para dar sentido a las determinaciones urbanísticas que introduce o modifica el planificador, como sucede con el cambio de clasificación de suelo no urbanizable de especial protección a suelo urbanizable. Únicamente puede combatirse aquello que se conoce y cuando se comprenden las razones por las que se realiza tal innovación. Y con mayor intensidad si ello tiene repercusión significativa sobre el medio ambiente.*

*Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de estas, al tratarse de una nulidad “ad initio”.*

*La solución contraria a la expuesta, que se postula en la sentencia que se impugna, además de infringir lo dispuesto en los artículos 9.3 , 24 y 118 de la CE, 18.1 y 2 de la LOPJ, 72.2 y 103.4 de la LJCA y 62.2 y 65 a 67 de la Ley 30/1992 , cuya infracción se aduce en esta casación, pretende hacer tabla rasa sobre la diferencias entre la nulidad plena y la mera anulabilidad.*

*Lo anterior nos conduce, por tanto, a la estimación de los motivos invocados y a declarar que ha lugar al recurso de casación. También procede estimar el recurso contencioso administrativo contra los actos administrativos relacionados en el primer fundamento (...).*»

Las razones que acabamos de transcribir [que también pueden verse en la sentencia, fechada asimismo el 28 de septiembre de 2012 y dictada en el recurso de casación 2092/2011 , aunque en ella se añaden otras consideraciones específicamente referidas a la impugnación dirigida contra los autos dictados por la Sala de instancia en ejecución de sentencia] son enteramente trasladables al caso que nos ocupa, pues la fundamentación de las sentencias recurridas es la misma en ambos casos y es también coincidente la argumentación desplegada por la representación de D. Borja en la formulación de ambos recursos de casación”.

*(STS de 13 de diciembre de 2013. Sala 3ª, Secc. 5ª, F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas)*

(ROJ: STS 6010/2013. N° Recurso: 1003/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El TS recuerda las exigencias formales y naturaleza de este recurso excepcional y subsidiario

“Esta Sala en innumerables ocasiones se ha pronunciado sobre la naturaleza y exigencias formales necesarias para la viabilidad del recurso de casación para unificación de doctrina, por todas citaremos la Sentencia de 24 de Julio de 2.013 (Rec. Unif. Doctrina 4538/2012) donde decimos: “Suscitado el debate en la forma expuesta es necesario hacer referencia a las exigencias formales de este recurso de casación para la unificación de doctrina que, como hemos declarado reiteradamente -por todas, sentencia de esta Sala de 24 de julio de 2012, dictada en el recurso 1112/2012-, se configura como un recurso excepcional y subsidiario res-

pecto del de casación propiamente dicho, que tiene por finalidad corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero sólo en cuanto constituyan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino “sólo” cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas. No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir.

Esa configuración legal del recurso de casación para la unificación de doctrina determina la exigencia de que en su escrito de formalización se razone y relacione de manera precisa y circunstanciada las identidades que determinan la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia, como determina el artículo 97 de la Ley Jurisdiccional. Por ello, como señala la sentencia de 20 de abril de 2004, “la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de sujetos, “fundamentos y pretensiones. No cabe, en consecuencia, apreciar dicha identidad sobre la base de la doctrina sentada en las mismas sobre supuestos de hecho distintos, entre sujetos diferentes o en aplicación de normas distintas del ordenamiento jurídico.

Si se admitiera la contradicción con esta amplitud, el recurso de casación para la unificación de doctrina del recurso de casación ordinario por infracción de la jurisprudencia cuando se invocara la contradicción con sentencias del Tribunal Supremo. No se trata de denunciar el que-

brantamiento de la doctrina, siquiera reiterada, sentada por el Tribunal de casación, sino de demostrar la contradicción entre dos soluciones jurídicas recaídas en un supuesto idéntico no sólo en los aspectos doctrinales o en la materia considerada, sino también en los sujetos que promovieron la pretensión y en los elementos de hecho y de Derecho que integran el presupuesto y el fundamento de esta. Debe, pues, apreciarse una incompatibilidad lógica entre ambos pronunciamientos sin margen alguno de interpretación de normas diversas, de aplicación de las mismas sobre supuestos de hecho distintos o de diferente valoración de las pruebas que permita, independientemente del acierto de uno u otro pronunciamiento, justificar a priori la divergencia en la solución adoptada”.

Y es que, *como dice la sentencia* de esta Sala de 26 de diciembre de 2000, la contradicción entre las sentencias contrastadas ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a Derecho. Esta situación no presenta analogía alguna con la de sentencias diferentes, pese a la identidad de planteamientos normativos o de hecho entre ambas, en función del resultado probatorio que haya podido apreciarse en unas u otras.

Teniendo en cuenta lo expuesto no está “de más reseñar las peculiaridades que las exigencias mencionadas comportan en supuestos en los que, como el presente, se impugnan acuerdos de valoración en procedimientos de expropiación forzosa, porque como se declara en la sentencia de 13 de septiembre de 2011 -recurso 319/2840-, “en materia de expropiación forzosa datos como la localización del terreno expropiado, la situación urbanística del mismo y las características del proyecto que legitima la expropiación -entre otros- son de crucial importancia para la determinación del justiprecio, de donde se sigue que entre asuntos relativos a operaciones expropiatorias diferentes no cabe normalmente apreciar la identidad de hechos exigida por el art. 96 LJCA para que prospere el recurso de casación para la unificación de doctrina. No es ocioso recordar que éste no tiene como finalidad salvaguardar la uniforme aplicación de criterios de interpretación normativa o de la jurisprudencia, sino más modestamente impedir que casos efectivamente iguales reciban soluciones distintas.”

*(STS de 10 de enero de 2014. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 4º. Magistrada Ponente Sra. Robles Fernández)*

(ROJ: STS 135/2014. N° Recurso: 1004/2013. <http://www.poderjudicial.es>)

## XVI. MEDIO AMBIENTE

### SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN ESPECIAL

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura y confirma la nulidad del Decreto 55/2007 por el que se aprobó el Proyecto de Interés Regional, consistente en la recalificación y ordenación de terrenos situados en el embalse de Valdecañas, con destino a la construcción de un Complejo Turístico, de Salud, Paisajístico y de Servicios, en la provincia de Cáceres.

“En contra de lo que aducen los recurrentes, la jurisprudencia que interpreta y aplica la normativa estatal de carácter básico ( artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril ), puesta en relación con las normativa comunitaria europea sobre protección ambiental, deja claramente establecido que cuando unos terrenos están sujetos algún régimen especial de protección sectorial, lo mismo que cuando concurren en ellos valores de los que la legislación urbanística considera merecedores de protección, resulta preceptiva su exclusión del desarrollo urbano y su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección.

Una jurisprudencia muy consolidada viene declarando que el artículo 9.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril -incluso en el periodo en el que estuvo suprimido de dicho precepto el inciso “... *así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano*- otorga a la Administración autora del planeamiento un margen de discrecionalidad para clasificar el terreno como suelo no urbanizable a fin de excluirlo del proceso urbanizador. Ello, claro es, sin perjuicio de que el ejercicio que haga la Administración de ese margen de discrecionalidad queda siempre sujeto al control jurisdiccional. Pueden verse en este sentido, entre otras muchas, nuestras sentencias de 11 de mayo de 2007 (casación 7007/03), 21 de julio de 2008 (casación 5380/04), 1 de junio de 2009 (casación 895/05), 2 de noviembre de 2009 (casación 3946/05), 25 de marzo de 2010 (casación 5635/06), 16 de diciembre de 2010 (casación 5517/07), 22 de marzo de 2011 (casación 5516/07), 26 de abril de 2011 (casación 2252/07) y 22 de julio de 2011 (casación 4250/07). Dicho de otro modo, se reconoce a la Administración un amplio margen de discrecionalidad a la hora de decidir que un terreno que anteriormente estuviese clasificado como suelo no urbanizable común pase a tener la clasificación de urbanizable a fin de hacer posible su incorporación al proceso urbanizador.

Las cosas son distintas cuando concurren circunstancias o están presentes valores que hacen procedente y preceptiva la clasificación del terreno como suelo no urbanizable. El caso más claro, aunque no el único, es el

de los terrenos sujetos a algún régimen de especial protección, conforme a lo previsto en el artículo 9.1 de la Ley 6/1998. A este supuesto se refiere la sentencia de esta Sala de 3 de julio de 2009 (casación 909/2005) de la que reproducimos las siguientes consideraciones:

*«(...) Esta clasificación establecida en el artículo 9.1ª de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones aplicable al caso y al margen de su modificación (como antes lo hicieron los artículos 80 b/ de la Ley del Suelo de 1976, 24 b/ del Reglamento de Planeamiento, 12 de la Ley del Suelo de 1992) viene reservada para aquellos terrenos en los que concurren una serie de valores a proteger tales como, por lo que hace a este caso, los paisajísticos, u otros como los históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales. De manera que esta decisión inicial del planificador de clasificar las áreas de (...) como suelo no urbanizable de especial protección es una decisión reglada, impuesta legalmente cuando concurren los valores que relaciona el precepto citado, pues en el mismo se dispone que “tendrán la condición de suelo no urbanizable (...) los terrenos en que concorra alguna de las siguientes circunstancias”. El planificador al tiempo de clasificar el suelo, por tanto, no se encuentra ante el dilema de clasificar la zona como suelo no urbanizable protegido o suelo urbanizable ordinario o común, sino que no existe elección alguna porque si concurren los valores paisajísticos forzosamente ha de clasificarse el suelo afectado como no urbanizable de especial protección, como sucedió con el ahora examinado.*

*En este sentido esta Sala ha declarado que las normas jurídicas que regulan esa clase de suelo no pueden interpretarse “en el sentido de que el planificador disponga de una opción entre dos decisiones igualmente justas cuando se enfrenta a esa cuestión de clasificar un suelo, o no, como no urbanizable protegido, sino en el sentido de que tal clasificación es obligada, reglada, tanto si el suelo de que se trata está incluido en el ámbito de aplicación de normas o legislación específica que lo sometan a un régimen de protección incompatible con su transformación urbanística, como si, pese a no estarlo, concurren en él, y con el grado de intensidad requerido, los valores a los que sucesivamente se han ido refiriendo aquellos artículos” ( STS de 27 de febrero de 2007 recaída en el recurso de casación nº 3865/2003 en la que aparece subrayado el texto que hemos transcrito)».*

Estos mismos razonamientos aparecen reiterados en nuestra sentencia de 12 de febrero de 2010 (casación 365/06 ), en la que se recuerda, además, que el mencionado artículo 9.1 tiene el carácter de norma básica según la disposición final única de la propia Ley 6/1998, de 13 de abril.

Por tanto, en el esquema de la normativa estatal básica, interpretada por la jurisprudencia en los términos que acabamos de exponer, no hay duda de que la clasificación del terreno como suelo no urbanizable tiene carácter reglado cuando concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 9.1 de la Ley 6/1998 (es decir, cuando se trate de terrenos “ que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial

o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público”). Pues bien, la inclusión de los terrenos, de acuerdo con la normativa comunitaria europea, en una Zona de Especial Protección de las Aves (ZEPA) o en el ámbito de un Lugar de Interés Comunitario (LIC) y su afección a la Red Natura 2000 comporta la sujeción de esos terrenos a unos regímenes de protección que, de conformidad con el artículo 9.1 de la Ley 6/1998 que estamos examinando, determina que sea preceptiva su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección. Sobre esta conexión o vinculación entre afección a la Red Natura 2000 y la clasificación como suelo no urbanizable de especial protección pueden verse, entre otras, nuestras sentencias de 20 de mayo de 2011 (casación 3865/2007) y 20 de octubre de 2011 (casación 5145/2007). En fin, aunque no es de aplicación a este caso por razones temporales, parece oportuno también que el artículo 13.4 del Texto Refundido de la Ley del suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (ahora, artículo 8.4, tras la modificación del citado texto refundido operado por la disposición final duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), si bien no se expresa ya en términos de clasificación urbanística, mantiene ese principio de necesaria preservación de los valores ambientales que sean objeto de protección y de respeto a la delimitación de los espacios naturales protegidos o espacios incluidos en la Red Natura 2000.

Pero, además, la clasificación reglada o *ex lege* del suelo no urbanizable no opera únicamente respecto de aquellos terrenos a los que se refiere el artículo 9.1 de la Ley 6/1998, esto es, los que están sujetos a algún régimen de protección especial. Como señala la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 2010 (casación 5335/06), aun no concurriendo esa sujeción formal a un régimen de especial protección también es procedente la consideración de los terrenos como suelo no urbanizable cuando tal clasificación sea necesaria para salvaguardar aquellos valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales a los que alude el artículo 9.1 (artículo 9.2 de la Ley 6/1998, primer inciso). En este caso la consideración de suelo no urbanizable no será una consecuencia directa y automática derivada del hecho de estar sujeto el terreno a un régimen especial de protección -supuesto del artículo 9.1- sino que requerirá una ponderación de los valores y circunstancias concurrentes, lo que inevitablemente comporta un cierto margen de apreciación; pero la clasificación como suelo no urbanizable no es aquí discrecional sino reglada, de modo que, si se constata que concurren tales valores, será preceptivo asignar al terreno tal clasificación.

En fin, como tuvimos ocasión de recordar en dos sentencias dictadas por esta Sala con fecha 8 de abril de 2013 (recursos de casación 7031/2009 y 4378/2010), en ese esquema establecido en la normativa estatal -que dado su carácter de norma básica es de obligada observancia- deben encontrar acomodo las diversas categorías de suelo no urbanizable que contemple la legislación urbanística (autonómica), aunque ésta utilice una sistemática distinta a la de aquella -se referían las dos sentencias a la legislación urbanística andaluza-y presente entremezclados, como si fueran equivalentes, supuestos en los que la clasificación de suelo no urbanizable es reglada (no urbanizable de especial protección) junto a otros en los que es discrecional (no urbanizable común).

Por todo ello, y siendo la sentencia recurrida enteramente respetuosa con los preceptos y la jurisprudencia que acabamos de reseñar, los cuatro motivos de casación a que se refiere este apartado deben ser desestimados”

*(STS de 29 de enero de 2014: Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 9º Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas)*

(ROJ: STS 189/2014. Nº Recurso: 2419/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XVII. ORGANIZACIÓN

Se reiteran en esta Sentencia los argumentos utilizados por otras tantas sentencias del TS dictadas a lo largo del año 2013. en relación con la previsión estatutaria de integración de personal en las nuevas Agencias Andaluzas creadas por la Ley 1/2011, de reordenación del sector público de Andalucía.

Para decidir si, como dice la sentencia recurrida, este Decreto 92/2011 ha infringido los artículos 14 y 23.2 de la Constitución que garantizan el derecho de acceso a las funciones públicas conforme a los principios de igualdad y, según el artículo 103.3, mérito y capacidad, se deben tener presentes los siguientes datos que resultan del expediente y de las actuaciones siguientes.

En primer lugar, que el personal laboral de las sociedades - *Talentia* y *CIT* Andalucía- no cambió su régimen jurídico de personal laboral como consecuencia de lo establecido en la Ley 1/2011 y del Decreto recurrido ni la de condición pública de la entidad empleadora ni el objeto de su actividad, pues la única modificación operada a causa de esas normas fue el régimen de personificación de dicho empleador que pasó de constituir una sociedad de titularidad pública a ser sucedido por una agencia pú-

blica empresarial a la que se asignaron los cometidos de aquéllos. Además, no se debe pasar por alto que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaban los anteriores en sus contratos de trabajo no es una innovación normativa, sino una aplicación de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores) ni que esta última regulación, claramente dirigida a favorecer la estabilidad laboral, no está alejada del designio de pleno empleo que incorpora el artículo 40.1 de la Constitución como principio rector de política social. Asimismo, se debe considerar que la disposición adicional primera del Decreto 92/2011 carece de sustantividad jurídica, pues se limita a cumplir en sus términos la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011. Y que esas disposiciones legal y reglamentaria establecen que el personal laboral que así se integra solamente podrá pasar a la función pública de la Administración General de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos.

Pues bien, estos presupuestos impiden apreciar en la integración combatida por los actores un acceso al empleo público que merezca ser calificado de gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio. No es ilegal porque, por un lado, está amparado en los artículos 3 y 4 y en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011 y, por otro, es coherente con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco es gratuito, arbitrario o injustificadamente discriminatorio, porque pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las sociedades públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida. Y porque la integración no supone ningún plus adicional al *status* laboral que antes poseía el personal integrado, al quedar circunscrita, como ya se ha señalado, a la Agencia que ha sucedido en su actividad a las empresas públicas suprimidas y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración General del Junta de Andalucía.

La conclusión a la que se ha de llegar es que esa integración no puede considerarse contraria al derecho reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución en su vertiente de acceso a la función pública, pues no afecta a los miembros del sindicato recurrente en la instancia que ya son funcionarios de carrera o personal laboral fijo de la Junta da Andalucía. Y tampoco significa, por lo ya dicho, una desigualdad de trato que, por carecer de justificación razonable, merezca la calificación de discriminatoria respecto de los miembros de esa organización sindical que sean funcionarios interinos o personal laboral temporal.

Por lo demás, hemos de añadir que si la Sala de Sevilla no planteó la inconstitucionalidad de la Ley 1/2011, debió desestimar el recurso contencioso-administrativo pues, limitándose el Decreto 92/2011 a su estricto cumplimiento y no teniendo duda de la constitucionalidad de aquélla, el Decreto tampoco podía infringir los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

Sentado, pues, que la integración no es contraria a las exigencias que para el acceso a las funciones y cargos públicos establecen los artículos 14 y 23 de la Constitución, el litigio se desplaza a decidir si las normas legales y la disposición reglamentaria que nos ocupan inciden en el derecho de los miembros del sindicato recurrente a la promoción profesional o, más en concreto, en su eventual derecho a la provisión de los puestos que estarían vacantes en la Agencia de no ser ocupados por quienes proceden de *Talentia* o de CIT Andalucía si la integración de este último personal en esa nueva Agencia fuera contraria al ordenamiento jurídico.

En este punto, hemos de reiterar cuanto venimos diciendo desde nuestra anterior sentencia de 21 de enero de 2013 (casación 6191/2011). El derecho del que se trata, ciertamente, es de configuración legal, y a ella contribuye la Ley 1/2011 que, como ya sabemos, el Decreto 92/2011 se limita a cumplir en sus términos. Y esta configuración, tratándose no ya del acceso a la función pública sino del desarrollo de la carrera administrativa, permite mayores márgenes a la Administración a la hora de organizar la forma de provisión de los puestos de trabajo. En este sentido, la solución seguida por el legislador andaluz no suscita dudas de constitucionalidad porque se mueve dentro de ese espacio y lo hace, además, ateniéndose, sin variarla, a la situación existente. Es decir, manteniendo en la condición laboral que ya tenía al personal de *Talentia* y de CIT Andalucía con la única diferencia de que ahora pasa a serlo de la Agencia. Así, quienes eran empleados de unas sociedades de titularidad pública siguen siéndolo ahora de la Agencia Andaluza del Conocimiento, sin que como consecuencia de la integración discutida pasen a formar parte de la función pública ni del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

En fin, de nuevo hemos de insistir en lo que ya razonamos en nuestra anterior sentencia de 21 de enero de 2013 (casación 6191/2011), al asumir la tesis del Ministerio Fiscal de que la integración dispuesta por la disposición adicional segunda del Decreto en aquel proceso enjuiciado –idéntica a la primera del Decreto 92/2011– en estricto cumplimiento de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, no produce por sí ninguna lesión concreta y actual de ese derecho a la promoción profesional de los actores en la instancia. No la produce porque no se integra en el sector público a quienes no lo estuvieran ya. Y tampoco la integración im-

plica una actuación dirigida a sustraer a funcionarios o personal laboral de otros entes públicos de la Junta de Andalucía puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar. Por tanto, descartadas las lesiones al principio de igualdad y al derecho de los actores a acceder y permanecer promocionándose profesionalmente en el empleo público, en razón de cuanto hemos dicho, debemos anular la sentencia impugnada y, a la hora de resolver el recurso contencioso-administrativo, conforme nos exige el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, hemos de desestimarla”.

*(STS de 30 de diciembre de 2013. Sala 3ª, Secc. 7ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva)*

(ROJ: STS 6372/2013. N° Recurso: 3355/2012. <http://www.poderjudicial.es>)

## XX. RESPONSABILIDAD

### DAÑOS CAUSADOS POR ACTO ADMINISTRATIVO ANULADO

El plazo de prescripción de la reclamación se ha de computar a partir de la fecha de dictarse la sentencia definitiva.

“Analizaremos en primer lugar el recurso interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Valencia, ello por cuanto que si apreciamos la prescripción de la acción indemnizatoria huelga toda consideración sobre el recurso interpuesto por parte de doña Jacinta y don Gonzalo, doña Victoria, del Colegio María Iciar y de la mercantil Gabival 2001 S.L., y que es subsidiario del anterior en cuanto que persigue la efectiva declaración del derecho a la indemnización y su cuantía. En dicho recurso se plantean dos cuestiones en forma conjunta y en el mismo motivo casacional: 1ª) efectiva concurrencia de la prescripción de la acción declarada en vía administrativa, con vulneración del artículo 142.5 de la Ley 30/1992; 2ª) vulneración de los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica.

*La primera cuestión* se centra en determinar cuál sea el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial.

La sentencia de la Sala Territorial afirma que no entraba en juego el párrafo quinto del artículo 142 de la Ley 30/1992, como mantiene la Administración, sino el párrafo 4, y que, por ello, el día inicial es el día 16 de noviembre de 2007, que es la fecha de notificación de la sentencia dic-

tada por la sección cuarta de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo el día 6 de noviembre de 2007 (recurso de casación nº 8725/2009).

En el recurso se mantiene que esta declaración incurre en infracción del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, ello por afirmar que el supuesto de hecho lesivo tuvo lugar en el momento en que la parte interesada tuvo conocimiento del mismo, lo que se produjo cuando la Administración autonómica dejó de pagar el concierto educativo, datando el último pago del 12 de diciembre de 2000, siendo de aplicación el párrafo 5 del artículo 142 de la Ley 30/1992.

Para dar respuesta a esta cuestión hemos de tomar como punto de partida que la resolución administrativa impugnada en la instancia, tal y como dice la Administración en el primer antecedente de hecho de su escrito de recurso de casación, es la que resolvió no admitir a trámite, por extemporánea, la reclamación interpuesta como consecuencia de los daños que a la parte habría causado la Orden de la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia del Gobierno Valenciano de 19 de junio de 2000, al exigirle acreditar, para el cambio de titularidad en un centro de enseñanza concertado, el hecho de estar al corriente en obligaciones ante la Seguridad Social, cuando dicha Orden fue anulada, en ese particular, por la sentencia dictada por la sección cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el día 6 de noviembre de 2007.

Es decir, estamos en un supuesto en el que el acto administrativo supuestamente causante del daño fue anulado en vía judicial y por razones de fondo.

Y este dato es esencial para determinar cuál de las reglas que fija el artículo 142 para el cómputo del plazo de prescripción debe entrar en juego. Efectivamente, tal y como dice la Sala Territorial, si estamos ante una reclamación de responsabilidad por daños causados por un acto administrativo anulado por sentencia judicial, en la determinación del día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no será de aplicación la regla general del párrafo 5 del artículo 142 (fecha de producción del hecho o acto que motiva la indemnización, o de manifestación del efecto lesivo) sino que deberá estarse a la regla especial del párrafo cuarto (fecha de dictarse la sentencia definitiva), pues no en vano hasta ese momento no se pudo conocer en plenitud los aspectos de índole fáctica y jurídica que condicionan el ejercicio de dicha acción.

No concurre, por tanto, la vulneración del artículo 142.5 que se denuncia.

Junto a lo anterior y analizando ya la segunda cuestión planteada por la administración autonómica valenciana, debe decirse que no es posible apreciar vulneración de los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica, que se aducen para justificar el recurso de casación afirmando que

no es correcta la decisión adoptada por la sentencia impugnada en orden a que se tramite el correspondiente procedimiento administrativo para dar respuesta de fondo a la reclamación de responsabilidad patrimonial, y ello por las siguientes razones:

1ª) de un lado, porque cuando se argumenta que no es acertado que se instruya un nuevo procedimiento porque ya estaba prescrito el posible derecho a reclamar, se está afirmando la preexistencia, ya negada, de la prescripción de la acción.

2ª) de otro, porque se apoya en una inexistente cosa juzgada derivada de la sentencia de esta Sala Tercera, sección cuarta, del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2007 . Efectivamente, además de que en el escrito de interposición del recurso de casación no se hace una exposición precisa sobre la concurrencia de las tres necesarias identidades que exige la apreciación de este instituto y, por el contrario, existen datos que permiten mantener que el objeto del recurso entonces resuelto y este son claramente diferentes. En el primer recurso se discutió esencialmente sobre la legalidad o ilegalidad de la Orden autonómica de 19 de junio de 2000 y de la resolución administrativa que desestimo el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 24 de julio de 2000 y, por el contrario, en el recurso origen de estas actuaciones la cuestión central es si procede declarar la responsabilidad patrimonial por daños que habría sufrido la destinataria de aquellos actos administrativos y una vez que su ilegalidad ha sido declarada por la sentencia de 6 de noviembre de 2007. Es cierto que en el primer recurso se había ejercitado también una pretensión de resarcimiento de daños, pero su rechazo no fue debido a la concurrencia o no de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, que es lo que en el segundo se debate, sino porque la Sala consideró que no se había probado la alegada rescisión del concierto educativo.

Por todo ello este el motivo que sustenta el recurso de la administración autonómica valenciana, y el recurso mismo, debe ser desestimado”.

*(STS de 21 de enero de 2014. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 3º Magistrado Ponente Sr. Fonseca-Herrero Raimundo)*

(ROJ: STS 97/2014. N° Recurso 4305/2011. <http://www.poderjudicial.es>)



# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(\*)

## VIII. CULTURA, EDUCACIÓN PATRIMONIO HISTÓRICO. RESIDENCIA DE ESTUDIANTES. LICENCIA MUNICIPAL ARRIENDOS FRAUDULENTOS

La Sentencia apelada entiende que en el piso NN del inmueble sito en CALLE NN nº NUM000 bloque NUM000, se desempeña una actividad que es ampliación de la actividad del piso NUM000 NUM000, y ello en base a las pruebas que obran en el expediente, acta de la inspectora municipal y manifestaciones de los estudiantes que allí viven, sin que se haya destruido la presunción de aquella y estando el acto impugnado suficientemente motivado.

Frente a la Sentencia apelada, se alega la vulneración de la doctrina de los actos propios al no haber apreciado que el Ayuntamiento archivó el expediente sancionador, error en la interpretación de los hechos del expediente administrativo y en la práctica de la prueba, y olvido de la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador.

Se incurre en incongruencia, tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda “incongruencia omisiva o por defecto” como cuando resuelve ultra petita partium (más allá de las peticiones de las partes) sobre pretensiones no formuladas “incongruencia positiva o por exceso”; y, en fin, cuando se pronuncia extra petita partium (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas “incongruencia mixta o por desviación” (entre otras muchas, sentencia del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998).

Según la jurisprudencia (STS Sala 3ª de 5 noviembre 2012) la congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

2000, entre otras muchas). Para ello debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras *alegaciones* aportadas por las partes en defensa de sus *pretensiones* y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor.

La apelante alegaba que al tiempo que la resolución impugnada acuerda suspender la actividad, archivaba el expediente lo que entendía contrario a la doctrina de los actos propios. Ello no pasa de ser una mera alegación de apoyatura a la pretensión de anulación del acto administrativo, por lo que no concurren los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para declarar que la Sentencia incongruente.

El archivo que se acuerda del expediente, tiene como finalidad poner fin al mismo una vez decidida la restauración del orden infringido y culminada con ello la tramitación del expediente, pero ni puede vincular el sentido de esta decisión que ya se ha adoptado previamente, ni con ello se obstaculizaría siquiera el inicio de otro expediente de naturaleza distinta como sería el sancionador.

Con respecto a la valoración de las pruebas practicadas, la Sentencia refiere al acta de 23-11-2004 de la inspectora municipal que “describe detalladamente las circunstancias y condiciones en las que manifiestan estar los estudiantes en el referido piso NUM000 NUM001 “ y también en el informe de 17-12-2004 del Ingeniero técnico industrial que señala el desempeño de la actividad en el piso NUM000 NUM001 sin la preceptiva licencia de apertura.

Es cierto que no figuran en el expediente ni ahora en el proceso se han practicado, testificales de los estudiantes que se dice alojados en el piso NUM000 NUM001 , pero en realidad la referencia de la Sentencia es clara al contenido del acta en el que se reflejan las manifestaciones espontáneas de los mismos, por lo que no ha existido error en la valoración de la prueba sino atribución de fuerza probatoria suficiente a dicha acta concluyendo en la dependencia de los alojamientos de la actividad de residencia universitaria autorizada en el piso primero.

En cuanto a las manifestaciones de vecinos, es cierto que no compareció como testigo ninguno de ellos, pero el procedimiento se inició y cobró impulso por la denuncia de uno de ellos, cuyo contenido dio inicio al expediente, manifestación que ha sido tomada en consideración, sin que el hecho de no haberse ratificado el denunciante pueda inducir a entender que ha habido un error en la valoración de la prueba más cuando no resulta determinante en absoluto del resultado del juicio.

En cuanto a la relación de subarriendo que la Sentencia apelada reconduce al ofrecimiento de alojamientos dependientes de la actividad de re-

sidencia que cuenta con autorización en el piso primero, se dice por el apelante que no ha de estar sujeta a control municipal, pero más allá del contenido formal de los contratos firmados con los subarrendatarios de las habitaciones a los que remite, ha de estarse a la realidad de la actividad realizada y relación que une al Sr. Ovidio con los firmantes de los susodichos contratos, que se extiende no solo a proporcionales habitación en el piso NUM000 NUM001 , sino a ofrecer los servicios que oferta la propia residencia de la planta inferior de tal manera que de hecho la actividad desarrollada en esta se ha extendido al piso NUM000 NUM001 (así se deduce expresamente del escrito del Sr. Ovidio que obra al folio 66 del expediente) y no ha sido desvirtuado el contenido del acta, como podría haberlo sido a través de medios probatorios que no fueron propuestos, sin que como se ha dicho, la existencia formal de los documentos aportados, desvirtúe la realidad constatada por el inspector.

En definitiva no ha existido error en la valoración de la prueba y el segundo motivo de apelación debe ser rechazado.

Por último la cita que efectúa la Sentencia apelada a la Sentencia TC de 26-4-1990 , no convierte en sancionador al procedimiento seguido para evitar el funcionamiento de la actividad de residencia que se ejerce en el piso NUM000 NUM001 ni ha sido así calificado como tal por la Sentencia apelada que debe ser confirmada por ser ajustada a derecho.

Procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ovidio frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Granada dictada en recurso nº 294/05, que se confirma por ser ajustada a derecho.

*St. de 3 de junio de 2013. Sala de Granada. Ponente Beatriz Galindo Sacristán*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Extranjería. Expulsión. Estancia irregular en territorio español. Motivación de la elección de la sanción de expulsión. Valoración de la entrada ilegal y ausencia de documentación. Inexistencia de razones que avalen la elección de la expulsión.

Se interpone el presente recurso de apelación frente la sentencia número 198/08, de fecha 1 de diciembre de 2008, dictada en el recurso contencioso administrativo número 448/2008, procedimiento abreviado, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Cuatro de los de Granada , que desestima la demanda de recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Sabina contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Granada, de 13 de marzo de 2008, que acordó la ex-

pulsión del territorio nacional del actor con la prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo por un período de 5 años.

La parte apelante se alza frente a la sentencia antedicha alegando, en síntesis, lo siguiente:

Falta de motivación de la sentencia que vulnera el principio de proporcionalidad en cuanto a la desestimación de la petición subsidiaria de imposición de multa en lugar de expulsión.

Que en el procedimiento se ha acreditado que se encuentra documentada y con domicilio conocido, así como que cuenta con medios de vida para permanecer y subsistir en nuestro país, lo que es base bastante para que se le imponga la sanción de multa en lugar de la expulsión.

Que además, puesto que puede acreditar su estancia en España durante más de tres años, podría legalizar su situación en base a la situación de arraigo.

El apelado se opone, suplicando se dicte sentencia desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la de instancia, que estima conforme a derecho. Alega que en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta de la interesada o sus circunstancias, y sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora. Y ello ocurre en este caso en que a la permanencia ilegal de la actora se une la circunstancia de que estaba indocumentado y por tanto sin acreditar su identificación y filiación, y además se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español. Que la actora alegó en su demanda que llevaba unos días en España, y no desarrolló en el expediente la menor prueba tendente a acreditar la veracidad sobre su estancia en España.

De la información contenida en el expediente administrativo se deduce con toda claridad que en fecha 8 de febrero de 2008, la recurrente resultó identificada en el Club Star, sito en carretera de Murcia de Baza, resultando indocumentada, momento en el que incurrió en la infracción prevista en el artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre regulación de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en su apartado a) encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. En el Acuerdo de Iniciación del procedimiento sancionador se recoge que no le constan trámites para regularizar su situación en España, carece de domicilio y está totalmente indocumentada, por lo que se ig-

nora cuando y por donde entró en territorio español, no constando otros antecedentes desfavorables.

La cuestión a analizar viene constituida por la alegada no vulneración del principio de proporcionalidad, al haberse acordado la sanción de expulsión en vez de la de multa, dado que en este caso concurren datos negativos que así lo justifican. Al respecto es necesario tener presente, además de los preceptos citados, el artículo 138 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social regula los supuestos en que procede el procedimiento de expulsión, diciendo literalmente: sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el infractor sea extranjero y realice alguna o algunas de las conductas tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los párrafos a), b), c), d) y 0 del artículo 53 de esta ley orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español. Asimismo, constituirá causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Aunque la línea jurisprudencial aducida por el Abogado del Estado venía siendo pacífica y aplicada por este Juzgado, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada ha variado de criterio recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo en diversas sentencias dictadas recientemente en grado de apelación, de las que señalamos las de 14 de mayo de 2012 (número 1.528/2012) o de 6 de febrero de 2012 (recurso 2274/2003). En ambas se dice: la cuestión sometida a debate ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera, de fecha 30 de junio de 2006 (recurso de casación número 5101/2003; ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil), en su fundamento jurídico quinto, con motivo de la aplicación indebida del artículo 57-1 de la Ley Orgánica 4/2000, aducida por el Sr. Abogado del Estado sobre la base de que, del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna, señala que, “en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa

que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 -a), 55-1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español”, e introduce unas previsiones a cuyo tenor “para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia”. De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53 -a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53 -a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal. Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que “podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa”, (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional”.

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de

especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista desprestigiar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo. En efecto: A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora”. En el mismo sentido, las sentencias de la misma Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tres de ellas de fechas 10 de febrero de 2006 (recursos de casación números 2600/2003, 6969/2003 y 6691/2003; ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil) y 21 de abril de 2006 (recurso de casación número 1448/2003; ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil).

Más recientemente, la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Alto Tribunal, de fecha 28 de junio de 2007 (recurso número 10265/2003 ; ponente, Excmo. Sr. D. Mariano de Oro Pulido y López), confirma la citada doctrina y hace exégesis de la normativa sancionadora en materia de extranjería. Así, señala que “la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51- 1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 -a), 55-1- b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a ), b), c), d) y f) del artículo 53 “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español”, e introduce unas previsiones a cuyo tenor “para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerías (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia”.

El mismo Tribunal, empero, en sentencia de fecha 5 de julio de 2007 (recurso de casación número 1060/2004; ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Cáncer Lalanne), matiza que es procedente la sanción de expulsión cuando se trata de un extranjero indocumentado: “consta en el expe-

diente que el actor se encontraba indocumentado y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en el territorio nacional. Esta circunstancia justifica la opción por la sanción de expulsión en vez de por la de multa, según hemos declarado en numerosas sentencias (entre otras, y por citar algunas de las últimas, SSTS de 29 de marzo y 20 de abril de 2007 , RC 788/2004 y 9484/2003 ).

Aplicando esta doctrina al presente caso, del expediente administrativo resulta que la recurrente y apelante carece de antecedentes penales. Fue detenida por la Policía por no hallarse regularmente en territorio nacional y consta empadronada al menos desde el 26 de junio de 2006. No consta más datos negativos que la propia permanencia ilegal y estar indocumentado y desconocerse fecha y lugar de entrada, sin otros antecedentes negativos. Debe decirse, sin embargo, que la Administración no ha fundamentado el porqué de la sanción de expulsión y no de multa. De conformidad con la doctrina jurisprudencial aplicada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, estimar el recurso y sustituir la expulsión por multa de 301 euros.

*St. de 3 de junio de 2013. Sala de Granda. Ponente Antonio de la Oliva Vázquez.*

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

### Expropiación parcial. Indemnización. Criterios de indemnización

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Sevilla, adoptado en sesión celebrada el 30 de septiembre de 2010 y que desestima el recurso de reposición formulado contra el anterior acuerdo de fecha 25 de marzo de 2010, fijando en la cantidad de 62.371,74 € el justiprecio correspondiente a la expropiación de 2.017,93 m<sup>2</sup>, constitución de servidumbre permanente de paso de 2.959,34 m<sup>2</sup> y ocupación temporal de 8.792,03 m<sup>2</sup> correspondientes a la finca enclavada en el paraje conocido como DIRECCION, en el término municipal de Carmona (polígono NUM002, parcela NUM003), acordada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino) para la ejecución del proyecto de “Modernización de la Zona Regable del Bajo Guadalquivir- Balsa para la regulación del canal entre el pk. 27,7000 y el 40,340- Balsa el Rosario”.

El Jurado Provincial de Expropiación valora separadamente los siguien-

tes conceptos: el valor del terreno, correspondiente a los 2.017,93 m<sup>2</sup> sobre los que el expropiado pierde el dominio, a razón de 60.000 €/Ha, justificando en el acuerdo que desestima el recurso de reposición que dicho valor se obtiene partiendo del mediante el método de capitalización de rentas, alcanzando un precio por hectárea de 45.372,29 € e incrementándolo, en relación siempre con la superficie expropiada, en un 32,24 % como consecuencia de los perjuicios derivados de la división de la finca. Por otro lado también se valora la servidumbre de paso a razón de un 70% del valor del terreno afectado por su constitución; la ocupación temporal en 1.252,10 €/ Ha; 367 árboles perdidos a razón de 92 €/árbol y el premio de afección (5% de la suma de las cantidades anteriores).

Frente al acuerdo impugnado, el expropiado considera que el justiprecio ha de alcanzar la suma de 398.267,33 €, según dictamen emitido por Ingeniero Agrónomo, con fundamento, principalmente, en el hecho de que solicitada la expropiación de la totalidad de la finca al resultar antieconómica, y denegada tal solicitud por silencio de la Administración, en virtud del art. 46 LEF, los perjuicios causados a valorar han de ir referidos a la superficie no expropiada que es la que sufre el demérito, en el presente caso cuantificado en un 100% de su valor. Además hace mención la demanda a la indebida ausencia en el acuerdo del Jurado de la valoración del sistema de riego afectado al resultar insuficiente la manifestación de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir; y aceptada por el órgano de valoración, de que procedería a su reposición.

La desestimación de la pretensión actora encuentra tanto un fundamento legal como un segundo que afecta al ámbito probatorio. Es cierto que a tenor del art. 46 LEF, en el supuesto de solicitud de expropiación de la totalidad de la finca y rechazo por la Administración de tal petición, habrá de incluirse en el justiprecio la indemnización de los perjuicios que se produzcan a consecuencia de la expropiación parcial de la finca. No obstante esta previsión legal ha de completarse con la limitación impuesta por el art. 46 del Reglamento de Expropiación Forzosa, al señalar que “el justiprecio a que se refiere el art. 46 LEF en ningún caso podrá ser igual o superior al que la Administración habría debido satisfacer de haber expropiado la totalidad de la finca de que se trate”, es decir, imposibilita que alcance el 100% de su valor como solicita el demandante. Junto a lo anterior hay que tener en consideración la circunstancia de ausencia de prueba de la alegada pérdida total de valor de la parte de la finca no expropiada. Tanto el dictamen aportado con la hoja de aprecio como el incorporado a este proceso, emitidos por el mismo Ingeniero Agrónomo, se incluyen una serie de consideraciones sobre la inviabilidad de la explotación, tales como su división en dos partes que impiden la eco-

nomía de escalas, pérdida de una superficie libre de 16 metros en toda la longitud diagonal de la finca por el radio de giro de la maquinaria utilizada con el consiguiente incremento de costes y merma de la producción y grave afectación del sistema de riego. Sin embargo no se incluye ningún estudio económico pormenorizado que efectivamente acrediten que la explotación del resto de la finca no expropiada resultara antieconómico. En realidad, los perjuicios a los que se refiere el Ingeniero Agrónomo informante debemos incluirlos en el ámbito del demérito ocasionado al resto de la finca como consecuencia de la expropiación, con la necesidad de proceder a su concreta valoración previa cumplida determinación del alcance de dichos perjuicios.

Llegados a este punto es cierto que el Jurado de Expropiación lo que valora son los perjuicios ocasionados por la división de la finca y no el demérito provocado por la expropiación. En cualquier caso, cuando la expropiación parcial de una finca produce un demérito en la porción restante, tal depreciación, como consecuencia directa de la expropiación, debe ser compensada adecuadamente, mediante una indemnización proporcionada al perjuicio real. Esto presupone la necesaria acreditación de los perjuicios causados y si bien el método para su valoración suele ser el de aplicar un coeficiente sobre el suelo no expropiado, siempre ha de evitarse caer en automatismos rechazable por lo desproporcionado de su resultado. En el presente caso nos encontramos con una finca con una superficie de 54.250 m<sup>2</sup>, donde la superficie expropiada (2.017,93 m<sup>2</sup>), roza el 4% del total. De aquí que aplicar el porcentaje del 32,24 % del valor del terreno que fija el Jurado de Expropiación al 96% restante de la finca arrojaría un resultado valorativo de todo punto desproporcionado, particularmente cuando: 1º) no dispone este Tribunal de informe técnico alguno que concrete económicamente el perjuicio real ocasionado por lo antes apuntado sobre las carencias de los dictámenes aportados por el demandante; 2º) existe, de principio, una evidente desproporción entre el terreno expropiado y el que permanece en el dominio del demandante; 3º) en el acuerdo del Jurado de Expropiación se incluyen, siguiendo el informe del vocal, otros conceptos a valorar, tales como la pérdida de arboleda, la servidumbre de paso y los perjuicios por la ocupación temporal que vienen a incrementar el justiprecio recibido, frente a la hoja de aprecio del expropiado que se limita a valorar la totalidad de la finca y el sistema de riego y 4º) el incremento en casi un tercio del valor del terreno expropiado puede considerarse apropiado en la medida en que emana de un órgano especializado que responde a una composición de intereses diversos y que jurisprudencialmente se le ha reconocido presunción de acierto, sin que la misma haya quedado desvirtuada. Por último, en cuanto al sistema de riego, el mismo no es valorado por el

Jurado de Expropiación en tanto que no existe perjuicio debido al compromiso por parte de la Administración expropiante de reparar el daño que al mismo pudiera ocasionar la ejecución del proyecto. Esta solución hemos de estimarla correcta en cuanto que no se ha acreditado ni la realidad del daño ocasionado al sistema de riego ni que, de haberse producido, el mismo no se hubiera reparado o repuesto. Diferente es que, como consecuencia de la ejecución del proyecto expropiatorio parte de la finca no pueda ser regada con el sistema preexistente, pero la indemnización por tal perjuicio, de existir realmente tal y como refiere el demandante, estarla incluido en el incremento acordado por el Jurado de Expropiación en la valoración del terreno en el porcentaje antes referido.

*St. de 3 de junio de 2013. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García*

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA. IMPUESTO DE SOCIEDADES

Se recurre contra la liquidación por el Impuesto de Sociedades cuestionando la forma en que se ha determinado la deuda tributaria, la improcedencia de la valor de las bases mediante el sistema de estimación indirecta y la valoración de la permuta.

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada), de 23 de marzo de 2007, recaída en el expediente número 04/1048/2005, desestimatoria de la reclamación económico administrativa promovida el 15 de octubre de 2005 contra el acuerdo de 13 de septiembre de 2005 del Inspector Coordinador de la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Almería, que confirmó la propuesta de liquidación dimanante del acta modelo A02 número 71045652 por importe de 52.209,76 euros por el concepto del Impuesto sobre Sociedades, ejercicios de 1999, 2000, 2001 y 2002.

La parte actora pese a que acota el Impuesto objeto de la presente litis al de Sociedades ejercicio 2003, lo cierto y verdad es que el acto de la Administración se refiere al Impuesto de los ejercicios 1999 a 2002, inclusive. Hecha esta precisión, la ahora impugnante en apoyo de la prosperabilidad de su tesis impugnatoria aduce en contra de la conformidad a derecho de la resolución cuestionada varios motivos, entre ellos, la discrepancia con la fecha que la Inspección establece como de inicio de las actuaciones; la improcedencia de la determinación de las bases imponible mediante el sistema de estimación indirecta, la inadecuada imputación

que hace la Inspección a los ejercicios de 2002 y 2003 de la permuta que se realizó en el año 2000 y la falta de motivación de esa valoración.

Según se constata en el acuerdo de liquidación consecuencia del acta incoada, la regularización tributaria de la mercantil demandante fue debida a la apreciación de diferencias entre las ventas declaradas por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2002, y las reales que figuran en las escrituras públicas incorporadas al expediente, todo ello, con causa en la promoción de un único edificio durante los años 1999 a 2003, con formalización de contratos públicos de venta de sus elementos integrantes a lo largo de los ejercicios 2002 y 2003, construcción que se lleva a cabo sobre un solar propiedad de la demandante y otro colindante de 73,70 m<sup>2</sup> adquirido de la mercantil AMEYERS, S. L., a cambio de edificación futura (una cochera cerrada, dos plazas de garaje, un local de negocio, una oficina, y una vivienda), cuya entrega se produce en escritura pública de 4 de octubre de 2000.

La base imponible se determina por el régimen de estimación indirecta, aunque solamente en lo referido a la determinación de los costes de las ventas del ejercicio porque las ventas referidas al mismo se han determinado en estimación directa, ello ha sido así por los motivos que se apuntan en el acta de inspección y en el informe de ampliación a la misma, procediéndose al cálculo del coste de la construcción por la diferencia entre el coste total del edificio terminado y el del solar sobre el que se asienta, considerando que el solar que era propiedad de la demandante se valora según su valor contabilizado a 31 de diciembre de 1999 y el del solar adquirido por permuta según valor de mercado a 4 de octubre de 2000 de los elementos de la propiedad horizontal a entregar a MEYERES, S. L., como construcción futura. El resultado así obtenido se incrementa con el producto de otros ingresos (ventas del ejercicio, arrendamientos, e intereses). Si bien, ha de indicarse que, conforme a lo determinado en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y como el solar adquirido de la mercantil AMAYERS, S. L., se valoró a efectos fiscales por el valor de mercado en el ejercicio 2000, se origina un ajuste extracontable positivo en el ejercicio de 2002 (51.121,79 euros) y un ajuste extracontable negativo en el ejercicio 2003 (menos 8.542,04 euros).

Se opone la demanda a la resolución que confirma ese acto de liquidación tributaria por indebida aplicación al caso del régimen de estimación indirecta y falta de motivación del método seguido para la determinación de la base imponible.

Sobre este extremo ha de indicarse lo siguiente. Las actuaciones de inspección se inician frente a la mercantil demandante el día 23 de septiembre de 2003, con alcance general, comprendiéndose en ellas el Impuesto sobre Sociedades, periodos 1999 a 2002, actuaciones que, con fe-

cha 11 de noviembre de 2004, quedan ampliadas, entre otros conceptos, al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2003.

Con la comunicación de inicio de actuaciones, se requiere a la demandante la aportación de los Libros Oficiales de Contabilidad de los ejercicios objeto de comprobación, petición que se reitera en comunicación de 23 de enero de 2004, y en diligencias de 26 de marzo de 2004, comunicaciones de 13 de mayo, 10 de noviembre y 2 de diciembre de 2004, además de otra posterior de 2 de junio de 2005, dándose la circunstancia añadida de que desde las actuaciones de 14 de junio de 2004, la demandante no comparece en la instrucción del procedimiento de inspección.

Consta en el expediente administrativo que la actora aportó los Libros Diarios de los ejercicios 1999 a 2001 aunque sin diligenciar; y los Balances, Cuentas Anuales y Libros Mayores de los ejercicios 2000 y 2001, sin embargo del ejercicio 2002 no aporta libros de contabilidad.

Desde la comparecencia diligenciada el 24 de mayo de 2004, el actuario ha venido solicitándole la aportación del criterio de imputación de costes aplicado por la sociedad correspondiente a cada uno de los periodos en los que se hayan realizado las ventas de los inmuebles construidos, sin que tal documentación fuera aportada a lo largo del procedimiento de inspección.

La imputación anual de costes correspondiente a los periodos en que se han producido las ventas de los inmuebles por parte de la entidad, aunque no es de obligada llevanza por la entidad mercantil, resulta de esencial importancia en el caso enjuiciado para la determinación de la base imponible del único edificio promovido por la actora, dado que a través de ese estado contable no sólo se aprecia como han ido incorporándose los gastos al proceso productivo de la mercantil sino que también permite determinar las existencias finales en cada uno de dichos ejercicios impositivos.

En efecto, de las normas reguladoras del Real Decreto 1.643/1980, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad donde se consagra el principio de correlación de ingresos y gastos, y de la Orden de 28 de diciembre de 1994 por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias, más concretamente, su Norma de Valoración 130, se refiere a las “Existencias”, apartado 5, especificando que la imputación de costes ha de basarse en índices objetivos que se ajusten a las prácticas habituales del sector, a fin de que los costes asignados a cada elemento o partida individualmente enajenable, sean lo más proporcionales al valor de mercado o de realización de los mismos, manteniéndose esos criterios de valor con carácter preestablecido y a lo largo del tiempo, que deben quedar detallados en las correspondiente memorias anuales.

Del sentir de esas disposiciones contables referidas a las empresas que operan en el sector inmobiliario, se deduce con evidente elocuencia que el criterio de imputación de costes ajustado a norma contable es determinante para la valoración de las existencias en este tipo de empresas al finalizar cada ejercicio económico, por lo que su ausencia imposibilita concretar la aplicación de costes de obra al proceso de obtención de los ingresos correspondientes como consecuencia de sus ventas, y conlleva, a su vez, la imposibilidad de calcular los rendimientos netos y el resultado contable de la empresa, es decir, la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Dispone el artículo 50 LGT de 1963, de aplicación al caso, *ratione temporis*, que el incumplimiento sustancial de las obligaciones contables por parte del obligado tributario, o bien, la resistencia o excusa al desarrollo de las actuaciones de inspección, son razones suficientes para que el actuario aplique el régimen de estimación indirecta de bases, pues de no prevenir tales circunstancias el texto legal, resultaría que el contribuyente incumplidor de sus deberes fiscales quedaría en mejor posición en el discurrir de un procedimiento de comprobación tributaria, que aquel otro contribuyente que escrupulosamente ha observado sus deberes fiscales y atendido diligentemente a los requerimientos de inspector actuario.

En el caso que ahora se enjuicia, parece evidente que la mercantil demandante ha inobservado en forma sustancial el seguimiento de sus obligaciones contables, dado que, como ya se ha expuesto, presenta unos registros contables sin diligenciar debidamente; no aporta todos los datos contables requeridos por la inspección; y de modo particular, no llega a señalar ni a incorporar al expediente el criterio seguido a lo largo de los ejercicios impositivos objeto de investigación para imputar los costes de producción empleados en el desarrollo de su actividad inmobiliaria, dato contable necesario para poder determinar cuáles han sido las existencias finales de cada período de imposición e imprescindible para concretar la base imponible del Impuesto. A todo lo cual, debe unirse que, concretamente, en el ejercicio 2003 no aportó los libros de contabilidad. Todo ese modo de proceder resulta significativo de que las obligaciones contables eran llevadas de forma irregular por la entidad demandante, lo que por sí mismo, es motivo suficiente para que la inspección tributaria acuda a la aplicación del régimen de estimación indirecta en los términos indicados en el citado artículo 50 LGT.

A mayor abundamiento, tampoco es posible pasar desapercibida la falta de comparecencia del representante de la sociedad en el desarrollo del procedimiento de inspección según queda recogido en diligencias de 31 de octubre de 2003 al 24 de enero de 2004; de 27 de febrero de 2004 al 26 de marzo de ese mismo año; del 29 de marzo al 24 de mayo de 2004; constatándose, asimismo, que desde el día 24 de junio hasta el cierre del

acta en disconformidad (27 de julio de 2005), no se personó en el desarrollo de esas actuaciones. Todo ello, resulta ser indicativo, cuanto menos, de falta de diligencia en su proceder, motivadora de la apreciación de un comportamiento obstruccionista y negativo al desarrollo de las actuaciones inspectoras, circunstancia ésta que también previene el artículo 50 LGT como posible causa de instrucción de un procedimiento de estimación indirecta de bases imponibles.

Las razones que se apuntan en la demanda tratando de hacer ver el diligente comportamiento de la mercantil demandante en el curso de las actuaciones inspectoras, no pueden ser consideradas por la Sala. Así, el hecho de que algunas de las escrituras de venta de inmuebles solicitadas en el curso del procedimiento de inspección ya se hubieran aportado en el discurrir de otras actuaciones de comprobación diferentes a las ahora desplegadas, no resulta óbice para que no se incorporaran a este nuevo expediente por la demandante, dado que se trata de procedimientos tributarios diferentes, y las supuestamente aportadas al primero de ellos -no hay prueba fehaciente de que lo hubieran sido- probablemente quedaron integradas en el expediente instruido al efecto, sin que, debido a los avatares resultantes de aquellas actuaciones administrativas (posible impugnación y traslado de expediente), que desconocemos, pueda deducirse el deber de la Administración de dar traslado de dichos documentos desde el cuerpo de un expediente administrativo instruido a otro cuyas actuaciones se inician posteriormente.

En cuanto al contenido de la diligencia de 29 de noviembre de 2004 requiriendo la entrega de los Libros Diario, Balances, Mayores, de Cuentas Anuales de 2002 que, según la actora, ya habían sido aportados en fecha 20 de mayo de 2004, es momento de recordar lo indicado con anterioridad, esto es, que los Libros Diarios se hallaban sin diligenciar, que en el ejercicio de 2002 no aporta libro de contabilidad ninguno y, sobre todo, que nunca llegó a explicar al actuario cuál había sido el criterio de imputación de costes empleado por la mercantil, pese a haber sido requerido reiteradamente para hacerlo. Y sin perjuicio de todo ello, lo cierto y verdad es que la demanda nunca da explicaciones de por qué desde el 14 de junio de 2004 hasta la conclusión de las actuaciones inspectoras, el representante de la entidad no compareció en el desarrollo del procedimiento de inspección.

Como quiera que el escrito de demanda, en su razonamiento jurídico número 4 insiste en lo innecesario del criterio de imputación de costes reiteradamente requerido por el actuario, sin éxito alguno, la Sala desea hacer algunas precisiones añadidas a lo ya antes indicado a propósito de la transcendencia de este dato para la correcta concreción del resultado contable de la mercantil demandante durante los ejercicios en que dedicó

su actividad a la construcción del edificio posteriormente promovido y vendido a lo largo de los años 2002 y 2003, sobre todo, considerando que, además de las ventas efectuadas a terceros como consecuencia de esa promoción inmobiliaria, una parte de la misma se entregó a AMAYERS, S.L. como contraprestación de la permuta del solar del 73,70 m<sup>2</sup>, y otra parte de lo edificado se lo quedó en propiedad la demandante.

La diferente finalidad de la obra edificada en los términos que se acaban de exponer, hacia más necesaria, si cabe, la especificación de la distribución de los costes (gastos) empleados en la ejecución de la edificación construida para poder así determinar el porcentaje de los mismos que se corresponde con los costes directos empleados en la construcción y el derivado de los costes indirectos utilizados en su desarrollo y ejecución, sin dejar en el olvido que como la venta y redistribución de lo edificado (parte a terceros, otra parte a AMAYERS, S. L., en pago de obra futura, y otra parte que pasa a propiedad de la propia demandante) se llevó a cabo a lo largo de los años 2002 y 2003, precisaba de una especificación del criterio seguido en la imputación de los costes originados por la obra y su redistribución en el tiempo en que fue objeto de transmisión a fin de concretar el resultado contable en cada uno de esos ejercicios y, por ende, los resultados de explotación.

Todo cuanto aquí se ha razonado conduce a señalar que la aplicación del régimen de estimación indirecta ha de entenderse correctamente justificado y motivados los medios empleados por el actuario para alcanzar aquella magnitud tributaria, considerando, además, que la estimación indirecta se ha aplicado solamente para determinar el coste que hade imputarse a los elementos de la promoción inmobiliaria vendidos en los ejercicios 2002 y 2003, cuantificándose el resto de los componentes de la base imponible por régimen de estimación directa. Por todo ello, procede desestimar la pretensión de la demanda formulada en la defensa de la falta de oportunidad y motivación de la aplicación de ese régimen para la concreción de magnitudes tributarias.

En cuanto al fondo del asunto, la demanda se muestra contraria con la liquidación tributaria practicada administrativamente considerando que ha sido errónea la valoración hecha del negocio de permuta concertado entre la actora y AMEYERS, S. L. en virtud de la cual, esta mercantil entregó a la demandante un solar de 73,70 m<sup>2</sup> a cambio de edificación futura cuya especificación ha quedado detallada en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia.

En esencia, el fundamento de la demanda se basa en que tanto el elemento transmitido por la actora (edificación futura) como el elemento adquirido (solar) han de cuantificarse por su valor de mercado, no en función del valor neto contable de las edificaciones a entregar de futuro

como hace la inspección tributaria. Y desbroza su desarrollo argumentativo siguiendo, prácticamente en su literalidad, el sentir de una sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2005 (JUR 2005, 208963), en la que el órgano jurisdiccional tras una disertación sobre la calificación como permuta del negocio jurídico consistente en la entrega de solar a cambio de edificación futura (calificación del negocio jurídico que no se discute por las partes en el caso de autos), concluye que *en la permuta, aplicando lo establecido en el artículo 15, apartado 1, letra e ) y 3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, deberá valorarse el activo adquirido por su valor de mercado en el momento en el que se ha realizado la operación. El activo adquirido es el derecho a recibir en el futuro ciertos inmuebles, y por tanto, es ese derecho el que hay que valorar, y no, como realizó la Administración tributaria erróneamente, el valor del bien entregado finalmente* . Si bien, ha de indicarse que la mercantil recurrente ante la Audiencia Nacional no fue la que recibió el solar en el negocio de permuta sino quien lo transmitió a cambio de obra futura, por lo que las conclusiones alcanzadas en dicho pronunciamiento no pueden ser trasladadas, sin más, al caso ahora enjuiciado.

El artículo 15.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades , establece que deben valorarse a valor de mercado los elementos patrimoniales adquiridos por permuta, y en su apartado 3 párrafo segundo, añade que las sociedades integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los bienes adquiridos y el valor contable de los entregados, debiéndose producir esa integración de la renta en el periodo impositivo en que se realicen las operaciones a que dicha renta se refiere conforme a lo establecido en el artículo 19.1 cuando afirma que los ingresos y gastos deben imputarse en el periodo impositivo en que se devengan atendiendo a la corriente real de bienes. Llegados a este punto hay que estar a lo dispuesto en la Regla 180 de las recogidas en la Orden de 28 de diciembre de 1994 que aprueba normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, según la cual, cuando se trate de elementos patrimoniales integrados en el activo circulante de la sociedad (es esta la condición que tiene el solar adquirido en permuta) valorados a valor de mercado, la entidad adquirente del terreno integrará en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor de adquisición en el periodo impositivo del devengo de ese ingreso, es decir, en el momento de la venta de las viviendas construidas, lo que significa que el valor de mercado a que se refiere el artículo 15 del TRLIS se debe tener en cuenta en el momento en que la construcción permutada se encuentra en condiciones materiales de ser entregada, o sea, cuando se halle materialmente terminada.

En consecuencia, en los casos de permuta de solar por edificación futura, la entidad que adquiere el solar y a cambio entrega las edificaciones

futuras, debe integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado del activo recibido (solar sobre el que se proyecta la promoción de edificaciones), y el valor contable del elemento transmitido (coste de los inmuebles), ahora bien, como el valor contable de éstos no es posible conocerlo sino en el momento de su entrega efectiva, hay que estar a ese instante para su determinación, con lo cual, en los casos como el ahora enjuiciado, el problema se plantea en el período impositivo en que debe procederse a la integración en base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la diferencia entre el valor de mercado del solar recibido y el valor de la edificación futura, convirtiéndose estas situaciones en la solución de un problema de imputación temporal de rentas. O dicho de otro modo, el incremento de valor experimentado por la diferencia entre el valor de mercado del solar y el contable de lo edificado, ha de imputarse al promotor que recibe el solar cuando las construcciones estén en condiciones de entrega material, esto es, cuando los inmuebles estén sustancialmente terminados.

Examinado el expediente administrativo y, de manera particular, el informe de ampliación anexo al acta de inspección, se deduce que no ha sido otro el modo de proceder del actuario para regularizar la situación tributaria de la demandante. En efecto, para la determinación de la base imponible se ha partido del coste total del solar (el que ya se hallaba contabilizado por la mercantil demandante como parte de su activo, y el recibido por permuta de AMEYERS, S. L. que tendrá la consideración de circulante). El solar objeto de permuta se valora a valor de mercado del año 2000 considerando el valor de mercado a esa fecha de los elementos de propiedad horizontal a entregar como obra futura a la entidad permutante. A esos efectos, la Administración tributaria ha utilizado los contratos de venta formalizados por la demandante en escritura pública, además de los obtenidos a través de Internet para determinar precios medios de mercado -modo de proceder este último que la demanda, critica abiertamente pero que, en sí mismos considerados, no ofrecen perturbación alguna en lo referente a la determinación del coste del solar así valorado-.

Las operaciones descritas arrojan un valor del solar objeto de permuta de 715.579,74 euros del que se deduce el importe que, en metálico, AMEYERS, S. L., debía satisfacer a la demandante (51.086,03 euros), concretándose en la cifra de 664.493,71 euros que, sumados al coste del solar propiedad de la actora según reflejo contable (2.662.384,07 euros) suponen un valor total del solar objeto de construcción de 3.326.877,78 euros.

El coste así determinado del solar se distribuye entre los diferentes elementos de la propiedad horizontal según precios medios de mercado de venta y se obtiene el coeficiente por cada elemento imputable al coste del solar, según los coeficientes así calculados.

A continuación se procede a determinar el coste de la construcción y la diferencia entre su coste total y el del solar antes calculado, se distribuye entre los distintos elementos de la propiedad horizontal, obteniéndose así el valor de la edificación entregada a cambio de solar.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, dado que el solar objeto de permuta se ha valorado a valor de mercado, es necesario efectuar los ajustes extracontables que procedan, es decir, según se hayan producido incrementos o minoraciones en el coste de la construcción a lo largo de su ejecución deberá corregirse el valor del solar previamente determinado. Y en el caso enjuiciado, el actuario realiza esos ajustes extracontables determinando un ajuste extracontable positivo en el ejercicio de 2000 de 51.121,79 euros y un ajuste extracontable negativo en el ejercicio de 2002 determinado en función de las unidades de propiedad horizontal vendidas en el ejercicio, que se estima en el 73,49%, resultando ser así el ajuste extracontable negativo de 37.569,40 euros; en tanto que para el ejercicio de 2003, el ajuste extracontable negativo se cifra en 8.501,55 (16,63% de 51.121,79 euros), con arreglo a los cuales se han girado las liquidaciones correspondientes, razón por la que ningún vicio de anulabilidad cabe apreciar en las actuaciones seguidas por la inspección tributaria, ni tampoco, en el modo de llegar a determinar la deuda tributaria. Primero, porque frente a lo alegado en el escrito de demanda, el valor del terreno adquirido por la mercantil demandante en negocio de permuta se ha valorado conforme a valor de mercado de los elementos a entregar como edificación futura referidos al año 2000. Segundo, porque solamente se ha valorado la construcción pactada como entrega a cambio del solar adquirido. Tercero, porque se ha procedido a integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades la diferencia entre el valor de mercado de los bienes adquiridos (el solar) y el valor contable de los transmitidos (la edificación pactada a cambio), haciéndolo en los ejercicios impositivos en que se han ido produciendo las ventas. Y por último, como el solar quedó determinado por su valor de mercado, ha sido necesario efectuar los ajustes extracontables correspondientes en los términos prevenidos por el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 2002 y 2003.

De cuanto antecede no cabe sino concluir que el acto de liquidación tributaria se ajusta a derecho, como también es conforme a derecho la resolución que lo confirma, debiendo quedar desestimado, por ello, el presente recurso contencioso-administrativo.

*St. de 3 de junio de 2013. Sala de Granada. Ponente José Antonio Santandreu Montero*

## XX. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad sanitaria. Interrupción voluntaria del embarazo. Daño supuestamente causado por los Servicios del Hospital Infanta Margarita de Cabra, al no haberse detectado durante el embarazo, a tiempo para abortar, el padecimiento de acondroplasia (enanismo) que sufre su hijo, daño que aquélla valora en la cantidad de 120.000 euros. La desestimación del recurso se basó en la prescripción de la acción administrativa para reclamar, así como en la inexistencia de mala praxis en el examen y atención a la apelante, sin que se encontrara irregularidad alguna en la detección del padecimiento una vez superado el plazo legal admitido para la interrupción voluntaria del embarazo. La Sala revoca la Sentencia del Juzgado. Computo de la evolución del padecimiento.

La sentencia apelada desestimó el recurso promovido en relación con desestimación por silencio administrativo, confirmado en resolución de 15 de octubre de 2007, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, de la solicitud presentada por la recurrente el día 23 de junio de 2006, de reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño supuestamente causado por los Servicios del Hospital Infanta Margarita de Cabra, al no haberse detectado durante el embarazo, a tiempo para abortar, el padecimiento de acondroplasia (enanismo) que sufre su hijo, daño que aquélla valora en la cantidad de 120.000 euros.

La desestimación del recurso se basó en la prescripción de la acción administrativa para reclamar, así como en la inexistencia de *mala praxis* en el examen y atención a la apelante, sin que se encontrara irregularidad alguna en la detección del padecimiento una vez superado el plazo legal admitido para la interrupción voluntaria del embarazo, aspectos estos sobre los que versan los diversos motivos del recurso, que al mismo tiempo denuncia la indebida inadmisión en la primera instancia de determinadas pruebas, cuya práctica se reclama en esta segunda de acuerdo con lo establecido por el artículo 85.3 LJCA.

Con todo, para el rechazo de la extensa argumentación que conforma el recurso es suficiente con mantener la procedencia de aquella objeción de prescripción observada por el Juzgador *a quo* en su sentencia, objeción también apreciada por el Consejo Consultivo de Andalucía en su preceptivo informe y que la Sala está igualmente de acuerdo en admitir, y ello teniendo en cuenta que la reclamación administrativa, como se ha dicho, se presentó el día 23 de junio de 2006, una vez transcurrido el plazo del año que a estos efectos contempla el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, computado, en los términos del artículo 1969 CC, desde el momento en que la acción pudo ejercitarse, es decir, desde el día 31 de mayo de 2005, en el que se hizo constar en la hoja de

curso prenatal (folio 36 del expediente administrativo), que el feto había sido diagnosticado de enanismo.

Frente a ello, de nada sirve la invocación que se hace en apelación de la existencia de dos solicitudes de documentación clínicas dirigidas por el esposo de la recurrente al Hospital Infanta Margarita de Cabra, y fechadas los días 9 de septiembre de 2005 y 14 de marzo de 2005, solicitudes de las que además de desconocerse su fecha de presentación, en ningún momento dejaban constancia de la finalidad que con dicha solicitud se formuló ni, por lo tanto, puede entenderse que constituyeran por sí solas cualquier tipo de reclamación de responsabilidad alguna que sirviera para interrumpir el plazo de prescripción de acuerdo con el artículo 1973 CC.

Tampoco merece objeción alguna la veracidad del contenido de aquella hoja de curso prenatal, que aparece suscrita por el Dr. Donato, sin que, considerada la existencia de dicho documento y frente a lo que se dice por la apelante, recayera sobre la Administración sanitaria la prueba de la bondad de dicha información o de la cualificación del facultativo para emitirla o dejar constancia de ella, correspondiendo por el contrario a aquélla la prueba contraria, prueba que en ningún momento se llevó a los autos.

En cualquier caso, tales determinaciones quedarían plenamente confirmadas el día mismo del nacimiento del niño, el día NUM000 de 2005, cuando pudo observarse que, en efecto, presentaba la afección (así puede verse en hoja operatoria; folio 8 de la historia clínica), la cual, como ha quedado indicado en las actuaciones administrativas (por ejemplo, en el informe del Servicio de Aseguramiento y Riesgo del Servicio Andaluz de Salud; folio 45 del expediente), resultaba manifiesta ya a partir de la 24.<sup>a</sup> de embarazo, siendo marcada en el tercer trimestre, cuanto más al nacimiento, sin que, por lo tanto, el informe de 26 de junio de 2005, de la Unidad de Neonatología del Servicio de Pediatría, a que se refiere la apelante, pudiera añadir otra cosa que la definición técnica del origen de la supuesta malformación.

En consecuencia, por esta sola razón, la demanda merecía ser rechazada, por lo que, en consecuencia, sin necesidad de entrar en el resto de las argumentaciones de la recurrente, que en realidad se subordinaban a las introducidas en relación con la citada prescripción (y sin necesidad tampoco de acceder a la solicitud probatoria formulada, ligada a aquellas otras argumentaciones), el presente recurso debe ser íntegramente desestimado, y ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 139.2 LJCA, con la condena de la apelante al pago de las costas causadas en esta instancia, al no observarse razones que otra cosa recomienden.

*St. de 6 de junio de 2013. Sala de Sevilla. Ponente Eduardo Hinojosa Martínez.*

## XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

Oficina de Farmacia. Inejecución de Sentencia por presunta dificultad para ubicar la ganada por la Sentencia.

Solicita la parte apelante que se revoque la resolución recurrida y se acuerde tener acreditada la causa de inejecución de la sentencia dictada en este procedimiento, fijando en consecuencia la indemnización que proceda por la imposibilidad del cumplimiento del fallo. Sostiene que es perfectamente posible que la causa que motiva la imposibilidad ejecutar la sentencia sea puesta de manifiesto por ella, resaltando que la postura de silencio y pasividad de la Administración la hace estar conforme con ella. Tras afirmar que la indemnización sustitutoria cumple la función de resarcir a la parte vencedora en el juicio, y resaltar que la ubicación de la farmacia de la señora Mari Juana es fruto directo del incumplimiento de los plazos legales establecidos para tramitar los expedientes administrativos y la instalación de ésta se produjo casi cuatro años después de la solicitud de la recurrente, sostiene que el cumplimiento de la sentencia choca con el derecho que tiene reconocido por sentencia firme, siendo imposible la instalación en un local a 250 metros de la oficina de farmacia de la señora Mari Juana por las razones contenidas en el informe pericial y el escrito dirigido a la Administración que reseña.

La representación procesal de D<sup>a</sup>. Mari Juana insiste en que la parte que debe exponer al Juzgado la imposibilidad de la ejecución de sentencia es el órgano administrativo encargado de cumplir el fallo, en este caso la Delegación Provincial de Salud, que en ningún caso tiene carácter de coadyuvante de la postura de la recurrente, además de haberse suscitado de forma extemporánea, excediendo el plazo de dos meses indicado el párrafo segundo del artículo 104 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Afirma que para declarar la imposibilidad de ejecución ésta debe ser real, cierta, efectiva e incuestionable, circunstancias que no se cumple en este caso, pues aunque concorra una dificultad, la ejecución de la sentencia que nos ocupa no afecta a la de la sentencia número 731/2003, pues no fijaba que su farmacia hubiera de instalarse en un concreto local. Sostiene que no está acreditada la imposibilidad de encontrar un local para instalación de su farmacia, y que la de la recurrente efectivamente ha cerrado, colocando un cartel en el que se anuncia que se informarla próximamente de la apertura de la oficina de farmacia en un nuevo local.

La Administración demandada niega que su postura sea conforme con la de la recurrente, negando que exista imposibilidad de ejecución de la sentencia, que de hecho ya se encuentra cumplida porque tras el dictado

de la oportuna resolución administrativa la recurrente ha cesado su actividad en la indicada oficina, y porque la dificultad que pone de manifiesto no afecta al cumplimiento de esta sentencia.

En primer lugar, hemos de partir de que la sentencia dictada en este procedimiento declaraba la anulación de la resolución por la cual se concedía autorización de instalación de oficina de farmacia en la calle Fuente del Alamillo número 12 de Jaén, de que era titular D<sup>a</sup>. Montserrat, y en ella se dejaba constancia de que la preferencia para la instalación de la citada oficina de farmacia correspondía a D<sup>a</sup>. Mari Juana, determinada por la sentencia de esta Sala número 27/2005 de 24 de enero de 2005. La inexecución de las sentencias es algo expresamente previsto en el artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y sus causas deben interpretarse de forma absolutamente restrictiva, pues su párrafo primero dice: *no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inexecución total o parcial del fallo*. En congruencia con ello, comienza el párrafo segundo afirmando que las causas para no ejecutar una sentencia han de ser *de imposibilidad material o legal*, y establece el procedimiento a seguir: *el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda porta parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*.

A tenor de esta regulación, el único legitimado para instar la declaración de imposibilidad de cumplimiento es la Administración encargada de ejecutar el fallo, pero no el particular, quien, en su caso, debe solicitarlo a la Administración y frente a su desestimación promover un recurso contencioso administrativo autónomo. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 (recurso número 7639/2005) establece: *ahora bien, nuestra jurisprudencia se ha manifestado tradicionalmente más restrictiva cuando el interesado en la inexecución del fallo es el particular a quien perjudica. Así, este Alto Tribunal ha señalado que el incidente para declarar la imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia no puede ser promovido en vía jurisdiccional por los particulares personados en las actuaciones. La consecuencia de este criterio es que el particular o las corporaciones, que no tengan la condición de Administración condenada, deben solicitar la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia de la correspondiente Administración e interponer contra ella recurso contencioso-administrativo, si la petición se resuelve desfavorablemente. Esta es la posición adoptada, en ocasiones, por este Alto Tribunal que admite la facultad de los particulares (o de las corporaciones que actúan como particulares) personados en las actuaciones de solicitar de la correspondiente Administración dicha declaración de imposibi-*

*lidad de ejecución de la sentencia pronunciada y de interponer después contra la resolución, expresa o tácita, los oportunos recursos en la vía administrativa y en la judicial (ATS de 15 de marzo 1989).*

Aunque el anterior razonamiento ya es suficiente para desestimar el recurso de apelación, confirmando el primer razonamiento contenido en el auto impugnado, se ha puesto de manifiesto que tras el dictado del acuerdo de 11 de febrero de 2008 de la Delegación Provincial en Jaén de la Consejería de Salud, la hoy recurrente ha cesado la actividad de farmacia en el emplazamiento citado desde las 14:30 horas del 21 de abril de 2008, por lo que la sentencia que nos ocupa ya se encuentra íntegramente cumplida. Son totalmente ajenas a este procedimiento, como bien ha manifestado la Administración demandada, las dificultades (que no imposibilidad de sentido estricto) que pueda tener la recurrente para encontrar un local donde instalar la oficina de farmacia que le fuera concedida por la sentencia de esta Sala número 731/2003, que le autoriza a la apertura de una oficina de farmacia en el núcleo a que se refiere, pero la mencionada sentencia no se pronunciaba sobre la procedencia de que dicha instalación se refiera a un concreto local (Fundamento de Derecho Segundo). En todo caso, ello está relacionado con el cumplimiento de ésta, y podrá dar lugar a que la recurrente promueva el incidente de ejecución, pero no afecta a la dictada en este procedimiento. Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto impugnado.

*St. de 3 de junio de 2013. Sala de Granada. Ponente Rafael Rodero Frias.*

# CRÓNICA PARLAMENTARIA



## Crónica Parlamentaria

### El recurso de inconstitucionalidad contra la ley de reforma de la administración local

Justo el día después de que el Consejo de Gobierno autorizase la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, el Pleno del Parlamento de Andalucía aprobó igualmente la propuesta de acuerdo de interposición del recurso contra la referida Ley<sup>1</sup>. Y aunque entre ambas autorizaciones no se da una total y absoluta identidad en los preceptos impugnados, sí coinciden obviamente en identificar las disposiciones de la Ley 27/2013 en las que más claramente se advierten tachas de inconstitucionalidad, bien por invadir las competencias de la Junta de Andalucía, bien por lesionar la autonomía local garantizada en la Constitución y en el propio Estatuto de Autonomía de Andalucía.

Tratándose, como se trata, de uno de los principales puntos de tensión y controversia suscitados en los últimos meses entre el partido que apoya al gobierno nacional y las restantes fuerzas políticas, no ha de extrañar que la tramitación de esta iniciativa generase también un interesante y enconado debate en el seno de la Cámara andaluza.

Con independencia de que se hiciera eco de las quiebras del bloque de constitucionalidad que entraña la Ley estatal, en la intervención del portavoz del Grupo Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, Sr. Castro Román, no dejaron de resonar reproches referentes a las decisiones de política económica y social subyacentes tras la reforma de los gobiernos locales. A su juicio, la ley persigue en sustancia un único objetivo: “contentar a las autoridades europeas que exigieron a España el cumplimiento del memorándum firmado con el gobierno del Partido Popular”; de tal suerte que la misma no constituye sino “una gigantesca operación de maquillaje político, que solo pretende que los deberes que nos impusieron las autoridades financieras aparezcan en nuestro cuaderno de clase”. Sencillamente, “el señor Montoro y el señor De Guindos se convierten en los alumnos más aventajados de la política cruel de austericidio que ha provocado una fractura social insalvable”. Y esta Ley, proseguiría el aludido portavoz, “afectará de manera fundamental a la cohesión económica, social y territo-

---

<sup>1</sup> Véase *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía* núm. 67, IX Legislatura, 26 de febrero de 2014.

rial, y especialmente romperá el principio constitucional de igualdad de derechos y deberes de toda la ciudadanía del Estado, residan donde residan. [...] Lo único que cumple es el sempiterno 135, que va contra la mayoría social”.

Una vez sentado lo anterior, el Sr. Castro dirigió el grueso de sus críticas al tratamiento que la nueva Ley da a los pequeños municipios, “en cuanto establece una diferencia... según tengan más o menos de 20.000 habitantes, imponiéndoles controles, cargas y restricciones sobre los de menos de 20.000 habitantes, que no se aplican a los de más población, aunque incurran en las mismas conductas [...] El Estado establece mecanismos de tutela, condicionantes y controles por parte de otras administraciones –de la provincial, de la autonómica, de la estatal-, que sitúan a estas entidades locales en la posición de subordinación o dependencia jerárquica, que ya fue rechazada por el Tribunal Constitucional”. Y, ciertamente, algún fundamento tiene esta argumentación, habida cuenta de que el nuevo art. 26.2 LRBRL somete a un régimen singular a la prestación de los siguientes servicios obligatorios de dichos municipios: recogida y tratamiento de residuos; abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; limpieza viaria; acceso a los núcleos de población; pavimentación de vías urbanas; alumbrado público. En relación con estos servicios, “será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación” de los mismos; coordinación cuyo sentido y alcance se acota en el siguiente párrafo: “Parar coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera”. Regulación que se completa en el tercer párrafo del reformado art. 26.2 LRBRL: “Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado”.

En este contexto, adquieren sentido las palabras de reproche que dirigirá a continuación el Sr. Castro: “El Gobierno central pretende más tutelaje, el Gobierno central pretende más centralismo, menos democracia y menos participación en los asuntos públicos, controlando a los pequeños municipios mediante las diputaciones, y con ello creemos que el clientelismo político. [...] ¿Es casualidad que se haga hoy, cuando las diputaciones están en manos del Partido Popular? Creemos que no. Creemos que además es un peligro, porque a los que se les va

a intervenir es a los ayuntamientos para fortalecer instituciones de segunda representación, como son las diputaciones provinciales, otorgándoles la privatización –y ahí está la clave- de los servicios públicos en los municipios que pierden la titularidad de sus competencias”<sup>2</sup>.

También el portavoz del grupo parlamentario socialista, Sr. Jiménez Díaz, compartiría esta apreciación crítica del papel central que pasan a jugar las instituciones provinciales respecto de los pequeños municipios, muy especialmente porque supone abrir la puerta a la privatización de los servicios: “Esta ley... les roba la capacidad de prestar por sí mismos servicios públicos esenciales, pasando estos a las diputaciones provinciales. Como consecuencia, una parte importante del paquete fundamental de los servicios actualmente prestados por los ayuntamientos podría pasar a manos privadas por ese conducto...”. Todo ello, claro está, con independencia de que suponga la quiebra del principio constitucional y estatutario de la autonomía local, “al desapoderar competencialmente a los municipios menores de 20.000 habitantes, trasladando esas competencias a las diputaciones, y al imponer el criterio del coste efectivo de los servicios, impidiendo la libre disposición de los recursos de las corporaciones para los fines que consideren oportunos”<sup>3</sup>.

Pues bien, como era previsible, el portavoz del grupo parlamentario popular, Sr. Cabello, procuró desactivar esta principal línea de crítica a la reforma local sostenida por los representantes de los grupos que apoyan al Ejecutivo andaluz. Y rebatió dicha línea argumental a través del sencillo expediente de negar que la Ley 27/2013 conllevara esas consecuencias para los pequeños municipios: “[...] ya no se restringen competencias ni se diferencian las competencias, según la gestión de cada municipio, entre los municipios menores de 20.000 habitantes y los municipios mayores de 20.000 habitantes, ¿sabe usted por qué? Porque se ha metido otra enmienda que hace desaparecer esto”. Y proseguiría el Sr. Sanz dirigiéndose al portavoz socialista: “Le voy a dar otra mala noticia. Resulta que dice usted que las diputaciones asumen el control –también lo ha dicho Izquierda Unida- y usurpan competencias desde las diputaciones. [...] Hay otra enmienda en el Senado, señor Jiménez, que resulta que ya no dice que las diputaciones asumen competencias, dice la enmienda: `a partir de ahora, los municipios, si lo quieren, pueden pedir la asistencia y la cooperación de las diputaciones en el ejercicio de sus competencias, pero con carácter voluntario por parte de las corporaciones locales, no imponiendo ni quitando ninguna competencia’”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> *DSPA* núm. 67, págs. 5-6.

<sup>3</sup> *DSPA* núm. 67, págs. 10-11.

<sup>4</sup> *DSPA* núm. 67, pág. 14.

Pero los reproches en torno a la erosión de la autonomía municipal no se circunscribieron a la que padecen los municipios de menos de 20.000 habitantes. Pues son la generalidad de los municipios los que experimentan una sustancial reducción de sus competencias, mientras que se dispone que una parte sustantiva de las mismas se transfiera obligatoriamente a las CCAA. De este modo, a la subsecuente merma de la autonomía municipal, habría que añadir unos tremendamente enojosos problemas de gestión de esas competencias perdidas por los ayuntamientos: “Se reducen las competencias municipales en materia de servicios sociales. ¿Quién? ¿Cómo las asume? —se preguntaba el portavoz del grupo parlamentario Izquierda Unida—. Se suprime la competencia en materia de defensa de los consumidores y usuarios ¿Dejan de existir? ¿Se destruye el empleo? ¿Desaparecen las oficinas municipales del consumidor? En materia de cultura, se suprime la competencia de archivo, biblioteca, museos... ¿Cómo van a funcionar? ¿Se transfieren de manera efectiva a la Comunidad autónoma los servicios municipales de salud, servicios sociales y educación? ¿Cómo los hacemos efectivos, cómo los pagamos, dónde está el dinero? [...] Por lo tanto, ni los alcaldes y alcaldesas del Partido Popular saben cómo se va a llevar adelante esto”<sup>5</sup>.

En esta misma línea abundaría la intervención del señor Jiménez Díaz: “Hurtales a los ayuntamientos capacidad de acción en áreas como el fomento del empleo, la educación, la sanidad, la cultura, el deporte, los servicios sociales, la reinserción social, la promoción de la mujer, la vivienda o la protección del medio ambiente abre la puerta a la pérdida de más de cuarenta mil empleos públicos en Andalucía y 250.000 en toda España. Pero, sobre todo, será la fuente de una profunda desigualdad para aquellos, señorías del Partido Popular, que no tienen la suerte de ser hijos de la gran estirpe. Esta reforma destroza los servicios públicos municipales, esta reforma del Partido Popular desmantela los centros de información a la mujer, acaba con todo el mapa de servicios contra la violencia de género que Andalucía ha construido durante 20 años”. Pero si la Ley que se pretende recurrir es enojosa para los ayuntamientos por privarles de unas competencias que habían venido ejerciendo hasta la fecha, no puede ser bien recibida por las CCAA en la medida en que les traslada nuevas responsabilidades y compromisos de gasto sin el pertinente acompañamiento financiero: “Es inconstitucional porque a través de una ley ordinaria se les quitan las competencias a los ayuntamientos para ponerlas en manos de las comunidades autónomas, violentando clarísimamente el artículo 149.3 de la Constitución Española. Y lo hace en contra de lo que ya regula nuestro Estatuto en esas materias, y encima lo hace sin financiación. Podríamos estar hablando de 500 millones de euros que pueden fal-

---

<sup>5</sup> DSPA núm. 67, pág. 7.

tar para financiar servicios públicos esenciales. Señorías del Partido Popular, se está poniendo en peligro la prestación de servicios esenciales que tienen que ver, nada más y nada menos, que con la educación, con la salud, con los servicios sociales”<sup>6</sup>.

Y el portavoz del grupo parlamentario popular haría frente a esta línea de observaciones siguiendo el mismo método que el aplicado con anterioridad, esto es, negando que la Ley realmente dijera lo que sostenían los portavoces de los grupos que sostienen al gobierno: “Mire, cuando habla de la distribución de competencias, ¿de verdad usted se ha leído los artículos 25 y 26 de la ley? Le voy a decir por qué: porque ahí se establecen unas competencias no obligatorias que pueden desarrollar los ayuntamientos. Pero sabe usted perfectamente, señor Jiménez, que eso no es incompatible con que la legislación autonómica pueda establecer un nuevo marco, desde el punto de vista sectorial, en el ámbito de las competencias del Estatuto de Autonomía para atribuirles nuevas competencias a los ayuntamientos. Por tanto, no hay merma de competencias de los ayuntamientos, al revés, se puede seguir desarrollando legislación sectorial que permita más competencias a los ayuntamientos si quiere la comunidad autónoma”<sup>7</sup>.

Dada la enorme diferencia existente entre ambas lecturas del mismo texto legislativo en torno a un aspecto esencial de la Ley 27/2013, cual es el sistema competencial, quizá convenga detenerse siquiera brevemente en el análisis de las novedades que incorpora al respecto en la LRBRL. Y un examen comparado del texto ya vigente respecto del anterior revela una clara merma del mínimo competencial garantizado hasta la reforma por el art. 25.2 LRBRL. Las posibles competencias en materia de vivienda se ciñen ahora a la “vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera” [a]; la genérica mención al medio ambiente queda acotada ahora al “medio ambiente urbano”, excluyéndose por tanto en principio el medio ambiente natural [b]; la anterior materia competencial sobre el transporte público de viajeros se limita tras la reforma al “transporte colectivo urbano” [g]; y desaparece en el vigente art. 25.2 i) LRBRL la referencia a la “defensa de usuarios y consumidores”, que sí estaba en el antecedente art. 25. 2 g).

Pero, sin duda, el aspecto más novedoso y relevante de la Ley 27/2013 es que asigne imperativamente a las CCAA, con pretensión de exclusividad, competencias vinculadas hasta ahora con el nivel municipal. Así, determinados servicios que podrían englobarse en la materia “protección de la salubridad pública” [art.

---

<sup>6</sup> DSPA núm. 67, págs. 10-11.

<sup>7</sup> DSPA núm. 67, págs. 16-17.

25.2 j) LRBRL], quedan excluidos de su posible prestación por parte de los municipios en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 27/2013 (“Servicios de inspección sanitaria”): “En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, las Comunidades Autónomas prestarán los servicios relativos a la inspección y control sanitario de mataderos, de industrias alimentarias y bebidas que hasta ese momento vinieran prestando los municipios”. Se trata de una fórmula de asignación obligatoria a las CCAA de la prestación de servicios que se proyecta asimismo a otras materias, como las relativas a las esferas de la sanidad y los servicios sociales, que sin duda ninguna están llamadas a tener un impacto mucho mayor en todos los órdenes.

En lo que concierne a la sanidad, desaparece como materia competencial la “participación en la gestión de la atención primaria de la salud” [antiguo art. 25.2 i)], previéndose expresamente la asunción de la misma por las CCAA: “Tras la entrada en vigor de esta Ley, de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud”. Una transferencia competencial que, por lo demás, se producirá “con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local” (apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 27/2013). Se impone, por lo demás, a las CCAA la asunción obligatoria de la competencia y de su gestión, e incluso se regula el procedimiento y los plazos en que la misma se hará efectiva: “En el plazo máximo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley, las Comunidades Autónomas asumirán de forma progresiva, un veinte por cien anual, la gestión de los servicios asociados a las competencias sanitarias mencionadas en el apartado anterior. A estos efectos la Comunidad Autónoma elaborará un plan para la evaluación y reestructuración de los servicios” (apartado segundo de la referida Disposición transitoria). Por otra parte, para tener una visión cabal de cómo queda la situación en este ámbito material, debe señalarse la posibilidad de que las Diputaciones coordinen, previo convenio con la correspondiente Comunidad Autónoma, la prestación del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes [art. 36.1 i)].

Vinculadas, así, tanto la titularidad como la gestión de estos servicios obligatoriamente a las CCAA, el margen de decisión que les resta para “disponer” de esta competencia no es otro que el que le atribuye expresamente la propia Ley 27/2013: “Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes...” (apartado

tercero de la Disposición Transitoria Primera Ley 27/2013). Se cierra, de este modo, el paso a que las CCAA reconozcan a sus municipios competencias propias o impropias en esta materia, dado que la prestación autonómica de los servicios se configura en términos imperativos. Restricción que, como se sostuvo de inmediato por un sector de la doctrina, no deja de plantear dudas de constitucionalidad por cuanto impide a las CCAA el libre ejercicio de sus competencias en las materias referidas; limitación injustificada de su esfera competencial que es tanto más evidente en relación con los servicios sociales, habida cuenta que el Estado carece toda competencia explícita sobre el particular.

A unos problemas de semejante índole conduce el tratamiento que la reforma da a la materia “servicios sociales”, la cual, si bien no desaparece por completo de la esfera competencial propia de los municipios, sí experimenta un apreciable recorte. Frente a la anterior “prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”, el nuevo art. 25.2 e) LRBRL solo ofrece a la acción municipal la “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”. Y como sucedía con la sanidad, también se impone a las CCAA la asunción de la titularidad y de la gestión de las competencias que antes se preveían como propias municipales “relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social” (apartado primero de la Disposición Transitoria Segunda de Ley 27/2013), estableciéndose un régimen paralelo al regulado en la antes referida Disposición Transitoria Primera, que, sin embargo, se diferencia en el plazo máximo fijado para la traslación competencial: el 31 de diciembre de 2015. Antes de esta fecha, por tanto, “y previa elaboración de un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios, las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, habrán de asumir la cobertura inmediata de dicha prestación” (apartado segundo DT 2ª LRBRL).

Estas mermas en la garantía competencial mínima *ex* art. 25.2 LRBRL difícilmente pueden entenderse compensadas por las nuevas materias competenciales que se añaden a las preexistentes, como sucede con la “promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones” [iñ]. Aunque especialmente controvertida fue la pretendida expansión competencial en materia de educación, toda vez que el precedente ámbito material –que en buena medida se mantiene<sup>8</sup>– se vio precisado y completado en el siguiente párrafo: “La con-

---

<sup>8</sup> “Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros”.

servación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial” [n)]<sup>9</sup>. Se trata de un incremento del radio de acción municipal que, sin embargo, sería rechazado por la FEMP, que propugnaría su eliminación del Proyecto argumentando en lo esencial que era una competencia de titularidad autonómica<sup>10</sup>. La solución finalmente adoptada reside en considerar que la generalidad de las competencias municipales en materia educativa tienen un carácter puramente provisional, puesto que la Disposición Adicional Decimaquinta de la Ley 27/2013 (“Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la educación”) establece sobre el particular: “Las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se prevén como propias del Municipio, aun cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local. En resumidas cuentas, el saldo neto que arroja la nueva redacción del art. 25.2 LRBRL es la reducción del ámbito material sobre el que el legislador sectorial debe necesariamente reconocer a los municipios competencias propias.

Por otro lado, la reforma también ha entrañado una sustancial modificación del régimen referente a lo que se dio en denominar las “competencias impropias”, esto es, la prestación de determinados servicios que asumieron los municipios pese a que, en puridad, no fuesen reconducibles a la esfera de sus competencias propias o delegadas. Se trataría de servicios o actividades que, como consecuencia de las demandas ciudadanas, se prestaron a asumir por más que recayeran en la responsabilidad de otros niveles de gobierno. Se abrió, así, paso en la praxis política la denominación de “competencias impropias” para designar esas nuevas tareas, así como la de “gastos no obligatorios” y “gastos de suplencia” para denotar los costes que entrañaban para las arcas municipales.

Pues bien, la reducción de estos servicios impropios pretende lograrse erradicando los dos principales asideros competenciales que, en el anterior sistema, ha-

---

<sup>9</sup> En la anterior redacción el municipio se limitaba a “cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos”.

<sup>10</sup> Debe notarse que se trataba de una materia que prácticamente desapareció del listado del art. 25.2 LRBRL en la versión del Anteproyecto de febrero de 2013, y que fue la resistencia de las CCAA a asumir estas competencias –y la consiguiente carga financiera– lo que llevó a su inclusión en el Proyecto (véase JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL: “El Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: novedades más relevantes en relación con los borradores del PLRSAL y principales enmiendas aprobadas en el Congreso de los Diputados”, *Diario del Derecho Municipal*, Iustel, 26/11/2013 (RI §1120871)

bían permitido su asunción voluntaria por los municipios. De una parte, si la cláusula genérica del art. 25.1 LRBRL permitía antes al municipio, en el ámbito de sus competencias, “promover *toda clase* de actividades y prestar *cuantos* servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”, ahora puede “promover actividades y prestar los servicios públicos...”; y, además, el reformado art. 25.1 LRBRL se “cierra” con la adición de un último inciso, de tal modo que dichas promoción y prestación solo podrá acometerse por los municipios “en los términos previstos en este artículo”, esto es, en el ámbito de sus competencias propias. Y, de otro lado, con la supresión del art. 28 LRBRL (“actividades complementarias”) se obstruye otra vía esencial que permitía que libremente los municipios desarrollasen otras funciones diferentes a las tasadas por el legislador en el marco de las competencias propias o a las atribuidas por delegación. No debe soslayarse que el suprimido art. 28 LRBRL les habilitaba expresamente para operar en ámbitos socialmente tan relevantes como “la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”.

Y, sin embargo, la Ley 27/2013 no cierra por completo el paso a que los municipios, por su propia iniciativa, puedan asumir esas tareas potestativas, al permitirles el ejercicio de competencias distintas a las propias y a las atribuidas por delegación (art. 7.4 LRBRL). Ahora bien, el precepto sujeta tal eventualidad a que concurren las siguientes condiciones: 1º) “cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”; y 2º) “no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública”. Así, pues, la posibilidad de asumir competencias distintas a las propias o a las atribuidas por delegación se circunscriben a los requisitos de que se respeten los compromisos de disciplina fiscal impuestos a las entidades locales por la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, por una parte, y, por otro lado, de que no haya una ejecución simultánea del mismo servicio por diversas Administraciones. Y corresponde a la Administración competente por razón de la materia emitir el informe –vinculante– en el que se señale la inexistencia de duplicidades; mientras que el informe relativo al riesgo de sostenibilidad financiera ha de ser evacuado por la Administración competente en materia de tutela financiera de los entes locales, que, en el caso de Andalucía, es la Comunidad Autónoma. En consecuencia, el papel de la Junta de Andalucía será capital a la hora de determinar el mantenimiento de las competencias impropias que hoy desempeñan los ayuntamientos, toda vez que en la mayor parte de los casos recaen sobre materias atribuidas a la Junta por el Estatuto de Autonomía. El *placet* de la Comunidad Autónoma deviene, pues, condición *sine qua non* para la prestación de estos “servicios impropios”, por más que el municipio en cuestión esté saneado financieramente y, por tanto, esté en con-

diciones de atender las demandas de los vecinos en punto a la mejora de la prestación del servicio.

Hasta aquí llegan las referencias que se hicieron en el Pleno a la cuestión competencial, que centró en buena medida las intervenciones de los diferentes grupos parlamentarios. Aunque, lógicamente, en el curso de la sesión plenaria no dejaron de apuntarse algunas otras debilidades de la reforma desde el punto de vista constitucional. En este sentido, atinó el portavoz socialista, Sr. Jiménez, cuando quiso subrayar la peculiar novedad introducida en punto a la toma de ciertas decisiones esenciales por parte de los gobiernos locales: “Y, por último, señorías, esta ley es inconstitucional porque supone una lesión del principio democrático del artículo 1.1 de la Constitución Española, nada más y nada menos que del artículo 1.1 de la Constitución Española. Esta ley en su conformación tira a la basura los votos que recibe la oposición en un ayuntamiento, hurtando el derecho de esos ciudadanos a ser representados democráticamente en sus ayuntamientos, en sus municipios. Y lo hace al establecer que, cuando el pleno de la corporación local no alcance en primera votación la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos tan importantes como la aprobación de los presupuestos, los planes económico-financieros, los planes de saneamiento o la entrada en mecanismos extraordinarios de financiación, la junta de gobierno local, que no el pleno, tendría las competencias para poder aprobarlo. Se hurta así a la oposición el conocimiento, el control y la votación sobre temas de vital importancia para los ayuntamientos, y se despeja, evidentemente, el camino para que la cuchilla entre hasta donde haga falta en los presupuestos de los ayuntamientos”<sup>11</sup>.

Y otra de las cuestiones que no quiso el portavoz socialista dejar de mencionar en su intervención fue la relativa a las entidades locales de ámbito inferior al municipio. En opinión del Sr. Jiménez, “este *reformazo* pone en peligro el medio rural, deja en el aire el futuro de más de tres mil setecientas entidades locales de nuestro país, que cuentan con más de cien mil habitantes, 48 de ellas en Andalucía, empobreciendo la calidad de vida de la ciudadanía, que ya no va a contar con los servicios básicos en su territorio, en su municipio. Se crean ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda y se contribuye al despoblamiento del medio rural. La concentración de población que esa pérdida de servicio en el ámbito rural puede tener, en el ámbito urbano puede acabar generando un nuevo tipo de miseria urbana al no haber servicios públicos suficientes y eficientes”. Frente a estas consideraciones críticas, nuevamente el portavoz del grupo parlamentario popular le reprocharía desconocimiento y falta de preparación: “Mire usted, ha di-

---

<sup>11</sup> DSPA núm. 67, pág. 12.

cho que 3.500 entidades locales menores van a desaparecer. ¿Se ha leído usted la ley? ¿Sabe usted que la ley finalmente, en el último minuto en el Senado, se metió una enmienda donde decía que las entidades locales menores mantenían toda la personalidad jurídica y, por tanto, el estatus actual que tienen? Por tanto, lo que usted acaba de decir aquí es rotundamente falso”<sup>12</sup>.

Esta nueva divergencia entre ambos portavoces nos fuerza, otra vez, a indagar cuál sea el verdadero alcance de la Ley 27/2013 a este respecto. Pues bien, debemos comenzar reseñando que la reducción del número de entidades locales menores aparecía como un claro objetivo del Ejecutivo desde los primeros borradores de Anteproyecto. En este sentido, en virtud del apartado segundo de la Disposición Adicional Undécima del Anteproyecto, debían quedar disueltas todas aquellas entidades que, tras la correspondiente evaluación, mostrasen “la inadecuación de la prestación de servicios en su ámbito”. Se dejaba así en manos de un concepto absolutamente indeterminado —y, en cualquier caso, más riguroso que el de la superación del coste estándar—, la supervivencia de las entidades preexistentes. Sin embargo, el Dictamen del Consejo de Estado plantearía serias objeciones referentes a las notables dosis de inseguridad jurídica que causaba esta imprecisa regulación, así como a la posible vulneración de las competencias de las CCAA que la misma entrañaba, dado el fuerte grado de *interiorización* autonómica de estas entidades (STC 214/1989). Habida cuenta de estas advertencias, la Ley 27/2013 no ha incorporado la mencionada disposición y solo ha mantenido de un modo muy singular parte de las restricciones que estaban en dicho Anteproyecto.

Así, la pretendida *degradación* de estas entidades que parece desprenderse de algunos preceptos de la LRBRL se ve sustancialmente matizada más adelante por la propia Ley. Si en el nuevo art. 3.2 LRBRL las entidades de ámbito inferior al municipio dejan de tener la condición de “entidades locales” y en el primer apartado del art. 24 bis se les priva de “personalidad jurídica”, debe notarse que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 27/2013, en su primer apartado, establece que las existentes en el momento de su entrada en vigor mantendrán ambas condiciones. Además, la generosa causa de disolución de las entidades locales menores pergeñada en el Anteproyecto ha quedado reducida al incumplimiento de la obligación de presentar sus cuentas, con fecha de 31 de diciembre de 2014, ante los organismos correspondientes del Estado y de la respectiva Comunidad Autónoma (Disposición Transitoria Cuarta, apartados segundo y tercero). La reforma se centra, por tanto, esencialmente en el objetivo de refrenar la

---

<sup>12</sup> DSPA núm. 67, pág. 13.

ampliación de su número, obstaculizando su creación. Y ello no solo porque las futuras que puedan establecerse serán una mera “forma de organización des-concentrada” del municipio (art. 24 bis, primer apartado), sino porque su creación se supedita a la condición de que resulte “una opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuerdo con los principios previstos” en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria (tercer apartado del art. 24 bis).

Con esta cuestión se cierra el círculo de los principales puntos de debate y divergencia que jalaron la sesión plenaria. Por lo demás, era de todo punto previsible el resultado de la votación de la propuesta de acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: la suma de los votos de los grupos proponentes (socialista e izquierda unida) haría que obtuviese 57 votos a favor frente a 47 votos en contra.

Manuel Medina Guerrero

# DOCUMENTOS Y CRÓNICAS



# Aspectos jurídicos del precio del agua

## Especial referencia a la empresa metropolitana de aguas de Sevilla (EMASESA)<sup>1</sup>

*Luis Enrique Flores Domínguez*

Secretario General Excmo. Ayuntamiento de Sevilla

I.- ABASTECIMIENTO Y DEPURACIÓN DE AGUAS UNA COMPETENCIA TÍPICAMENTE MUNICIPAL. II.- LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA EN LA FIJACIÓN DEL PRECIO DEL AGUA. III.- EL CONFLICTO ENTRE LA POTESTAD TARIFARIA LOCAL Y LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA. PAUTAS JURISPRUDENCIALES. IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA CONTRAPRESTACION POR EL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA. IV.- PROCEDIMIENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS TARIFAS. V.- SINGULARIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN EL CASO DE EMASESA. EL SUPUESTO DE LA SOCIEDAD INTERLOCAL.

### I ABASTECIMIENTO Y DEPURACIÓN DE AGUAS UNA COMPETENCIA TÍPICAMENTE MUNICIPAL

El Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 (art. 201) contemplaba como obligación mínima de los Ayuntamientos:

a) el suministro, vigilancia y protección de aguas potables, de pureza bacteriológica garantizada

---

<sup>1</sup> Se incorporan al presente trabajo unas reflexiones previas formuladas con ocasión de nuestra intervención en la jornada técnica “Aspectos jurídicos y administrativos del precio del agua”. En *Jornada Técnica “¿Qué pagamos en la factura del agua?”*. Grupo Yoli-Emasesa. Sevilla, 17 de diciembre de 2013. A la que se han añadido diversos informes elaborados por quien suscribe en la Secretaría General del Ayuntamiento de Sevilla, con ocasión de las tarifas de EMASESA.

b) la evacuación, en condiciones higiénicas, de las aguas negras y materias residuales.

En los de más de 15.000 habitantes, además, era exigible la desaparición de los pozos negros y su sustitución gradual por sistemas modernos de depuración y eliminación de las excretas.

La Ley de Régimen Local de 1955 fue más cicatera, ya que la prestación de los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado solo era exigible para los municipios con núcleos de población superior a 5.000 habitantes. En los de menos, únicamente era obligatorio el servicio de “surtido de agua potable en fuentes públicas; abrevaderos y lavaderos”.

La Ley /71985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), volvió a establecer la obligatoriedad, en todos los municipios, de la prestación de los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado (artículo 26.1.a). Además, el artículo 86.2 declara la reserva en favor de las Entidades locales de los servicios de “abastecimiento y depuración de aguas”, que, en consecuencia, pueden prestarse en régimen de monopolio. La reforma efectuada a la LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local mantiene esta previsión, pero estos son dos de los servicios que en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará su prestación (nuevo artículo 26.2).<sup>2</sup>

Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera. El coste lo repercutirá al municipio o se financiará mediante tasas. Estando este trabajo en impresión, el Consejo de Estado ha emitido el Dictamen de 22 de mayo de 2014, en el conflicto en defensa de la autonomía local, cuestionando la Constitucionalidad de esta fórmula.

---

<sup>2</sup> Resulta curioso que el apartado 1.a) del artículo 26 se refiera a los servicios de “abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado”, y el apartado 2.b a los servicios de “abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales”.

Por su parte, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), atribuye competencia a los municipios para el abastecimiento de agua de consumo en su artículo 9.4. Asimismo, esta norma le atribuye en su artículo 31.2 la consideración de servicio público básico por remisión al artículo 92.2.d) del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo y a mayor abundamiento, la consideración de servicio público reservado conforme al artículo 32.

La realidad, no obstante, es que estos servicios han sido prestados siempre en el ámbito supramunicipal, mediante la fórmula de la asociación de municipios - Mancomunidades- o mediante la creación de Consorcios cuando participaban distintas Administraciones. Resulta, por ello, sorprendente que la nueva redacción del artículo 26.1 haya suprimido la referencia que se hacía a la posibilidad de prestar los municipios los servicios obligatorios “asociados”. Aunque ya hemos dicho que el nuevo artículo 26.2 al referirse a la gestión coordinada por la Diputación contempla a los consorcios y a las mancomunidades.

La EMPRESA METROPOLITANA DE AGUAS DE SEVILLA, SOCIEDAD ANÓNIMA (EMSASESA) planteó una fórmula novedosa al constituir una sociedad mercantil cuyo capital social fue suscrito por once municipios<sup>3</sup>, a pesar de que el entonces vigente artículo 85.2.A,d) LBRL exigía para la gestión directa mediante sociedad mercantil local que “el capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma”. Esta fórmula tuvo posteriormente pleno respaldo legal con la disposición final primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al posibilitar que la gestión directa del art. 85.2 pudiera ser mediante sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública, lo que permitía que fuese de varias entidades locales.

Posteriormente, el artículo 39 LAULA regula la figura de la sociedad interlocal señalando literalmente lo siguiente:

*“Las entidades locales podrán crear o participar en sociedades interlocales para la prestación conjunta de actividades y servicios de su competencia, prestación que tendrá la consideración de gestión propia siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

---

<sup>3</sup> EMASESA, como empresa de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla SA, comienza su actividad el 23 de octubre de 1974, cuando fue erigida por el Ayuntamiento de Sevilla como empresa municipal, habiendo modificado su denominación como Metropolitana el 8 de mayo de 2007. Gestiona el abastecimiento directo de agua potable de la capital hispalense y el de las poblaciones de Camas, Dos Hermanas, Alcalá de Guadaíra, Mairena de Alcor, San Juan de Aznalfarache, Coria del Río, La Puebla del Río, Alcalá del Río, La Rinconada, El Garrobo y El Ronquillo. Con Agua bruta, sin tratar, abastece también a las 26 poblaciones situadas en el Aljarafe sevillano y a Guillena - Las Pajanas

1. *Capital exclusivo público local, con prohibición expresa de entrada de capital privado.*
2. *Que las entidades locales integrantes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.*
3. *Adopción de acuerdos por mayoría e integración de los órganos sociales por los entes que la componen.*
4. *No puede tener encomendadas actividades de mercado.*
5. *Como forma de gestión propia, la sociedad interlocal solo puede prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean.”*

## II. LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA EN LA FIJACIÓN DEL PRECIO DEL AGUA

Como antecedente de la intervención administrativa en la fijación del precio del agua podemos citar el Decreto-Ley 12/1973, de 30 de noviembre, que estableció un régimen de precios hasta el 31 de diciembre de 1974. Este régimen, con modificaciones, fue mantenido sin fecha por el Decreto-ley 6/1974, de 27 de noviembre, desarrollado por Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre.

Los llamados Pactos de la Moncloa, en documento aprobado el 27 de octubre de 1977, acordaron, entre otras medidas económicas, el “Mantenimiento transitorio de un sistema de precios controlados que afectará a productos estratégicos respecto del coste de la vida o a los precios que se formen bajo condiciones monopolísticas.” En desarrollo de este acuerdo se dictó el R.D. 2695/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios, con el fin de evitar en la formación de los precios componentes que pudieran perturbar el objetivo de reducir la tasa de inflación (26,390% en 1977). El régimen jurídico que establece el Decreto es, en síntesis, el siguiente:

- a) Establecer una lista de bienes y servicios para los que la elevación del precio requería autorización, los denominados precios autorizados (entre ellos, agua –abastecimiento de poblaciones-, siendo competencia de la Comisión Provincial de Precios). Y otra lista de bienes y servicios que exigían comunicación previa a su aplicación, denominados precios comunicados.
- b) La elevación de precios sin la autorización o comunicación previa constituía infracción en materia de disciplina del mercado.
- c) El criterio para elevar el precio debía basarse en elevaciones de costes de

producción o de comercialización. Las amortizaciones, nuevas inversiones y la retribución de recursos propios o ajenos, se considerarán desde la perspectiva normal del desarrollo de la actividad empresarial. También deberán tenerse en cuenta factores de posible compensación de costes y muy especialmente los derivados de incrementos de productividad.

En el ámbito de los servicios locales hay que destacar el Real Decreto 2225/1977, de 5 de agosto, por el que se modifica el Decreto 3474/1974, de 20 de diciembre, en lo relativo a las autorizaciones de aumento de tarifas de servicios de competencia local. El procedimiento que se establece es el siguiente: a) los expedientes de elevación de las tarifas de los servicios de competencia local se tramitarán inicialmente por la corporación titular del servicio, a instancia del órgano o entidad gestora o concesionaria del mismo. A la petición deberá acompañarse el estudio económico previsto por el artículo dieciocho, apartado primero, de la ley cuarenta y ocho/mil novecientos sesenta y seis, de veintitrés de julio; b) la corporación emitirá informe motivado sobre la elevación solicitada, precisando con exactitud las cantidades o porcentajes de aumento que estime adecuados, y elevará el expediente completo al gobernador civil de la provincia; c) el gobernador civil someterá el expediente a informe de la comisión provincial de precios y, en especial, de los servicios provinciales de los ministerios competentes por razón de la materia; d) evacuados estos trámites, el gobernador civil dictará resolución fijando la cuantía concreta de la elevación, que en ningún caso podrá exceder del máximo fijado por la corporación en su informe.

La CE en su artículo 140 reconoce la autonomía de los municipios, que ha sido definida por el TC como una garantía institucional (STC 32/1981, de 28 de julio), si bien la nueva redacción del artículo 2 LBRL la sujeta “a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. El artículo 4,b LBRL, entre un elenco de potestades, atribuye a los municipios la potestad tributaria y financiera. No obstante, el artículo 4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, matiza que esa potestad tributaria se desarrolla de acuerdo con la Constitución y las leyes. Un límite claro a esta potestad lo impone la reserva de ley que establece el artículo 31 CE a la hora de fijar prestaciones personales o patrimoniales de carácter público (sobre este concepto volveremos más adelante). No obstante esta previsión constitucional de reconocimiento de la autonomía local, ha sido pacífica la utilización del R.D. 2695/1977 para adoptar medidas en materia de intervención de precios. Así, las Órdenes de 1 de diciembre de 1986, 23 de diciembre de 1987 o 26 de febrero de 1993, todas ellas dictadas después de la entrada en vigor de la Constitución.

Un avance en la liberalización de precios lo constituye el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y li-

beralización de la actividad económica, cuyo art. 16 suprimió la Junta Superior de Precios y liberalizó una serie de precios. El agua (abastecimiento a poblaciones) se mantuvo como precio autorizado pero de ámbito autonómico al incluirse en el anexo 2, correspondiendo a las Comisiones Autonómicas y Provinciales de Precios su aprobación (sic).

Como consecuencia de la configuración del Estado autonómico, y el acceso a la autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por Real Decreto 4119/1982, de 29 de diciembre, se traspasó a la Comunidad Autónoma las competencias sobre precios autorizados, tanto las atribuidas por R.D. 2695/1977 a las Comisiones Provinciales de Precios, como las atribuidas por R.D. 2225/1977 a los Gobernadores Civiles. Además, se crea la Comisión de Precios en Andalucía.

La regulación en Andalucía se llevó a cabo mediante las siguientes normas: a) Decreto 99/1985, de 15 de mayo, que crea las Comisiones Provinciales de Precios; b) Decreto 266/1988, de 29 de febrero, ampliando la desconcentración. La vigente regulación la encontramos en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre, con las siguientes características:

a.- Utiliza como título competencial el art. 58.2.1º del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas sobre el fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general.

b.- Las únicas tarifas que permanecen como precios autorizados son las relativas al abastecimiento de agua a poblaciones; transporte mediante autotaxi y transporte urbano colectivo de viajeros.

c.- En cuanto a los criterios para la autorización, reproduce los del R.D. 2695/1977, añadiendo que se tendrá en cuenta “el objeto social, el ámbito territorial y la situación económica de la empresa”.

d.- Los órganos competentes y el procedimiento se regulan minuciosamente en el Decreto. Deberá recabarse informe de la Agencia Andaluza del Agua, un trámite de participación ciudadana (municipios, consumidores, organizaciones sindicales y empresariales) y trámite de audiencia al municipio.

e.- La resolución podrá autorizar o denegar el establecimiento o modificación de las tarifas, debiendo ser publicada en el BOJA aquellas que sean autorizatorias. Si transcurren tres meses desde la solicitud sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá autorizado el establecimiento o modificación de la tarifa.

### III. EL CONFLICTO ENTRE LA POTESTAD TARIFARIA LOCAL Y LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA. PAUTAS JURISPRUDENCIALES.

La STS 9 de julio de 2003 (RJ 2003\6287) ha resumido muy acertadamente las claves de este conflicto, con gran cita jurisprudencial. Extractamos algunos de sus pronunciamientos:

“El Tribunal Constitucional, TC, en las sentencias 97/1983 ( RTC 1983, 97) y 53/1984 ( RTC 1984, 53) , ha deslindado dicha potestad tarifaria y la política de precios (régimen de precios autorizados) y señala que, cuando concurren ambas intervenciones administrativas, no desaparece la potestad tarifaria sino que se da la yuxtaposición de ambas, pues «el que la potestad tarifaria tenga que respetar, en el ámbito de las calificaciones de precios, las decisiones que correspondan a la competente en la materia, podrá condicionar el contenido de las tarifas, pero no priva al que tiene el poder tarifario de su competencia y no atrae al título en materia de precios la competencia en materia de transportes».

“Las sentencias del Tribunal Supremo, TS, de 25 de noviembre de 1978 ( RJ 1978, 3822) , 3 de febrero de 1986 ( RJ 1986, 895) , 7 de mayo de 1987 ( RJ 1987, 5248) , 4 de mayo de 1990 ( RJ 1990, 4238) y 11 de junio de 1993 señalan que la potestad tarifaria y la potestad de ordenación de precios tienen fundamentos y fines diversos, pues la primera se atribuye al titular del servicio y, si la segunda, asumida hoy por las Comunidades Autónomas, CC.AA., puede condicionar el ejercicio de la primera, limitando los incrementos de las tarifas para contener la inflación, ambas potestades no se confunden, ni puede utilizarse una con los fines de la otra sin incurrir en desviación de poder; de modo que, una vez fijada la tarifa del servicio por el municipio titular del mismo, si se trata de un servicio en régimen de «precios autorizados», se elevará la propuesta a la Comisión de Precios para que autorice, o no, el incremento propuesto, pudiendo dicha Comisión autonómica autorizar, negar o reducir dicho incremento, pero no autorizar un incremento mayor, ni sustituir la estructura tarifaria o los criterios de quien ordena la gestión del servicio, que es el Ayuntamiento.”

“No cabe confundir dicho control de precios en régimen de autorización con el desaparecido régimen general de tutela de las Corporaciones locales a cargo de los Gobernadores Civiles, pues, a partir del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril ( RCL 1986, 1238, 2271 y 3551) , concluyó tal régimen general de tutela y, además, el control de precios, antes en manos de dichos Gobernadores, pasó ya a la Comisión de Precios Autonómica (oportunamente transferido).”

“De ahí, como destacó la precitada Sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 2000 ( RJ 2001, 951 ) , que el artículo 107, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril ( RCL 1986, 1238, 2271 y 3551 ) , por el que se aprobó el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, admite claramente la distinción conceptual que estamos analizando, al disponer: «1. La determinación de las tarifas de los servicios (potestad tarifaria) que, con arreglo a la legislación sobre política general de precios, deban ser autorizadas (competencia sobre precios) por Comunidades Autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas», y de ahí, también, que interese destacar con dicha sentencia que el artículo 107, acabado de transcribir, utilice «con precisión terminológica el concepto de autorización, como técnica administrativa de limitación de derechos, en este caso de la potestad tarifaria que corresponde a las Corporaciones Locales, concedentes del servicio público de transportes terrestres urbanos, en su término municipal. Esta modalidad de autorización propia de la intervención del Estado en la economía, y más concretamente de la política de precios tendente a controlar los procesos inflacionarios de la economía, implica la preexistencia de un derecho, en este caso la potestad tarifaria de las Corporaciones Locales, pero limitado en su ejercicio, para hacerlo acorde con los objetivos de política económica patrocinados por el Gobierno; por ello, la autorización referida comporta las siguientes notas conceptuales: a) Sobre la potestad tarifaria, se superpone la potestad de ordenación y control de la economía. b) Las Corporaciones Locales conservan la potestad tarifaria que se funda en la mejor y más eficaz prestación del servicio público, así como en la consecución del equilibrio económico de la explotación, que no obstante puede ser sustituido por déficits admitidos intencionadamente por razones sociales, enjugados con subvenciones. Ahora bien, la Corporación Local está limitada y debe respetar la política de precios señalada por el Gobierno, que éste ejerce a través de las preceptivas autorizaciones, siempre que aquélla pretenda aumentar las Tarifas. c) Las Comunidades Autónomas son las competentes para otorgar o denegar las necesarias autorizaciones, pero, y esto es muy importante, sus acuerdos deben estar fundados exclusivamente en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de política económica y, sobre todo, la justificación del aumento de las Tarifas debida al aumento del coste de explotación. Es fundamental tener claro que la Comunidad Autónoma autorizante no puede invadir la competencia sobre tarifas que corresponde a la Corporación Local, basándose en razones relativas al funcionamiento del servicio».

Sentada esta doctrina jurisprudencial hay que plantearse una cuestión clave: la repercusión de la tarifa autorizada sobre el funcionamiento del servicio. Y esa

cuestión la resuelve el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, al sentar el principio esencial de que las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio. No obstante, añade, cuando se trate de precios autorizados y las circunstancias aconsejen mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los de la referida autofinanciación, la Administración competente para acordarlo así, deberá autorizar simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes. Es decir, que si la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su competencia sobre precios, decide no autorizar una tarifa provocando con ello que no se autofinancie el servicio, debe compensar hasta conseguir esta nivelación.

#### IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA CONTRAPRESTACION POR EL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA<sup>4</sup>

##### I. ANTECEDENTES GENERALES<sup>5</sup>

La Ley 8/1989, de 13 de abril, configuró, en su artículo 6, las tasas como “tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público, que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos, cuando concurren las dos siguientes circunstancias: a) Que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados. b) Que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad o porque, en relación a dichos servicios, esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.” Los precios públicos, artículo 24, se definieron como contraprestaciones pecuniarias por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o bien por la prestación de servicios cuya contraprestación no reuniera los requisitos para ser considerada como tasa.

Frente a esta regulación se interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la STC 185/1995, de 14 de diciembre, declarando la inconstitucionalidad de determinados aspectos del artículo 24. El TC utiliza el concepto de prestación patrimonial de carácter público que recoge el artículo 31 CE a efectos de establecer o no la reserva de ley. Concluye que lo que caracteriza a este

---

<sup>4</sup> Texto literal de informe emitido por quien suscribe, en su condición de Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con fecha 4 de octubre de 2011.

<sup>5</sup> Posteriormente a la emisión de este informe, hemos accedido al contenido del libro “*El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*”, coordinado por MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, editado por la Fundación Agbar, enero 2012.

concepto es la nota de la coactividad (f.j.1), para lo que es preciso “averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación”. Precisando que deben entenderse coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho es obligatoria, cuando la actividad o servicio requerido es “objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares” o cuando los poderes públicos actúan en posición de monopolio de hecho o de derecho. En estos casos, el TC llega a la conclusión de que estamos ante una prestación patrimonial de carácter público y, en consecuencia, es exigible la reserva de ley para su establecimiento. Lo cierto es que el TC no entró a calificar las figuras —si eran tasas o de otra naturaleza— limitándose a conceptualizarlas como prestaciones patrimoniales de carácter público, insistimos, a los efectos del artículo 31 CE (en esta línea STS 7 de marzo de 2007, f.j. 3º).

El legislador estatal, mediante la Ley 25/1998, de 13 de julio, dio cumplimiento a la doctrina constitucional modificando la Ley General Tributaria y la Ley de Tasas y Precios Públicos. Lo cierto es que el legislador se limitó a reconducir a tasas todas las figuras que estaban configuradas como precios públicos y que no resistían el juicio constitucional. Esta operación, en puridad, no la exigía el TC, que únicamente proclamó el sometimiento a la reserva de ley, que podía cumplirse con otras operaciones distintas a la simple de la conversión en tasas. Así, el art. 26.1.a Ley General Tributaria (LGT) quedó con la siguiente redacción: Tasas son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en la prestación de servicios o en la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo, siempre que no sean de solicitud voluntaria para los administrados y que no se presten por el sector privado. Idéntica redacción se incorporó a la legislación reguladora de las Haciendas Locales, actualmente el artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

La cuestión clave para establecer si determinadas contraprestaciones por servicios prestados por la Administración y de recepción obligatoria, o en posición de monopolio, tenían la consideración de tasas o de precios privados, se desplazó hacia el régimen en que el servicio se prestaba, dado que si lo era en régimen de derecho público tenían la naturaleza de tasa, y en caso contrario de precio. La jurisprudencia, no unánime y que luego exponaremos, se decantó en considerar que nos hallábamos ante una tarifa cuando el servicio se prestaba en régimen de derecho privado, fundamentalmente a través del contrato de concesión de servicio público (en la medida en que el contratista se remunera directamente de los usuarios).

Este estado de cosas se vio sustancialmente alterado tras la entrada en vigor de la nueva Ley General Tributaria, aprobada por Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que intentó aclarar en su artículo 2.2 qué debía entenderse por régimen de Derecho Público a los efectos de configurar una contraprestación como tasa, añadiendo en su párrafo segundo que “*se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público*”. En definitiva, la distinción gestión directa/gestión indirecta dejó de ser un criterio rector para delimitar las figuras tasas/precios privados, con la conclusión de que la prestación de un servicio de titularidad de la Administración, que reuniera el requisito de la coactividad en los términos expuestos y con independencia de la forma de gestión, debía configurarse como tasa.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, al suprimir el párrafo segundo del artículo 2.2.a) LGT, mediante su disposición final quincuagésima octava, ha vuelto a provocar el debate en los términos que exponremos.

## II. EL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA

Probablemente el servicio de abastecimiento de agua es uno de los que ha generado más controversia acerca de la naturaleza jurídica de la contraprestación abonada por el usuario, probablemente por los fuertes intereses económicos en juego.

Hasta la LGT 2003 la mayoría de la jurisprudencia se inclinaba por el carácter de precio privado de la contraprestación cuando se prestaba por el concesionario, entendiendo que las tarifas son contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario, que éste hace suyas por título de derecho privado (SSTS 29 de enero de 1998, 21 de abril y 2 de julio de 1999, 30 de abril de 2001, 4 de abril de 2004, 7 de marzo y 19 de diciembre de 2007). No obstante, también hubo algún pronunciamiento que calificó como tasa la contraprestación que satisface el usuario del servicio público de suministro de agua potable, ya sea mediante concesión, entidad pública empresarial o a través de sociedades municipales, ya que “*la forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación*” (SSTS 16 y 20 de julio de 2009).

En este panorama incide la LGT de 2003 al introducir el ya citado párrafo segundo al artículo 2.2.a), que asimila “régimen de derecho público” a cualquier forma de gestión de las previstas en la legislación administrativa. El párrafo obedece a la aceptación de dos enmiendas –de IU y de CIU–, motivadas en que “*siguiendo la doctrina constitucional (...) es irrelevante la forma de gestión y que el carácter de ta-*

sa resulta obligado cuando se trata de un servicio de recepción obligatoria, por ser necesario o no prestarse por el sector privado”. Ciertamente esa no era la conclusión a que llegó la doctrina constitucional, tal como expusimos anteriormente, que se limitó a constatar que si nos hallamos en presencia de la imposición coactiva de la contraprestación estamos ante una prestación patrimonial de carácter público sujeta a la reserva de ley, pero no necesariamente ante una tasa.

No obstante, la interpretación más común fue la de sostener que la contraprestación por el servicio de agua potable tenía naturaleza jurídica de tasa. Así, la propia Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, que en consulta de 26 de octubre de 2007 añadió que “*las tasas recaudadas, en cuanto ingreso de Derecho Público de la hacienda municipal han de ingresarse por su importe total en las arcas municipales y ello con independencia de que se hayan utilizado sistemas de gestión directa o indirecta*”; también la Audiencia de Cuentas de Canarias en dictamen de 18 de diciembre de 2009, señalando que esta tasa “*no puede ser exaccionada directamente por parte de un sujeto de derecho privado*”; o el propio TS en sentencia de 12 de noviembre de 2009, relativa a la contraprestación por el servicio de alcantarillado.

Un análisis exhaustivo de la evolución jurisprudencial hasta la Ley de Economía Sostenible lo encontramos en la STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 370\2003).

### III. LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

La disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, suprimió el párrafo segundo del artículo 2.2.,a) de la Ley General Tributaria, correspondiéndonos ahora determinar cuál sea el alcance de dicha derogación. Para ello puede sernos de gran valía la tramitación de esta reforma.

La disposición adicional quincuagésima octava no aparece en el Proyecto de Ley. Es el grupo parlamentario de CIU quien presenta una enmienda que afectaba a la LGT con el siguiente tenor literal: “*No tendrán la consideración de tasas la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que presten las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que presten los particulares que indirectamente gestionan servicios públicos o concesiones de obras públicas siempre y cuando sea satisfecha directamente por los usuarios al gestor del servicio en el marco de una relación contractual de derecho privado entre el usuario y el gestor, y no aparezcan como ingresos públicos en los Presupuestos de la respectiva Administración*”, concluyendo que “*es necesaria una clarificación por la que quede establecido que la contraprestación de servicios públicos tendrá la naturaleza de precio privado (tarifa) cuando sea satisfecho por el usuario al gestor del servicio cuando su naturaleza jurídica sea de derecho privado, y de tasa cuando se trate de una gestión directa realizada por la Administración*”. Realmente era una norma más aclaratoria que

imperativa, ya que pretende concretar, en contra de la norma vigente, qué se entiende por “régimen de Derecho Público”. Finalmente, en el debate en el Senado, se plasmó una enmienda transaccional –apoyada por el Grupo Socialista– consistente en la supresión del párrafo segundo del artículo 2.2.a.

De la tramitación parlamentaria, podemos obtener las siguientes conclusiones:

1ª La situación jurídica vuelve al debate planteado antes de la LGT de 2003, es decir, a una jurisprudencia mayoritaria que se inclinaba hacia la configuración de precio privado cuando intervenía un ente sujeto al Derecho privado, singularmente el concesionario.

2ª La voluntad de la enmienda parece clara en la línea de reforzar esa interpretación, ya que se refería a “*entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado*”. No obstante, *in fine* se refiere a la gestión directa realizada por la Administración, aunque con poca ortodoxia ya que la sociedad mercantil íntegramente municipal también es gestión directa.

#### IV. SITUACIÓN ACTUAL.

La primera consecuencia que podemos obtener de lo expuesto es que la contraprestación que abonan los usuarios del servicio de agua, a tenor de la doctrina constitucional, debe calificarse como prestación patrimonial de carácter público al reunir la nota de la coactividad, en cuanto el servicio requerido sirve una necesidad básica, al menos para la generalidad, y sobretodo porque estamos ante una situación de monopolio. La consecuencia es que a este tipo de prestaciones le es exigible la reserva de ley del artículo 31 CE. Ello no plantea problemas en el ámbito local, ya que la reserva de ley se flexibiliza y queda cubierta con el acuerdo del Pleno (STC 233/1999, 16 de diciembre).

Sentada la premisa anterior entendemos que esta prestación debe configurarse como un precio privado por las siguientes razones:

1ª Cuando nuestro ordenamiento jurídico se refiere en general a un “régimen de Derecho público” alude a un régimen de potestades, poderes y facultades exorbitantes que no se dan en los supuestos en que actúa un ente sujeto al Derecho privado.

2ª En el ámbito del concesionario es evidente que la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, contempla como un posible derecho del contratista el de percibir la retribución directamente de los usuarios (artículo 257). Este

derecho sería ilusorio si esta retribución fuera una tasa, ya que ésta –como todo ingreso de Derecho público- debería ser recaudada por la propia Administración.

3ª Volvemos a la situación anterior a la LGT en la que la jurisprudencia calificó expresamente como precio privado la contraprestación que recibía EMASESA de los usuarios. Así, la STS 7 de marzo de 2007, que mantuvo la consideración de precio privado frente a la pretensión de la empresa de establecer indemnizaciones por demora en el pago.

4ª No es óbice la previsión del artículo 155.5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que define como tasas las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados. Ello porque, como señala la STS 21 de abril de 1999, este Reglamento “*no es de naturaleza tributaria, no puede prevalecer sobre las disposiciones de la Ley General Tributaria*”.

5ª En definitiva, porque ésta también es la posición en la Administración Tributaria. Así, en informe nº 2011-21910, de 8 de julio, de la Dirección General de Tributos, a consulta del Ayuntamiento de Málaga, concluye que “*en el supuesto planteado el ente gestor es una sociedad de capital público, que, tal y como manifiesta el Ayuntamiento consultante en su escrito, se rige por el Derecho privado. De tal forma que, al no darse el requisito exigido por el artículo 2.2.a) de la LGT de que los servicios se presten o las actividades se realicen en régimen de Derecho público, tal prestación se puede reconducir al ámbito de los precios privados*”. Idéntica posición se mantiene en el informe 2011-23894, de 26 de julio, a consulta de la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamientos (AEAS), respecto de las empresas mixtas o privadas.

En CONCLUSIÓN quien suscribe considera que la contraprestación que satisfacen los usuarios por el servicio de abastecimiento de agua tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, configurándose como precio privado, que debe ser aprobado por el Pleno y sujeto al procedimiento de autorización previsto en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre (BOJA nº 228, de 23 de noviembre).

#### IV. PROCEDIMIENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS TARIFAS<sup>6</sup>

PRIMERO.- En el informe de 4 de octubre concluíamos que la contraprestación que satisfacen los usuarios por el servicio de abastecimiento de agua a EMA-

---

<sup>6</sup> Texto literal de informe emitido por quien suscribe, en su condición de Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con fecha 19 de octubre de 2011.

SESA tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, configurándose como precio privado. En cuanto al procedimiento de aprobación, únicamente nos referimos a la necesidad de aprobación por el Pleno y la sujeción al procedimiento autorizatorio previsto en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre. Este procedimiento de aprobación es el que pretende desarrollar en este informe complementario.

SEGUNDO.- Siguiendo la doctrina constitucional contenida en la STC 185/1995, de 14 de diciembre, hemos establecido que estas contraprestaciones tienen naturaleza coactiva y, en consecuencia, se hallan sujetas a la reserva de ley, que, en el caso de los Ayuntamientos, puede satisfacerse con el acuerdo del Pleno (así, f.j. 18 STC 233/1999, de 13 de diciembre). Esta STC 233/1999 aclara que “*el Pleno de la Corporación deberá establecer o modificar mediante Ordenanza los precios que constituyan prestaciones patrimoniales de carácter público conforme al art. 31.3 CE.*”

TERCERO.- Consecuentemente con esta doctrina, la “Normativa Reguladora de las contraprestaciones económicas que debe percibir EMASESA por los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable, saneamiento (vertido y depuración) y otras actividades conexas a los mismos”, que incluye como Anexo las “Tarifas de los servicios de abastecimiento y saneamiento y otras actividades conexas a los mismos”, aprobada por el Consejo de Administración de EMASESA en sesión celebrada el día 23 de septiembre de 2011, debe considerarse una norma de carácter reglamentario y tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local. No resulta de aplicación la regulación prevista en la Ley de Haciendas Locales para las Ordenanzas Fiscales, dado que el artículo 15 del Real Decreto Legislativo 2/2004 únicamente contempla esta figura normativa para la imposición y supresión de los tributos locales, sin que los precios privados tengan esta condición.

El procedimiento consta de las siguientes fases:

- 1.- Aprobación del Proyecto por la Junta de Gobierno Local (art. 127.1,a LBRL)
- 2.- Aprobación inicial por el Pleno (art. 49,a LBRL), sin que exija mayoría cualificada.
- 3.- Información pública y audiencia a los interesados por un plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias (art. 49.b LBRL). El trámite de información pública se anunciará en el Boletín Oficial de la Provincia (art. 86.2 Ley 30/1992).

4.- Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias y aprobación definitiva por el Pleno. En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional (art. 49.c LBRL).

5.- Publicación del acuerdo de aprobación definitiva y del texto íntegro de la Ordenanza en el Boletín Oficial de la Provincia (art. 70.2 LBRL).

6.- Remisión del expediente a la Dirección General competente en materia de relaciones financieras con las Corporaciones Locales de la Junta de Andalucía, para tramitar el procedimiento de autorización de los precios conforme a lo dispuesto en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre.

## V. SINGULARIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN EL CASO DE EMASESA. EL SUPUESTO DE LA SOCIEDAD INTERLOCAL<sup>7</sup>

Primero.- En nuestro informe de 4 de octubre de 2011 llegábamos a la conclusión de que *“la contraprestación que satisfacen los usuarios por el servicio de abastecimiento de agua tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, configurándose como precio privado, que debe ser aprobado por el Pleno y sujeto al procedimiento de autorización previsto en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre (BOJA nº 228, de 23 de noviembre).”* A esta conclusión llegábamos tras la modificación de la Ley General Tributaria, que lleva a cabo la disposición final quincuagésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, procediendo a la supresión del párrafo segundo del artículo 2.2.a). Para un análisis más detenido se adjunta copia del citado informe.

Segundo.- En nuestro informe de 19 de octubre de 2011 se describió el procedimiento a seguir para la aprobación de las tarifas, en concreto, el previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, insertando la autorización prevista en el Decreto 365/2009, de 3 de noviembre. Ello como consecuencia de la reserva de ley impuesta en la materia dada la naturaleza coactiva de la contraprestación (STC 185/1995, de 14 de diciembre), que, en el caso de los Ayuntamientos, puede satisfacerse mediante acuerdo de Pleno siguiendo el procedimiento previsto para la aprobación de las Ordenanzas (STC 233/1999).

---

<sup>7</sup> Texto literal de informe emitido por quien suscribe, en su condición de Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, con fecha 16 de septiembre de 2013.

Tercero.- La singularidad de EMASESA es que se trata de una empresa pública participada por once municipios, y en la que el Ayuntamiento de Sevilla ostenta más del 50 por 100 del capital social, en concreto el 69,36%. Una vez sentada la necesaria intervención del Pleno, para salvar el principio de reserva de ley, se plantea la cuestión de si es preceptiva la intervención de los once Plenos de los municipios accionistas o si, por el contrario, se cubre suficientemente esta garantía con la tramitación ante el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla (accionista mayoritario).

Cuarto.- La gestión directa de los servicios locales mediante sociedad participada cien por cien por diversos entes públicos no estaba clara en la Ley de Bases de Régimen Local (ni siquiera en la modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), que parecía exigir que el capital social perteneciera exclusivamente a la entidad local titular del servicio. La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su disposición final primera, introdujo la precisión de que en la forma de gestión mediante sociedad mercantil local basta con que el *capital social sea de titularidad pública* (no ya de una entidad local concreta). Igualmente, el artículo 24.6 de dicha norma contempla la posibilidad de constituir un medio propio mediante sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a diversos entes públicos. Por tanto, procede indagar sobre las previsiones del ordenamiento para resolver los problemas que plantea la existencia de diversos entes públicos participando en el capital social de una entidad mercantil.

Quinto.- Algunos supuestos a destacar:

1º En materia de contratación. Un problema que puede plantearse en este tipo de sociedades es quién es el órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación. El artículo 41.6 TRLCAP dispone que “si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquél que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria”. Similar previsión contempla el apartado 7 respecto de los contratos subvencionados. Por tanto, es la participación mayoritaria la que determina la competencia en estos casos.

2º En materia de control financiero. El artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, al definir su ámbito de aplicación subjetivo incluye, apartado 2, al resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran

a las mismas. El problema lo encontramos, respecto de las sociedades mercantiles participadas por diversas entidades públicas, en determinar de qué administración pública dependen.

El artículo 2 del, todavía vigente, Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, establece el alcance subjetivo del Inventario de Entes del Sector Público Local, considerando integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local –apartado d)- a “las sociedades mercantiles en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria; b) que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; c) que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.; d) que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local”. Es decir, nuevamente adquiere relevancia plena el criterio de la participación mayoritaria.

El artículo 3 atribuye al Instituto Nacional de Estadística, junto con la Intervención General de la Administración del Estado, y con la colaboración técnica del Banco de España, la competencia para efectuar la clasificación de los agentes del sector público local, a los efectos de su inclusión en las categorías previstas en el artículo 4.1 o en el artículo 4.2 del reglamento.

Mediante escrito de 22 de septiembre de 2011, de la Subdirectora General de Análisis y Cuentas Económicas del Sector Público, comunicaba a la Intervención General del Ayuntamiento de Sevilla la clasificación de las unidades adscritas al mismo, realizada en términos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC). En dicha clasificación figura EMASESA, dentro del sector de sociedades no financieras y como Administración de dependencia, el Ayuntamiento de Sevilla, con las consecuencias, entre otras, previstas en los artículos 4.1 y 6.1 del R.D. 1463/2007.

Sexto.- Podemos constatar cómo, en dos sectores tan trascendentes como son la contratación y el control financiero (con las consecuencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera), las sociedades mercantiles participadas

por diversos entes se adscriben a la Administración cuya participación sea mayoritaria. En consecuencia, nuestra opinión es que a la hora de tramitar las tarifas también debe aplicarse el mismo criterio, y ello como consecuencia de tres principios elementales: 1º) no resultaría admisible que una minoría exigua (el Pleno de un Ayuntamiento con un porcentaje inferior al 5 por 100 de participación, por ejemplo) bloqueara o impusiera determinadas tarifas; 2º) no resultaría admisible que el mismo servicio, con idéntica calidad y prestaciones, tuviera un coste distinto en función de la residencia del usuario; 3º) no es admisible, tampoco, que a la Administración que tiene que garantizar los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera se le pudieran imponer unas tarifas que provocaran un incumplimiento de los mismos.

Lo expuesto debe matizarse en un doble sentido. En primer lugar, la propuesta de tarifas para su tramitación deberá realizarla la propia EMSASESA, en base a los estudios técnicos necesarios y según su procedimiento y distribución de competencias interno. En segundo, en el trámite de información pública y audiencia a los interesados, deberá darse expresamente audiencia a los municipios socios de la empresa, al objeto de garantizar su participación en el procedimiento de aprobación.

En CONCLUSION quien suscribe considera que la garantía de la reserva de ley exigida para la imposición o modificación de prestaciones patrimoniales de carácter público, como son las tarifas de EMASESA, se cubre con su tramitación y aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla, previa propuesta de la propia empresa y con audiencia a los municipios socios de la misma.



# **La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos: tres apuntes y un problema**

*Manuel Andrés Navarro Atienza*

Ltrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD ACTIVA Y DERECHO DE ACCESO III. EL CONCEPTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA IV. EL RÉGIMEN SANCIONADOR. V. LEY DE TRANSPARENCIA Y ARCHIVOS VI. EL PROBLEMA. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO HASTA LA ENTRADA EN VIGOR EL TÍTULO I DE LA LEY.

## RESUMEN.

El objeto de este trabajo es analizar algunos aspectos de la nueva ley en relación con el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos.

## PALABRAS CLAVES.

Transparencia. Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

## ABSTRACT.

The object of this study is to analyse some aspect of the new law in relation to the Council of Europe Convention on Access to Official Documents.

## KEY WORDS.

Transparency .Council of Europe Convention on Access to Official Documents.

## I. INTRODUCCIÓN

No hay la menor duda de que la palabra “transparencia” se encuentra de moda. Se emplea en múltiples y variados sentidos. Diríase que está dotada de un poder taumatúrgico, capaz de solucionar cuantos problemas se presentan en nuestra sociedad actual.

En las siguientes líneas vamos a analizar la transparencia desde un concreto punto de vista: la actuación de los poderes públicos y el acceso a la información de la que estos disponen.

En el Boletín Oficial del Estado nº 295, de 10 de diciembre, se ha publicado la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Estas líneas tratan de abordar, siquiera de manera somera, una serie de cuestiones que nos plantea dicha Ley, de manera principal, en su relación con el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos, aprobado en Tromsø el 18 de junio de 2009.

En nuestra Comunidad Autónoma de está tramitando el anteproyecto de ley de Transparencia Pública de Andalucía, que en el momento de escribir estas líneas, se encuentra prácticamente ultimada, pendiente del informe del Consejo Consultivo de Andalucía, y cuyo texto puede consultarse en la página web <http://www.juntadeandalucia.es/transparencia/anteproyecto.html>. Si bien en este trabajo se hará referencia puntualmente a su contenido, dejaremos para otro momento un análisis en profundidad de dicho proyecto.

Nuestra pretensión se limita a poner de manifiesto una serie de reflexiones que nos ha provocado la nueva Ley así como de preocupaciones, partiendo de nuestra condición de operador jurídico, y en concreto, de aplicadores del Derecho.

Somos conscientes de que las consideraciones que vamos a exponer pueden ser discutibles, y , en consecuencia, como se suele afirmar, las sometemos a mejor criterio fundado en Derecho.

Por último, señalar que las referencias al anteproyecto de ley de Transparencia de Andalucía se harán respecto del texto que ha sido remitido al Consejo Consultivo de Andalucía.

## II. TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD ACTIVA Y DERECHO DE ACCESO

Lo primero que ha reclamado nuestra atención es el propio título de la Ley, en el que se trata, como si fueran conceptos distintos, la transparencia y el acceso a la información pública.

El acceso a la información pública entra dentro del concepto de transparencia. Así lo pone de manifiesto el Convenio del Consejo de Europa, en el que en orden a la motivación, se señala: “*Considerando la importancia de la transparencia de las autoridades públicas en una sociedad democrática y pluralista*”. Piénsese que el Convenio tiene por objeto principal regular el derecho de acceso, dedicando a la publicidad activa únicamente el art. 10 (*Los documentos hechos públicos a iniciativa de las autoridades públicas*).

La propia Ley se encarga posteriormente de relativizar, cuando no de suprimir, esta presunta diferenciación entre transparencia y acceso a la información pública. Y lo hace en su parte articulada, mediante la rúbrica de su Título I, *Transparencia de la actividad pública*, Título I en el que se regula tanto la publicidad activa como el derecho de acceso a la información pública.

Diríase que ambas instituciones, publicidad activa y derecho de acceso, son las dos caras de una misma moneda: la manera de acceder a la información pública.

Información pública y acceso a la misma conforman la transparencia.

En la publicidad activa, la Administración toma la iniciativa, y publica de oficio determinada información. En el derecho de acceso, son los ciudadanos los que solicitan acceder a la información pública, ocupando la Administración una posición pasiva.

Ambas instituciones están tan íntimamente relacionadas que la propia Ley contempla la conversión de la información que en principio es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso en publicidad activa.

Así lo prevé el art. 10.2 de la Ley, al disponer que el Portal de la Transparencia incluirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente, la información de la Administración General del Estado, cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia

Otro dato de la Ley que pone de manifiesto esta consideración tanto de la publicidad activa como del derecho de acceso a la información como subconceptos dentro del concepto general de la transparencia es el sometimiento de ambos a los mismo límites, en virtud de la remisión que el art. 5.3, en sede de regulación de la publicidad activa, realiza a los límites que se establecen en el art. 14 para el derecho de acceso.

En el mismo sentido se expresa, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 19 de septiembre de 2012:

*“De este modo, la Ley responde a la necesidad de establecer una regulación general y amplia en materia de transparencia, en su doble vertiente de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública, similar a la que existe en la mayoría de los países de nuestro entorno”.*

Así lo ha entendido el anteproyecto de ley de Transparencia de Andalucía, no sólo en su título, sino también en su art. 1:

*“Artículo 1. Objeto.*

*La presente Ley tiene por objeto la regulación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la transparencia en su doble vertiente de publicidad activa y de derecho de acceso, como instrumento para facilitar el conocimiento por la ciudadanía de la actividad de los poderes públicos, promoviendo el ejercicio responsable de dicha actividad y el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena”.*

### III. EL CONCEPTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA

El segundo dato que suscita nuestro análisis es el concepto que la Ley emplea para definir la información pública, y su aparente limitación al ámbito del derecho de acceso. En efecto, es el artículo 13 el que establece:

*“Artículo 13 Información pública*

*Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.*

Sorprende que la definición del concepto de información pública, piedra angular sobre la que ha de gravitar toda la norma, no se contenga al comienzo del

Título I, relativo a la transparencia de la actividad pública, cuyo capítulo I contiene una regulación común a la publicidad activa y al derecho de acceso, aunque limitada a determinar el ámbito subjetivo.

En nuestra opinión, hubiera sido deseable una definición de la información pública común, y al margen de la forma de acceder a su conocimiento, ya sea mediante la publicidad activa, ya sea mediante en derecho de acceso, porque, como hemos sostenido, ambas son dos caras de la misma moneda.

Así lo hace el Convenio del Consejo de Europa, al ubicar la definición de documentos públicos en el art. 1 (*Disposiciones generales*), al principio de la norma, regulando en artículos posteriores el acceso y la publicidad activa, ambos referidos a los documentos públicos.. Igualmente, el anteproyecto de ley andaluza en su art. 2.a), sitúa la definición de información pública dentro de las disposiciones generales.

Al margen de las consideraciones expuestas en relación con su ubicación sistemática dentro de la Ley, contrasta, por otro lado, la propia denominación y la definición de documentos públicos, con los correlativos del Convenio del Consejo de Europa.

El concepto de documento público del Convenio se encuentra en su artículo 1.2.b):

*“b) “documentos públicos” significa toda la información registrada [archivada] de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas”.*

Al objeto de una mejor comprensión del alcance del concepto, consideramos oportuno reproducir este precepto en una de las lenguas auténticas en la que está redactado el convenio: en inglés.

*b) “official documents” means all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities.*

Lo primero que llama la atención es que en inglés no se habla tanto de documento público como de documento oficial, según la traducción literal., caracterizado por tres notas:

- Que se trate de toda información registrada de cualquier forma.
- Que se haya elaborado o recibido.

-Que se encuentre en posesión de las autoridades públicas.

Si comparamos esta definición con la del art. 13 de la Ley del Estado, se observa, en primer lugar, que frente al concepto de documento público ( u oficial), la norma nacional habla de información pública. Ciertamente, el concepto información parece ser más amplio que el de documento, al menos con arreglo a la tradición de nuestro ordenamiento jurídico. Quizás con esta expresión de información pública se haya querido contrarrestar una de las críticas que se hacía al art. 37 de la Ley 30/1992, en cuanto limitaba el acceso a documentos obrantes en los expedientes.

Por otro lado, en la definición del Convenio, tras emplear como concepto el de documento público, a continuación se define como “toda información registrada de cualquier forma”.

El segundo lugar, la norma estatal establece como primera característica el que se trate de contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte. Aquí si parece emplearse el término “*documentos*” con el significado tradicional que tiene en nuestro Derecho , y por eso se sitúan en un mismo plano y como complemento los “*contenidos*”.

Pero puede prestarse a confusión, ya que el documento es una forma de constancia de la información, como veremos a continuación.

En cuanto a la referencia a “*cualquiera que sea su formato o soporte*”, se trata de una expresión que trata de comprender, sin ánimo limitativo, el requisito, por así decirlo, de la constancia de la información. En efecto, la información debe constar de alguna forma para que pueda ser accesible. Es el equivalente a lo que el Convenio llama “*registrada de cualquier forma*”.

En cuanto al siguiente requisito, lo que en el Convenio es “*elaborada o recibida*”, en el art. 13 de la Ley es “*que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones*”.

En nuestra opinión, hubiera sido preferible emplear el término “*recibidos*” en vez de “*adquiridos*”, porque desde un punto de vista técnico jurídico la adquisición aparece ligada en nuestro ordenamiento jurídico a un cambio en la titularidad de un derecho, de manera principal el derecho de propiedad. Creemos que hubiera sido mejor emplear el término “*recibido*”, ya que del término “*adquiridos*” podría desprenderse un requisito adicional para considerar que la información es pública. Al situar el ámbito de aplicación del concepto en la mera recepción de la información (y no en la adquisición de la misma), se clarifica el concepto median-

te un acto objetivo desprovisto de toda consecuencia jurídica o valoración jurídica: recibir.

El último requisito de la definición de la Ley estatal es que “*obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título*”, lo que en el Convenio es “*en posesión de las autoridades públicas*”.

Nos encontramos ante un requisito en el que no parecen existir divergencias entre ambas normas. Cuestión distinta es la determinación del ámbito subjetivo que se contiene tanto en el Convenio como en la Ley.

Comenzando por el Convenio, para determinar qué haya de entenderse por autoridad pública, debemos acudir al art. 1.2., donde se distinguen dos conceptos: un concepto de autoridad pública en sentido estricto, y que necesariamente ha de resultar de aplicación en aquellos Estados que pretendan firmar o ratificar el citado Convenio; y otro en sentido más amplio, dejando a la voluntad del Estado firmante el que se amplíe a otros sujetos o bien a otro tipo de actividades que ejercen los sujetos incluidos en el concepto estricto.

El concepto de autoridades públicas en sentido estricto abarca, según el art. 1.2. a) i) del Convenio:

“a) i) “*autoridades públicas*” significa:

- 1) *el gobierno y administración a nivel nacional, regional y local;*
- 2) *los organismos legislativos y autoridades judiciales, en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia;*
- 3) *las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa.*

Por su parte el concepto de autoridades públicas más amplio se recoge en el art. 1.2. a) ii) del Convenio:

ii) *Cada Parte, a la hora de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración enviada al Secretario General del Consejo de Europa, puede declarar que la definición de “autoridades públicas” también incluye a una o más de las siguientes:*

- 1) *organismos legislativos en lo que concierne al resto de sus actividades;*
- 2) *autoridades judiciales en lo que concierne al resto de sus actividades;*

3) *personas naturales o jurídicas que realizan funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos, según la normativa nacional propia.*

Dos circunstancias han llamado nuestra atención de la Ley estatal en relación con el Convenio.

En primer lugar el alcance del sometimiento de la actividad de los organismos legislativos y autoridades judiciales. Según el Convenio deben someterse al derecho de acceso en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia. Y podrían someter igualmente el resto de sus funciones si así lo decide el Estado al firmar el Convenio.

La Ley estatal dispone en su art. 2, relativo al ámbito subjetivo de aplicación, 1 f), que el Congreso de los Diputados, el Senado, el Consejo Judicial del Poder Judicial, entre otras instituciones, y las instituciones autonómicas análogas, se someten al régimen previsto en el Ley “*en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo*”.

En consecuencia, la Ley estatal ha traducido “*funciones administrativas*” como “*actividades sujetas a Derecho Administrativo*”.

Consideramos que esta equiparación no es adecuada, y que es restrictiva frente a lo que dispone el Convenio. Debe tenerse en cuenta que los Convenios entre Estados tratan de emplear una terminología que sea adecuada y aplicable a distintos ordenamiento jurídicos, con independencia de su sistemática y estructura. Es en este contexto en el que debe entenderse la expresión “*funciones administrativas*”. En consecuencia, las funciones administrativas a las que se refiere el Convenio deben traducirse como funciones de gestión, distintas de las políticas (en el caso de los Parlamentos) o jurisdiccionales (en el caso del poder judicial). No toda actividad de gestión de esta instituciones se sujeta al Derecho Administrativo.

Piénsese en distintos sectores de actividad de estas instituciones en los que, con independencia de la existencia de posibles actos separables, el régimen aplicable a las relaciones es de derecho privado (contratos de personal laboral, contratos patrimoniales, etc). Y ello con independencia de que dentro de lo que es el Derecho Público, el Derecho Administrativo sólo es una parte (al menos así se estructuraban los planes de estudio), de manera que existe también el Derecho financiero, el Derecho presupuestario, etc...

En consecuencia, hubiera sido preferible que la norma estatal hiciera referencia bien a las funciones administrativas, como el Convenio, bien a una defini-

ción negativa, quedando sometidas a la ley dichas instituciones en todas aquellas funciones que no fueran políticas o jurisdiccionales respectivamente.

En cualquier caso, y los efectos del debido cumplimiento del Convenio, proponemos una interpretación amplia de lo que haya de entenderse como actividad sujeta al Derecho Administrativo, que abarque, en el sentido apuntado, a cualquier función de gestión.

En segundo lugar, también llama la atención el distinto tratamiento que se da a las personas físicas y jurídicas.

El Convenio distingue entre “*las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa*” (que han de quedar sometidas al Convenio en todo caso), y “*las personas naturales o jurídicas que realizan funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos, según la normativa nacional propia*” (que pueden también quedar sometidas al Convenio si así lo decide el Estado).

Al margen de la polémica surgida durante la tramitación parlamentaria de la Ley sobre la inclusión de partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y otras organizaciones, finalmente plasmada en la incorporación del actual art. 3, nos centraremos en el art. 4, que establece una obligación de suministro de información para aquellas personas físicas o jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores, que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, así como de los adjudicatarios de contratos del sector público.

Obviamente, el precepto está pensando en personas físicas o jurídicas ajenas a la Administración, es decir, en particulares. Esto es así porque las entidades instrumentales de la Administración ya están incluidas en el art. 2 (respondiendo al concepto estricto de autoridad pública del Convenio). Esto plantea el problema de si resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio por particulares de potestades administrativas, cuestión que ha de resolverse en sentido negativo (piénsese que incluso los entes instrumentales de derecho privado de la Administración tienen vedada esa posibilidad).

En consecuencia sólo cabe entender que cuando la norma estatal hace referencia a “*potestades administrativas*” realmente está empleando esta expresión en un sentido amplio e impropio, por lo que hubiera sido preferible el que utilizara los términos del Convenio, “*realizar funciones públicas*”.

Por ello el anteproyecto de ley andaluz emplea otra expresión en su art.4.1. : “*ejercen funciones delegadas de control u otros tipos de funciones administrativas*”. De esta manera la norma andaluza entronca directamente con el Convenio del Consejo

de Europa, donde distingue, como ya vimos, entre aquellas personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa (que necesariamente forman parte del concepto de autoridad pública); y las personas naturales y jurídicas que realicen funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos (que pueden merecer la condición de autoridad pública si así lo expresa el Estado signatario).

#### IV. EL RÉGIMEN SANCIONADOR

El art. 2 del Convenio, que lleva por rúbrica “*Derecho de acceso a los documentos públicos*”, en su apartado 2 establece que “*Cada Parte tomará las medidas necesarias en su ordenamiento jurídico para hacer cumplir las previsiones sobre acceso a documentos públicos previstas en este Convenio*”.

Se trata de una previsión tendente a garantizar el ejercicio del derecho. Sabido es que uno de los mecanismos adecuados para lograr la efectividad de un derecho es el establecimiento de un régimen sancionador, con su doble función preventiva y represiva de los incumplimientos de la norma.

Tan es así que aquellas normas que carecen de un régimen sancionador reciben el calificativo de normas imperfectas.

Hemos de señalar que una de las principales críticas que recibió el proyecto de ley del Estado fue la ausencia de un régimen sancionador. Así lo señaló el Consejo de Estado en su Dictamen:

*“...pueden mermar seriamente la eficacia real del referido derecho, circunstancia esta que se acentúa como consecuencia de la falta de tipificación de un régimen de infracciones y sanciones propio y específico en la materia. Debería por ello valorarse la conveniencia de definir con mayor precisión los límites y excepciones a este derecho, ya que, en su formulación actual, la apreciación de su concurrencia se hace depender en demasía del criterio subjetivo y discrecional del órgano en cada caso competente. Asimismo, podría introducirse en el título I un régimen sancionador que permitiera reprimir las conductas contrarias a las normas de transparencia que el anteproyecto recoge. Esta recomendación responde a la necesidad de reforzar el carácter imperativo que las normas de la proyectada Ley poseen, atendiendo al modo en que se encuentran formuladas, pues para que un mandato sea auténticamente obligatorio es necesario prever las consecuencias que en cada caso hayan de derivarse de su incumplimiento”.*

En el proyecto de Ley remitido a las Cortes el régimen sancionador se limitaba a indicar en el art. 17.6 (actual art. 20.6), en sede de la regulación del derecho de acceso, que “*El incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la*

*consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.*

Durante su tramitación parlamentaria, se incorporó a la Ley el art. 9, en sede de publicidad activa:

*‘Artículo 9. Control.*

*1. El cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este capítulo será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.*

*2. En ejercicio de la competencia prevista en el apartado anterior, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan.*

*3. El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas . en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.*

Son dos las infracciones tipificadas en la Ley, el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de derecho de acceso, y el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa.

Este régimen sancionador plantea una serie de interrogantes:

En primer lugar, es un régimen escueto, desde varios puntos de vista. Carece la Ley de un Título específico regulador de un completo régimen sancionador, con un cuadro de infracciones, sanciones, procedimiento y cuestiones complementarias, que contrasta con el régimen previsto para el Buen Gobierno en el Título II.

En segundo lugar, respecto de los sujetos infractores, parece que hace recaer la responsabilidad en quienes tienen la obligación de resolver las solicitudes de acceso y la obligación de publicar la información que ha de ser objeto de publicidad activa. Se trata de supuestos de personas situadas al final del procedimiento, dejando indemnes conductas de personas que han de actuar en fases precedentes.

En tercer lugar, se remite a la aplicación del régimen disciplinario previsto en

la correspondiente normativa reguladora, desconociendo la existencia de personas que no están sometidas a un régimen de esta naturaleza en sus relaciones con la Administración o con las distintas entidades que conforman el ámbito subjetivo de la Ley.

Y en cuarto lugar, parece olvidar que en la ley se establecen una serie de obligaciones para personas ajenas a la Administración. Así el art. 4 establece la obligación de las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos, ejerzan potestades administrativas o resulten adjudicatarios de contratos, de suministrar, previo requerimiento, a la Administración y demás entidades obligadas la información que precisen para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Título I.

En el anteproyecto de ley andaluz se ha incorporado, durante su tramitación, un Título VI que regula un régimen sancionador.

## V. LEY DE TRANSPARENCIA Y ARCHIVOS

Otra de las cuestiones que ha requerido nuestra atención han sido las modificaciones que ha sufrido el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, durante su tramitación parlamentaria en relación con la aplicación de la nueva normativa a los archivos.

La relación ente la nueva normativa y la normativa sobre archivos se encuentra regulada en la disposición adicional primera.

Esta disposición, en el proyecto de ley presentado por el Gobierno, (Boletín General de las Cortes Generales Serie A nº 19-1-, de 7 de septiembre de 2012, página 19), disponía:

*“Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública.*

- 1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.*
- 2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.*
- 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, esta Ley será de aplicación, en lo no*

*previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental, a la destinada a la reutilización y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión”.*

En consecuencia, las disposiciones del proyecto de ley sólo eran aplicables, en principio, a la información obrante en los denominados archivos de oficina o de gestión. El resto de los Archivos continuarían rigiéndose por su normativa específica, aplicándose la nueva ley supletoriamente sólo en aquellos aspectos no regulados en su normativa específica.

En definitiva, se establecía el criterio del lugar donde se encontrara la información para aplicar una u otra norma.

La redacción de esta disposición fue modificada durante su tramitación en el Congreso de los Diputados. El texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado señala (Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 236, de 20 de septiembre de 2013, página 23):

*“Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública.*

*1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.*

*2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.*

*3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización”.*

Como puede apreciarse, ha desaparecido toda referencia a los archivos de oficina o de gestión, lo que, prima facie, parece evidenciar que las disposiciones de la nueva ley serán de aplicación a la información obrante en cualquier tipo de archivos.

No obstante, profundizando en el estudio de la cuestión, podemos analizar el iter seguido por el proyecto de ley en su tramitación en el Congreso.

Se presentaron dos enmiendas al apartado 3 de la disposición adicional pri-

mera del proyecto: la enmienda nº 498 del G.P. Socialista y la enmienda nº 534 del G.P. Popular (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A Núm. 19-3, 2 de julio 2013, pág. 293: índice de enmiendas).

Según la enmienda 498 del G.P. Socialista (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A Núm. 19-3, 2 de julio de 2013, pág. 260):

*“ENMIENDA NÚM. 498*

*FIRMANTE: Grupo Parlamentario Socialista*

*A la disposición adicional primera, apartado 3*

*De supresión.*

*Se propone la supresión en el apartado 3 de la disposición adicional primera, del siguiente inciso: «y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión.»*

*MOTIVACIÓN*

*La ley no debe remitir a la regulación específica de los archivos históricos ya que la Ley de Patrimonio Histórico Español considera que el patrimonio documental lo integran todos los documentos públicos desde el mismo momento en que se generan. Por tanto, a estos efectos no se deben distinguir los archivos históricos de los de oficinas y gestión”.*

Y la enmienda 534 del G.P. Popular (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A Núm. 19-3, 2 de julio de 2013, pág. 279):

*“ENMIENDA NÚM. 534*

*FIRMANTE: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso*

*A la disposición adicional primera, apartado 3*

*De modificación.*

*El apartado 3 de la disposición adicional primera queda redactado de la siguiente forma:*

*«3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización.»*

## JUSTIFICACIÓN

*Se unifica el acceso a la información sin diferenciar entre el tipo de archivo en el que se encuentre, garantizando así la igualdad en el acceso independientemente de la ubicación de la información”.*

Ambas enmiendas responden pues al mismo fin: establecer un tratamiento unitario del acceso a la información con independencia del archivo en el que se encuentre dicha información.

Siguiendo con nuestro análisis, podemos reproducir la comparecencia en el Congreso de los Diputados de la señora presidenta de la Asociación de Archiveros en la Función Pública (de Andrés Díaz), en la que realizó una serie de consideraciones sobre la disposición adicional primera en su redacción originaria

Según consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2013, X LEGISLATURA, Núm.290, página 1 y siguientes :

*“Segunda precisión técnica, los tipos de archivos. Nos preguntamos por qué esta ley solo afecta a los archivos de gestión o de oficina. (...)*

*Vistas esas imágenes, virtualmente, hablemos sobre el ámbito objetivo de aplicación de esta ley y la tan desafortunada previsión de la disposición adicional primera, que recalco. Conforme a ella, se rige por su normativa específica el acceso a la información obrante en archivos que no sean de gestión o de oficina. Es sumamente desafortunada por los siguientes motivos, dos: primero, porque lo que importa es la información, independientemente de cómo sean de antiguos o de recientes los documentos que sirven de prueba o qué fase de su ciclo vital o en qué tipo de archivo se encuentren. La documentación en sí no es administrativa o histórica, es su uso el que es administrativo o histórico. En la misma documentación pueden unirse las dos características. Pongamos ejemplos, los documentos sobre vías pecuarias conservados en el Archivo Histórico Nacional tienen doble uso, el de quien estudia la trashumancia en el siglo XVII y el de quien intenta demostrar la invasión de un dominio público en un juicio. Los planos de una estación de ferrocarril en la República Dominicana construidos por el Ministerio de Fomento en el siglo XIX*

*tienen un doble uso, el de los propios dominicanos que quieren documentar su historia, y también el del estudio de arquitectos al que se le encarga la remodelación del edificio para convertirlo en un centro comercial. Los documentos sobre los saharauis tienen un doble uso, el del historiador que estudia la presencia de España en África, y el de la ONU si quiere convocar un referéndum de autodeterminación.*

*La falta de una política de gestión documental adecuada nos ha conducido a que información de las mismas fechas y contenidos se encuentre repartida tanto en archivos de oficina como centrales, generales, intermedios e históricos. Como esa política no ha existido, ha funcionado el azar y las circunstancias. ¿Cuáles son? La abundancia o falta de espacio, los traslados de edificios, la negligencia -o diligencia- de los gestores públicos, etcétera. Hacer depender el alcance del derecho de los ciudadanos según en qué tipo de archivo obre la información a la que van a intentar acceder parece un sinsentido. ¿Por qué algunas solicitudes de información, en función del archivo en el que obren, se van a regir por una normativa de transparencia o por una normativa específica de archivos estatal o autonómica? En segundo lugar, las denominaciones de los distintos tipos de archivos en la Administración General del Estado en las comunidades autónomas pueden variar según las legislaciones y las prácticas, y pueden surgir problemas de concepto y problemas de aplicación. La ley no aclara con precisión, sino que plantea dudas sobre cuál es el régimen de los archivos centrales.*

*En conclusión, ya que han emprendido la tarea legislativa de sustituir el artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo por una ley de transparencia, lo que se encuentra acorde con el derecho comparado, es que esta ley regule el acceso a cualquier tipo de información obrante en cualquier tipo de archivos, incluidos los históricos”.*

Como puede comprobarse, en esta comparecencia se abogó por establecer un régimen unitario de acceso a la información.

En cualquier caso, debemos señalar igualmente que la regulación con carácter general del acceso a la información pública en la ley de transparencia responde mejor a las exigencias del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

En efecto, dicho Convenio regula el acceso a esos documentos con independencia de su ubicación en uno u otro tipo de archivos, entendiéndose que por encima de su ubicación física, se encuentra el derecho de los ciudadanos a acceder a los mismos.

## VI. EL PROBLEMA. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO HASTA LA ENTRADA EN VIGOR EL TÍTULO I DE LA LEY

Sabido es que el derecho de acceso a los Archivos y Registros se contempla en nuestra Constitución en su art. 105 b), en cuya virtud:

*“Artículo 105*

*La ley regulará:*

*b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”*

Este derecho fue regulado con carácter general por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en particular por su art. 37. Al objeto de calibrar la importancia de la cuestión que vamos a abordar parece oportuno que recordemos el contenido de este precepto:

*Artículo 37. Derecho de acceso a Archivos y Registros.*

*1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.*

*2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completadas, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.*

*3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.*

*4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.*

*5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:*

*a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las*

*Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.*

*b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.*

*c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.*

*d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.*

*e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.*

*6. Se regirán por sus disposiciones específicas:*

*a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.*

*b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.*

*c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.*

*d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.*

*e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.*

*f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.*

*g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.*

*7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el ac-*

*ceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.*

*8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.*

*9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.*

*Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración.*

El artículo 37 desarrolla directamente el art. 105 de la Constitución, estableciendo los requisitos de acceso, las restricciones al acceso, los límites, la remisión a normas sectoriales, cómo se ejerce el derecho, qué conlleva y otras cuestiones conexas.

Con independencia de las críticas que ha sufrido este precepto, lo cierto es que contenía un régimen jurídico que posibilitaba el ejercicio del derecho.

Ahora bien, el art. 37 de la Ley 30/1992, en su redacción vigente dispone:

*“Artículo 37. Derecho de acceso a la información pública.*

*Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación”.*

Es la disposición final 1.2. de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno la que da nueva redacción al art. 37 de la Ley 30/1992.

Se trata de una norma de remisión, por lo que el derecho de acceso a los archivos y registros ya no se regula en la Ley 30/1992, sino en la Ley 19/2013.

Si acudimos a la Ley 19/2013, su disposición final novena dispone:

*“Disposición final novena. Entrada en vigor.*

*La entrada en vigor de esta ley se producirá de acuerdo con las siguientes reglas:*

- Las disposiciones previstas en el título II entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*
- El título preliminar, el título I y el título III entrarán en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*
- Los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley.*

Es el Título I de la Ley el que regula la transparencia de la actividad pública. Su capítulo III contiene la regulación del derecho de acceso a la información pública, que como acabamos de exponer, no está en vigor.

A modo de recapitulación: en el momento en que estamos escribiendo estas líneas, el acceso a los archivos y registros carece de una regulación de carácter general (al margen de la que existe en normas sectoriales), ya que las normas a las que remite el art. 37 de la Ley 30/1992, no se encuentran en vigor.

Estos cambios normativos nos sitúan ante el problema de si ese derecho de acceso a los archivos y registros, constitucionalmente reconocido, pero con una remisión a la ley para que lo regule, ha quedado, por decirlo de alguna manera, en suspenso hasta que entre en vigor la regulación contenida en el Título I de la Ley 19/2013.

No parece necesario resaltar la enorme trascendencia de esta cuestión desde el punto de vista del derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros, derecho, insistimos, constitucionalmente reconocido en el art. 105, sin perjuicio de su posible entronque con los derechos fundamentales.

La trascendencia del problema que se plantea demanda en nuestra opinión una rápida respuesta del legislador que mantenga la vigencia del art. 37 de la Ley 30/1992 en su redacción anterior hasta que entre en vigor el Título I de la Ley 19/2013.

En tanto se produce esa reacción, lo cierto es que a los aplicadores del derecho se nos presenta este problema, cuya solución, vía aplicación de los criterios hermenéuticos de interpretación, podría ponerse en cuestión, habida cuenta del principio general expresado en el brocardo latino “in claris non fit interpretatio”.

Para resolver la cuestión, determinando cual es el régimen jurídico aplicación a éste derecho, podemos acudir a dos soluciones extremas: bien entender que la nueva regulación del derecho de acceso ya se encuentra en vigor, pese a lo dispuesto en la disposición final novena de la Ley 19/2013; o bien entender que sigue subsistente la redacción anterior del art. 37 de la Ley 30/1992, o al menos que la solicitud debe resolverse con arreglo a lo dispuesto en el mismo, pese a lo dispuesto por la disposición final 1.2. de la Ley 19/2013.

Entre ambas posibilidades nos inclinamos por la segunda. En efecto, el establecimiento de un régimen diferido en el tiempo de entrada en vigor puede responder, entre otros supuestos, a la necesidad de realizar las oportunas actuaciones durante ese periodo para la efectividad de la nueva normativa. Este es el caso del título I de la Ley 19/013, pues tal como confiesa su Exposición de Motivos en su párrafo final “*Por último, la Ley prevé una entrada en vigor escalonada atendiendo a las especiales circunstancias que conllevará la aplicación de sus diversas disposiciones*”.

En efecto, la necesidad de poner en marcha el portal de la transparencia (art. 10); o la constitución del órgano que ha de conocer de las reclamaciones (art. 24 en relación con la disposición adicional cuarta), entre otras circunstancias, han llevado al legislador a establecer una *vacatio legis* de distinta duración en función de las Administraciones afectadas.

Siendo ello así de manera explícita, cabe sostener, al menos de principio, y en una interpretación tendente a garantizar la efectividad del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros, que no ha sido la intención del legislador dejar huérfano de toda regulación dicho derecho de acceso durante ese periodo de tiempo. En consecuencia, cabría interpretar la disposición final novena en relación con la disposición final primera en el sentido de que , pese a su literalidad (que no ofrece mayores dudas ,dada su claridad), no entraría en vigor mientras no lo haga el Título I, regulación a la que se remite.

Por último, no está de más recordar la importancia de la técnica legislativa en relación con la redacción de las normas, al objeto de evitar eventualidades como la presente.



# 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, en el último cuatrimestre de 2013 cabe destacar la decisión relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto creado por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Mónaco para la aplicación de determinados actos comunitarios en el territorio del Principado de Mónaco (DOUE L 245, 14.09.2013, p. 14), la sustitución de los anexos II y III del Reglamento (UE) n° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana (DOUE L 247, 18.09.2013, p. 11) y el reglamento por el que se establece la forma de los salvoconductos expedidos por la Unión Europea (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 26)

En cuanto a los asuntos financieros de la Unión Europea, se establece el marco financiero plurianual para el período 2014-2020 (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 884), se adopta un acuerdo interinstitucional, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria, cooperación en materia presupuestaria y buena gestión financiera (DOUE C 373, 20.12.2013, p. 1), se adopta una decisión relativa a un Mecanismo de Protección Civil de la Unión (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 924) y un reglamento delegado relativo al Reglamento Financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 208 del Reglamento (UE, Euratom) no 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 42).

En esta materia también se adopta normativa relativa a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por la que se deroga el Reglamento (CE) n° 1073/1999 del Parlamento Europeo y del

---

(\*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 3º cuatrimestre de 2013.

Consejo y el Reglamento (Euratom) no 1074/1999 del Consejo (DOUE L 248, 18.09.2013, p. 1), así como se modifica la Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DOUE L 257, 28.09.2013, p. 19) y se adopta un reglamento sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (2014-2020) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1927/2006 (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 855)

Se adoptan también decisiones relativas a la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, de conformidad con el apartado 28 del Acuerdo Interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera a petición de diversos países (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 97; DOUE L 280, 22.10.2013, p. 24; DOUE L 284, 26.10.2013, p. 22; DOUE L 349, 21.12.2013, p. 95; DOUE L 349, 21.12.2013, p. 96) y a solicitud de España (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 33). Igualmente se decide la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea de conformidad con el punto 26 del Acuerdo interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera por inundaciones en Eslovenia, Croacia y Austria (DOUE L 326, 6.12.2013, p. 43)

En lo que se refiere a los asuntos institucionales también hay novedades en este último cuatrimestre, y así se alcanza un acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo y el Banco Central Europeo relativo a las normas prácticas de ejecución de la rendición de cuentas democrática y de la supervisión del ejercicio de las tareas encomendadas al Banco Central Europeo en el marco del mecanismo único de supervisión (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 1). Se modifican las Directivas 1999/4/CE y 2000/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Directivas 2001/111/CE, 2001/113/CE y 2001/114/CE del Consejo en lo que respecta a las competencias que se atribuyen a la Comisión (DOUE L 287, 29.10.2013, p. 1).

En relación con el Consejo, se modifica su Reglamento interno (DOUE L 333, 12.12.2013, p.77) y se deciden las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE (DOUE L 274, 15.10.2013, p. 1) y también se determina para la Secretaría General del Consejo la autoridad facultada para proceder a los nombramientos y la autoridad facultada para celebrar los contratos de personal y se deroga la Decisión 2011/444/UE (DOUE L 355, 31.12.2013, p. 91).

En el Tribunal de Justicia, se nombra a un abogado general del Tribunal de Justicia, al polaco Maciej Szpunar, en aplicación de la Decisión 2013/336/UE del Consejo, que aumenta a nueve el número de abogados generales del Tribu-

nal de Justicia de la Unión Europea con efecto a partir del 1 de julio de 2013, y a once a partir del 7 de octubre de 2015 (DOUE L 277, 18.10.2013, p. 11)

También se nombra a un miembro español del Comité de las Regiones, para el período restante del mandato, es decir, hasta el 25 de enero de 2015, en concreto, a la Sra. Susana Díaz Pacheco, Presidenta de la Junta de Andalucía (DOUE L 263, 5.10.2013, p.17).

Se adopta el Reglamento interno por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos (DOUE L 273, 15.10.2013, p. 41) y se modifica el Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión Europea (DOUE L 287, 29.10.2013, p. 15)

## II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En lo que se refiere a la Unión Aduanera y Libre circulación de mercancías, en sus aspectos internacionales, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, y la aplicación provisional del Protocolo del Acuerdo de cooperación y de unión aduanera entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de San Marino, por otra, relativo a la participación como Parte contratante de la República de Croacia a raíz de su adhesión a la Unión Europea

Protocolo del Acuerdo de cooperación y de unión aduanera entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de San Marino, por otra, relativo a la participación de la República de Croacia como Parte contratante a raíz de su adhesión a la Unión Europea (DOUE L 322, 3.12.2013, p. 1 y 2).

En los ámbitos internos, se establece un programa de acción para la aduana en la Unión Europea para el período 2014-2020 (Aduana 2020) y por el que se deroga la Decisión n° 624/2007/CE (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 209) y se adopta un reglamento por el que se establece el código aduanero de la Unión (DOUE L 269, 10.10.2013, p. 1). También se modifica el Reglamento (CEE) n° 2454/93 por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 2913/92, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (DOUE L 294, 6.11.2013, p. 40; DOUE L 341, 18.12.2013, p. 47) y en lo que respecta a la importación temporal, la exportación y la reimportación de instrumentos de música portátiles (DOUE L 292, 1.11.2013, p. 1) e igualmente se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L

263, 5.10.2013, p. 4; DOUE L 290, 31.10.2013, p. 1; DOUE L 334, 13.12.2013, p. 2; DOUE L 334, 13.12.2013, p. 4)

La clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada experimenta reiteradas modificaciones, como suele ser habitual (DOUE L 240, 7.09.2013, p. 17; DOUE L 306, 16.11.2013, p. 8; DOUE L 317, 28.11.2013, p.30; DOUE L 322, 3.12.2013, p. 6; DOUE L 322, 3.12.2013, p. 8; DOUE L 322, 3.12.2013, p. 11; DOUE L 322, 3.12.2013, p. 13; DOUE L 322, 3.12.2013, p. 15; DOUE L 349, 21.12.2013, p. 91). Se establecen, además, los métodos de análisis sensorial de la carne de aves de corral cruda y condimentada a efectos de su clasificación en la nomenclatura combinada (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 9).

Se adopta también normativa, relativa a la apertura y modo de gestión de los contingentes arancelarios de la Unión para los productos agrícolas originarios de Nicaragua (DOUE L 254, 26.09.2013, p. 1), de Panamá (DOUE L 254, 26.09.2013, p. 3), y de Centroamérica (DOUE L 254, 26.09.2013, p. 6). También se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 2913/92, por el que se establece el Código aduanero comunitario, en lo que respecta a la utilización del sistema de equivalencia en el sector del azúcar (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 44).

Se suspenden los derechos autónomos del arancel aduanero común sobre algunos productos agrícolas e industriales y se deroga el Reglamento (CE) n° 1344/2011 (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 201) y se adopta un reglamento relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios autónomos de la Unión para determinados productos agrícolas e industriales y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 7/2010 (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 319)

En los ámbitos de la Política Comercial, como suele ser habitual, se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, sobre la adhesión de la República del Yemen a la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 326, 6.12.2013, p. 44) y por lo que respecta a la prórroga de la moratoria de los derechos de aduana sobre las transmisiones electrónicas y la moratoria sobre las reclamaciones no basadas en una infracción u otras situaciones (DOUE L 332, 11.12.2013, p. 17). También se decide la posición que debe adoptar la Unión Europea en la Novena Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio en relación con la seguridad alimentaria, la gestión de los contingentes arancelarios y el Mecanismo de Vigilancia (DOUE L 355, 31.12.2013, p. 89).

Igualmente se adoptan decisiones por el Comité Mixto Veterinario creado por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el

comercio de productos agrícolas, relativa a la modificación de los apéndices 1, 2, 3, 5, 6 y 10 del anexo 11 del Acuerdo (DOUE L 264, 5.10.2013, p.1) y por el Comité Mixto de Agricultura, del mismo Acuerdo, sobre el comercio de productos agrícolas (DOUE L 332, 11.12.2013, p. 49).

Continuando en los ámbito internacionales, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República de Indonesia sobre la aplicación de las leyes forestales, la gobernanza y el comercio de los productos de la madera con destino a la Unión Europea (DOUE L 265, 8.10.2013, p. 1) y se deciden también excepciones a las reglas de origen que establece el anexo II del Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro, que se aplican dentro de contingentes de determinados productos procedentes de Nicaragua (DOUE L 272, 12.10.2013, p. 10), de Honduras (DOUE L 272, 12.10.2013, p. 20), de Panamá (DOUE L 272, 12.10.2013, p. 25), de El Salvador (DOUE L 280, 22.10.2013, p. 3), de Costa Rica (DOUE L 280, 22.10.2013, p. 13), de Guatemala (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 34) y dentro de contingentes de determinados productos procedentes de Centroamérica (DOUE L 272, 12.10.2013, p. 31).

Además, se decide la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio con respecto a la solicitud de prórroga de la exención concedida en el marco de la OMC relacionada con las preferencias comerciales autónomas adicionales concedidas por la Unión a la República de Moldavia (DOUE L 273, 15.10.2013, p. 31) y se modifica el Reglamento (CE) n° 55/2008 del Consejo, por el que se introducen preferencias comerciales autónomas para la República de Moldavia (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 85).

Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Memorándum de Entendimiento revisado con los Estados Unidos de América con respecto a la importación de carne de vacuno procedente de animales no tratados con determinadas hormonas de crecimiento y a los derechos aumentados aplicados por los Estados Unidos a determinados productos de la Unión Europea (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 35) y se adopta una decisión por el Comité Mixto UE-Mónaco creado por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Mónaco para la aplicación de determinados actos comunitarios en el territorio del Principado de Mónaco, de 12 de julio de 2013, por la que se modifica el anexo de dicho Acuerdo (DOUE L 279, 19.10.2013, p. 73).

Igualmente se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco del Convenio

marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, con excepción de sus disposiciones sobre obligaciones relacionadas con la cooperación judicial en materia penal, la definición de infracciones penales y la cooperación policial (DOUE L 333, 12.12.2013, p.75) y se decide la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité de Contratación Pública con respecto a las Decisiones de aplicación de determinadas disposiciones del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (DOUE L 335, 14.12.2013, p. 32)

Se modifica el Reglamento (CE) n° 828/2009 por el que se establecen, para las campañas de comercialización 2009/10 a 2014/15, las disposiciones de aplicación para la importación y el refinado de productos del sector del azúcar de la partida arancelaria 1701 en el marco de acuerdos preferenciales (DOUE L 285, 29.10.2013, p. 2) y también se modifican los anexos I, II y IV 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 355, 31.12.2013, p. 1), así como la Decisión 2008/866/CE, relativa a las medidas de emergencia para la suspensión de las importaciones de determinados moluscos bivalvos destinados al consumo humano procedentes de Perú, en lo que respecta a su período de aplicación (DOUE L 293, 5.11.2013, p. 42).

En esta materia se establecen normas relativas al procedimiento de retirada temporal de preferencias arancelarias y al procedimiento de adopción de medidas generales de salvaguardia 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 293, 5.11.2013, p. 16) y se concede la acumulación interregional entre Indonesia y Sri Lanka en lo relativo a las normas de origen utilizadas a los fines del sistema de preferencias arancelarias generalizadas en virtud del Reglamento (CEE) n° 2454/93 (DOUE L 334, 13.12.2013, p. 8).

Además se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1044/2012 por el que se establece una excepción al Reglamento (CEE) n° 2454/93 en lo relativo a las normas de origen utilizadas a los fines del sistema de preferencias arancelarias generalizadas, atendiendo a la situación particular de Guatemala en lo que respecta a las exportaciones de determinados productos de la pesca a la Unión Europea (DOUE L 296, 7.11.2013, p. 4), el Reglamento (CE) n° 32/2000 del Consejo por lo que se refiere a la prórroga de los contingentes arancelarios de la Unión para los productos manufacturados de yute y fibras de coco (DOUE L 319, 29.11.2013, p.3), el Reglamento (CE) n° 1215/2009 del Consejo en relación con los contingentes arancelarios para el vino (DOUE L 321, 30.11.2013, p. 1) y el Reglamento (CE) n° 111/2005 del Consejo por el que se establecen normas

para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países (DOUE L 330, 10.12.2013, p. 30).

Se adopta, a su vez, un reglamento por el que se establece el régimen de gestión y distribución de los contingentes textiles aplicables en 2014 con arreglo al Reglamento (CE) n° 517/94 del Consejo (DOUE L 332, 11.12.2013, p. 5), y otro relativo a la concesión para 2014 de un acceso ilimitado libre de derechos a la Unión para determinadas mercancías originarias de Noruega que resultan de la transformación de productos agrícolas regulados por el Reglamento (CE) n° 1216/2009 del Consejo (DOUE L 333, 12.12.2013, p.68)

### III. POLÍTICA AGRÍCOLA

La regulación de los aspectos generales de la Política Agrícola Común (PAC) siempre contempla aspectos financieros de la misma, y así en este último cuatrimestre del año se adopta normativa sobre la financiación, gestión y seguimiento de la Política Agrícola Común, por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 352/78, (CE) n° 165/94, (CE) n° 2799/98, (CE) n° 814/2000, (CE) n° 1290/2005 y (CE) n° 485/2008 del Consejo (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 549). Igualmente se adopta un reglamento relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 487) y otro por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 637/2008 y (CE) n° 73/2009 del Consejo (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 608), así como otro reglamento que establece disposiciones transitorias relativas a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), modifica el Reglamento (UE) n° 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los recursos y su distribución en el ejercicio de 2014 y modifica el Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo y los Reglamentos (UE) n° 1307/2013, (UE) n° 1306/2013 y (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a su aplicación en el ejercicio de 2014 (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 865)

También se establecen los límites máximos presupuestarios aplicables en 2013 a determinados regímenes de ayuda directa previstos en el Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo (DOUE L 252, 24.09.2013, p. 14) y se modifica el anexo 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 255, 27.09.2013, p. 5). Se modifica, además, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 914/2013 por el que se

establecen los límites máximos presupuestarios aplicables en 2013 a determinados regímenes de ayuda directa previstos en el Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo (DOUE L 257, 28.09.2013, p. 4) y se adopta normativa relativa a los anticipos que deben pagarse, a partir del 16 de octubre de 2013, con cargo a los pagos directos enumerados en el anexo I 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 y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores (DOUE L 261, 3.10.2013, p. 25). Igualmente se fija para el año civil 2013 el porcentaje de ajuste de los pagos directos previsto en el Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 964/2013 de la Comisión (DOUE L 313, 22.11.2013, p. 13)

Continuando con aspectos financieros de la PAC, se fijan, para el ejercicio contable 2014 del FEAGA, los tipos de interés que habrán de aplicarse para calcular los gastos de financiación de las intervenciones consistentes en operaciones de compra, almacenamiento y salida de existencias (DOUE L 273, 15.10.2013, p. 25) y se establecen la forma y el contenido de la información contable que deberá presentarse a la Comisión con vistas a la liquidación de cuentas del FEAGA y del FEADER, así como con fines de seguimiento y elaboración de previsiones (DOUE L 275, 16.10.2013, p. 7) así como 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 338, 17.12.2013, p.81)

En estos ámbitos generales hay que señalar también la adopción de un reglamento por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 y (CE) n° 1234/2007 (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 671); la modificación de los Reglamentos (CE) n° 952/2006, (CE) n° 967/2006, (CE) n° 555/2008, y (CE) n° 1249/2008 en lo que atañe a las obligaciones de comunicación y notificación dentro de la organización común de mercados agrícolas (DOUE L 276, 17.10.2013, p. 1); y de los Reglamentos (CE) n° 1709/2003, (CE) n° 1345/2005, (CE) n° 972/2006, (CE) n° 341/2007, (CE) n° 1454/2007, (CE) n° 826/2008, (CE) n° 1296/2008, (CE) n° 1130/2009, (UE) n° 1272/2009 y (UE) n° 479/2010 en lo que respecta a las obligaciones de notificación en el marco de la organización común de mercados agrícolas (DOUE L 335, 14.12.2013, p. 8).

Hay que destacar también el establecimiento de medidas relativas a la fijación de determinadas ayudas y restituciones en relación con la organización común

de mercados de los productos agrícolas (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 12), la publicación de la versión de 2014 de la nomenclatura de los productos agrarios para las restituciones por exportación establecida en el Reglamento (CEE) n° 3846/87 (DOUE L 355, 31.12.2013, p. 16) y la adopción de una decisión por la que se establece un marco para el diálogo civil en el ámbito de la política agrícola común y se deroga la Decisión 2004/391/CE (DOUE L 338, 17.12.2013, p.115).

Se produce también la modificación del Reglamento (UE) n° 1291/2009 relativo a la selección de las explotaciones contables para el registro de las rentas en las explotaciones agrícolas (DOUE L 265, 8.10.2013, p. 3) y la rectificación del Reglamento de Ejecución (UE) n° 385/2012, relativo a la ficha de explotación que debe utilizarse para el registro de las rentas de las explotaciones agrícolas y el análisis del funcionamiento económico de esas explotaciones (DOUE L 333, 12.12.2013, p.1), así como la modificación del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo por el que se crea una red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Comunidad Europea (DOUE L 340, 17.12.2013, p.1)

También se establecen para los años 2013 a 2018 los coeficientes de asignación de la participación de la Unión en la financiación de la ayuda contemplada en el artículo 103 bis del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en favor de las agrupaciones de productores del sector de las frutas y hortalizas en función de los planes de reconocimiento notificados a 1 de julio de 2013 (DOUE L 259, 1.10.2013, p. 1) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 por lo que respecta al pago de la ayuda a las organizaciones de productores del sector de las frutas y hortalizas (DOUE L 263, 5.10.2013, p.9)

Se establecen excepciones a los Reglamentos (CE) n° 2305/2003, (CE) n° 969/2006, (CE) n° 1067/2008 y (CE) n° 1964/2006, al Reglamento de Ejecución (UE) n° 480/2012, a los Reglamentos (CE) n° 828/2009, (CE) n° 1918/2006 y (CE) n° 341/2007, en lo que respecta a las fechas de presentación de solicitudes y expedición de certificados de importación en 2014 en el marco de los contingentes arancelarios de cereales, arroz, azúcar, aceite de oliva y ajos, por el que se establecen excepciones a los Reglamentos (CE) n° 951/2006, (CE) n° 1518/2003, (CE) n° 382/2008, (UE) n° 1178/2010 y (UE) n° 90/2011, en lo relativo a las fechas de expedición de certificados de exportación en 2014 en los sectores del azúcar y la isoglucosa al margen de cuota, de la carne de porcino, de la carne de vacuno, de los huevos y de la carne de aves de corral, y por el que se establecen excepciones al Reglamento (UE) n° 1272/2009 en lo relativo al plazo de estudio de las ofertas para la compra a precio fijo de trigo blando en el marco del régimen de intervención pública (DOUE L 314, 23.11.2013, p. 1)

También se modifica el Reglamento (CE) n° 889/2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos, con respecto a la producción ecológica, su etiquetado y su control (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 15).

Por otra parte, se autorizan, la comercialización de productos que contienen, se componen o se han producido a partir de maíz modificado genéticamente MON 89034 × 1507 × NK603 (MON-89Ø34-3 × DAS-Ø15Ø7-1 × MON-ØØ6Ø3-6), con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 302, 13.11.2013, p. 38); la comercialización de polen producido a partir de maíz MON 810 (MON-ØØ81Ø-6) con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 302, 13.11.2013, p. 44) y la comercialización de productos que contienen, se componen o se han producido a partir de maíz modificado genéticamente (MG) MON 89034 × 1507 × MON88017 × 59122 (MON-89Ø34-3 × DAS-Ø15Ø7-1 × MON-88Ø17-3 × DAS-59122-7), cuatro maíces MG relacionados que combinan tres eventos únicos MG diferentes [MON89034 × 1507 × MON88017 (MON-89Ø34-3 × DAS-Ø15Ø7-1 × MON-88Ø17-3), MON89034 × 1507 × 59122 (MON-89Ø34-3 × DAS-Ø15Ø7-1 × DAS-59122-7), MON89034 × MON88017 × 59122 (MON-89Ø34-3 × MON-88Ø17-3 × DAS-59122-7), 1507 × MON 88017 × 59122 (DAS-Ø15Ø7-1 × MON-88Ø17-3 × DAS-59122-7)] y cuatro maíces MG relacionados que combinan dos eventos únicos MG diferentes [MON89034 × 1507 (MON-89Ø34-3 × DAS-Ø15Ø7-1), MON89034 × 59122 (MON-89Ø34-3 × DAS-59122-7), 1507 × MON88017 (DAS-Ø15Ø7-1 × MON-88Ø17-3), MON 88017 × 59122 (MON-88Ø17-3 × DAS-59122-7)] con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 302, 13.11.2013, p. 47)

Finalmente, en estos ámbitos, se modifica el Reglamento (CE) n° 798/2008 en lo que respecta a la entrada correspondiente a la República de Moldavia 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 316, 27.11.2013, p.6)

Los aspectos de la PAC que se refieren a los productos, vegetales, cereales, hortícolas, también son objeto de regulación, y así se modifican las Directivas 2003/90/CE y 2003/91/CE, por las que se establecen disposiciones de aplicación a los fines del artículo 7 de la Directiva 2002/53/CE del Consejo y del artículo 7 de la Directiva 2002/55/CE del Consejo, respectivamente, en lo que concierne a los caracteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de

plantas agrícolas y hortícolas (DOUE L 312, 21.11.2013, p. 38).

También se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 476/2013, por el que se fija hasta el final de la campaña de comercialización 2013/14 el límite cuantitativo de las exportaciones de azúcar fuera de cuota, y que deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 968/2013 (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 14) y se fijan las cotizaciones por producción en el sector del azúcar correspondientes a las campañas de comercialización 2001/02, 2002/03, 2003/04, 2004/05 y 2005/06, el coeficiente necesario para el cálculo de la cotización complementaria de las campañas 2001/02 y 2004/05 y los importes que deben pagar los fabricantes de azúcar a los vendedores de remolacha por la diferencia entre la cotización máxima y la cotización que debe aplicarse a las campañas de comercialización 2002/03, 2003/04 y 2005/06 (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 2).

Igualmente se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 por lo que respecta a los volúmenes que activan la imposición de derechos adicionales a las mandarinas y satsumas, las clementinas, las alcachofas, las naranjas, las peras, los limones, las manzanas y los calabacines (DOUE L 272, 12.10.2013, p. 35); y el Reglamento (CE) n° 606/2009, en lo que respecta a determinadas prácticas enológicas, y el Reglamento (CE) n° 436/2009, en lo que respecta a la indicación de estas prácticas en los registros del sector vitivinícola (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 28) y se autoriza un incremento de los límites del aumento artificial del grado alcohólico natural del vino producido con uvas cosechadas en 2013 en determinadas regiones vitícolas o una parte de las mismas (DOUE L 329, 10.12.2013, p. 10).

En relación con el aceite de oliva, se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 29/2012, sobre las normas de comercialización del aceite de oliva (DOUE L 335, 14.12.2013, p. 14) y 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 338, 17.12.2013, p.31). Y en lo que se refiere a las patatas, se modifican los anexos I y II de la Directiva 2002/56/CE del Consejo en lo que se refiere a las condiciones mínimas que deben cumplir las patatas de siembra y los lotes de patatas de siembra (DOUE L 341, 18.12.2013, p. 52).

En cuanto a la protección de la salud de los vegetales, se adoptan medidas para impedir la introducción y propagación en la Unión de *Guignardia citricarpa* Kiely (todas las cepas patógenas para el género *Citrus*), respecto de Sudáfrica (DOUE L 334, 13.12.2013, p. 44), y se adopta una decisión relativa a una participación financiera de la Unión en 2013 para cubrir los gastos de Alemania, España, Francia, los Países Bajos y Portugal ocasionados por la lucha contra organismos nocivos para los vegetales o los productos vegetales (DOUE L 352,

24.12.2013, p. 58).

Por último, se establecen excepciones al Reglamento (CE) n° 288/2009 en lo que atañe al plazo para que los Estados miembros notifiquen a la Comisión sus estrategias y solicitudes de ayuda y al plazo para que la Comisión decida la asignación definitiva de las ayudas en el marco de un plan de consumo de fruta en las escuelas (DOUE L 319, 29.11.2013, p.4).

En cuanto a la regulación de materias referidas a la ganadería, animales y aves de corral, y en lo relativo a los piensos, 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 254, 26.09.2013, p. 12; DOUE L 341, 18.12.2013, p. 35).

En esta materia se autorizan distintas sustancias y aditivos, así se decide la autorización de L-cistina como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 279, 19.10.2013, p. 59); de un preparado de una cepa del microorganismo DSM 11798 de la familia Coriobacteriaceae como aditivo en piensos para cerdos (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 36); de un preparado de endo-1,4-beta-xilanasas producidas por *Trichoderma reesei* (MUCL 49755) y de endo-1,3(4)-beta-glucanasa producida por *Trichoderma reesei* (MUCL 49754) como aditivo en los piensos para cerdos de engorde y especies porcinas menores para engorde distintas de *Sus scrofa domestica* y para pavos de engorde (titular de la autorización Aveve NV) (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 46); de un preparado de *Enterococcus faecium* NBIMCC 8270, *Lactobacillus acidophilus* NBIMCC 8242, *Lactobacillus helveticus* NBIMCC 8269, *Lactobacillus delbrueckii* ssp. *lactis* NBIMCC 8250, *Lactobacillus delbrueckii* ssp. *bulgaricus* NBIMCC 8244 y *Streptococcus thermophilus* NBIMCC 8253 como aditivo de piensos para lechones lactantes (titular de la autorización, Lactina Ltd) (DOUE L 292, 1.11.2013, p. 3); de un preparado de -galactosidasa producida por *Saccharomyces cerevisiae* (CBS 615.94) y endo-1,4- -glucanasa producida por *Aspergillus niger* (CBS 120604) como aditivo alimentario para especies menores de aves de corral para engorde y para pollitas para puesta (titular de la autorización: Kerry Ingredients and Flavours) (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 31).

También se autorizan, el ácido propiónico, el propionato de sodio y el propionato de amonio como aditivos en los piensos para rumiantes, cerdos y aves de corral (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 16); un preparado de endo-1,4-beta-xilanasas producidas por *Aspergillus niger* (CBS 109.713) y de endo-1,4-beta-glucanasa producida por *Aspergillus niger* (DSM 18404) como aditivo en los piensos para cerdos de engorde (titular de la autorización: BASF SE) (DOUE L 349, 21.12.2013,

p. 88); un preparado de ácido ortofosfórico como aditivo para piensos destinados a todas las especies de animales (DOUE L 288, 30.10.2013, p. 57); la bentonita como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 33); un preparado de *Saccharomyces cerevisiae* MUCL 39885 como aditivo para la alimentación de bovinos de engorde y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 492/2006 (titular de la autorización: Prosol SpA) (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 30); un preparado de *Enterococcus faecium* NCIMB 10415 como aditivo para la alimentación de terneros, cabritos, gatos y perros, y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1288/2004 (titular de la autorización: DSM Nutritional Products Ltd, representado por DSM Nutritional products Sp. Z o.o) (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 38); un preparado de *Enterococcus faecium* DSM 7134 y *Lactobacillus rhamnosus* DSM 7133 como aditivo para la alimentación de terneros de cría y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1288/2004 (titular de la autorización: Lactosan GmbH & CoKG) (DOUE L 296, 7.11.2013, p. 1); preparados de *Lactobacillus plantarum* NCIMB 40027, *Lactobacillus buchneri* DSM 22501, *Lactobacillus buchneri* NCIMB 40788/CNCM I-4323, *Lactobacillus buchneri* LN 40177/ATCC PTA-6138 y *Lactobacillus buchneri* LN 4637/ATCC PTA-2494 como aditivos para todas las especies animales (DOUE L 298, 8.11.2013, p. 29); de ácido fumárico como aditivo para la alimentación de todas las especies animales (DOUE L 292, 1.11.2013, p. 7). Y la Comisión modifica la Recomendación 2006/576/CE en lo que se refiere a las toxinas T-2 y HT-2 en piensos compuestos para gatos (DOUE L 294, 6.11.2013, p. 44).

Por otra parte se modifica reiteradamente 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 neomicina (DOUE L 288, 30.10.2013, p. 60), en lo que respecta a la sustancia carbonato de manganeso (DOUE L 288, 30.10.2013, p. 63), y en lo que respecta a la sustancia diclazurilo (DOUE L 322, 3.12.2013, p. 21)

También se modifican reiteradamente los anexos del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los límites máximos de residuos de ciproconazol, ciprodinilo, fluopiram, 8-hidroxiquinolina, nicotina, pendimetalina, pentiopirad y trifloxistrobina en determinados productos (DOUE L 279, 19.10.2013, p. 10), de bitertanol, clorfenvinfós, dodina y vinclozolina en determinados productos (DOUE L 307, 16.11.2013, p. 1) y de residuos de 2,4-D, beflubutamida, ciclanilida, diniconazol, florasulam, metolacloro y S-metolacloro y milbemectina en determinados productos (DOUE L 339, 17.12.2013, p.1)

Se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n° 1169/2011

del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la indicación del país de origen o del lugar de procedencia para la carne fresca, refrigerada o congelada de porcino, ovino, caprino y aves de corral (DOUE L 335, 14.12.2013, p. 19) y se establecen también disposiciones de aplicación del régimen de certificados de exportación en el sector de la carne de porcino (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 29). Se modifica el anexo I del Reglamento (UE) n° 206/2010 en lo que respecta a los requisitos zoonosanitarios relativos a la tembladera en el modelo de certificado veterinario para las importaciones en la Unión de ovinos y caprinos destinados a la cría y producción (DOUE L 237, 5.09.2013, p. 1) e igualmente se modifica la parte 1 del anexo E de la Directiva 92/65/CEE del Consejo en lo que respecta al modelo de certificado sanitario para animales procedentes de explotaciones (DOUE L 281, 23.10.2013, p. 14).

Además se establece la lista de territorios y terceros países desde los que se autorizan las importaciones de perros, gatos y hurones, así como el modelo de certificado sanitario para esas importaciones (DOUE L 281, 23.10.2013, p. 20) y en esta materia se deroga la Decisión de Ejecución 2011/874/UE (DOUE L 281, 23.10.2013, p. 27).

Por otra parte se decide una ayuda financiera de la Unión a determinados Estados miembros para subvencionar estudios voluntarios de vigilancia de las desapariciones de colonias de abejas para la temporada 2013-2014 (DOUE L 279, 19.10.2013, p. 67) y se modifica el Reglamento (UE) n° 206/2010 en lo que respecta al modelo de certificado veterinario para las reinas de abejas y abejorros (DOUE L 284, 26.10.2013, p. 12).

También se modifica el anexo I de la Decisión 2004/211/CE en lo que respecta a la entrada correspondiente a Brasil en la lista de terceros países y partes de su territorio a partir de los cuales los Estados miembros autorizan la importación de équidos vivos y esperma, óvulos y embriones de la especie equina, se modifica el anexo II, letra D, de la Decisión 92/260/CEE en cuanto a los requisitos de ensayo para la detección del muermo, y se modifican las Decisiones 92/260/CEE, 93/196/CEE y 93/197/CEE en lo relativo a determinadas denominaciones geográficas (DOUE L 326, 6.12.2013, p. 49).

En cuanto a la protección de la salud de los animales, se modifican las Decisiones 2010/470/UE y 2010/472/UE en lo que respecta a los requisitos zoonosanitarios relativos a la tembladera para el comercio y las importaciones en la Unión de esperma, óvulos y embriones de animales de las especies ovina y caprina (DOUE L 252, 24.09.2013, p. 32); se aprueban los programas anuales y plurianuales y la contribución financiera de la Unión para la erradicación, el control y la vigilancia de determinadas enfermedades de los animales y zoonosis, presenta-

dos por los Estados miembros para 2014 y los años sucesivos (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 101), y se modifican las Decisiones 2005/734/CE, 2006/415/CE y 2007/25/CE respecto a su período de aplicación (DOUE L 293, 5.11.2013, p. 40). Se fija la participación financiera de la Unión en los gastos contraídos en el contexto de los planes de vacunación de urgencia contra la fiebre catarral ovina en España en 2007 y 2008 (DOUE L 301, 12.11.2013, p. 3) y se decide una participación financiera de la Unión en las intervenciones de urgencia para luchar contra la gripe aviar que tuvieron lugar en Alemania, Italia y los Países Bajos en 2012 y 2013 y en Dinamarca y España en 2013 (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 44).

En el sector de los productos lácteos y de la ganadería, se modifica el Reglamento (CE) n° 1187/2009 en lo que atañe a las exportaciones de leche y productos lácteos a los Estados Unidos de América y a la República Dominicana (DOUE L 275, 16.10.2013, p. 3)

En cuanto a los centros escolares y la ayuda alimentaria se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1020/2012, por el que se adopta un plan de asignación a los Estados miembros de los recursos imputables al ejercicio presupuestario 2013 para el suministro de alimentos procedentes de las existencias de intervención en beneficio de las personas más necesitadas de la Unión Europea (DOUE L 322, 3.12.2013, p. 19)

#### IV. POLÍTICA PESQUERA

En el desarrollo de la Política de Pesca de la Unión Europea suele ser necesaria la celebración de numerosos tratados internacionales, y así se firma, en nombre de la Unión Europea, y se procede a la aplicación provisional del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República Gabonesa (DOUE L 250, 20.09.2013, p. 1 y 2), se celebra el Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República Islámica de Mauritania para un período de dos años (DOUE L 313, 22.11.2013, p. 3) y se firma, en nombre de la Unión Europea, el Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 1 y 2; DOUE L 349, 21.12.2013, p. 1). También se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Protocolo entre la Unión Europea y la Unión de las Comoras por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero en vigor entre

ambas Partes (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 4 y 5).

En lo que se refiere al régimen general de la pesca y flotas pesqueras, 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 241, 10.09.2013, p. 1) y se decide una participación financiera suplementaria en los programas de control de la actividad pesquera realizados por los Estados miembros en 2013 (DOUE L 338, 17.12.2013, p.70).

También se modifica el Reglamento (CE) n° 889/2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que atañe a la utilización de juveniles de la acuicultura no ecológica y de material de reproducción de moluscos bivalvos no ecológicos en la acuicultura ecológica (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 29).

Se adopta el reglamento (UE) n° 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, se modifican los Reglamentos (CE) n° 1184/2006 y (CE) n° 1224/2009 del Consejo y se deroga el Reglamento (CE) n° 104/2000 del Consejo (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 1). Se adopta un reglamento relativo a los planes de producción y comercialización en virtud del Reglamento (UE) n° 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 40) y se derogan los Reglamentos (CE) n° 347/96, (CE) n° 1924/2000, (CE) n° 1925/2000, (CE) n° 2508/2000, (CE) n° 2509/2000, (CE) n° 2813/2000, (CE) n° 2814/2000, (CE) n° 150/2001, (CE) n° 939/2001, (CE) n° 1813/2001, (CE) n° 2065/2001, (CE) n° 2183/2001, (CE) n° 2318/2001, (CE) n° 2493/2001, (CE) n° 2306/2002, (CE) n° 802/2006, (CE) n° 2003/2006, (CE) n° 696/2008 y (CE) n° 248/2009 tras la adopción del Reglamento (UE) n° 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 48)

Se adopta otro reglamento relativo al reconocimiento de las organizaciones de productores y las organizaciones interprofesionales, la aplicación extensiva de las normas de las organizaciones de productores y las organizaciones interprofesionales y la publicación de los precios de activación, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 43).

También se adopta el reglamento (UE) n° 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, sobre la política pesquera común, por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1954/2003 y (CE) n° 1224/2009 del Consejo, y se derogan los Reglamentos (CE) n° 2371/2002 y (CE) n° 639/2004 del Consejo y la Decisión 2004/585/CE del Consejo (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 22) y otro reglamento relativo a la apertura y el modo de gestión de contingentes arancelarios autónomos de la Unión para las importaciones de determinados productos de la pesca en las Islas Canarias desde 2014 hasta 2020 (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 1)

En cuanto a la protección del medio marino y de las cuotas generales de pesca, se adopta un reglamento relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 40). Y otro relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo entre la Unión Europea y la Unión de las Comoras por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero en vigor entre ambas Partes (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 26). También se modifica el Reglamento (UE) n° 1258/2012 del Consejo por el que se asignan las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo acordado entre la Unión Europea y la República de Madagascar por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero en vigor entre ambas Partes (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 24)

Se prohíbe la pesca de bacalao en las zonas CIEM I y IIIb por parte de los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea salvo Alemania, España, Francia, Polonia y el Reino Unido (DOUE L 234, 3.09.2013, p. 21); la pesca de bacalao en la zona NAFO 3M por parte de los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 12) Se reparten las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República Gabonesa (DOUE L 250, 20.09.2013, p. 24)

Se establecen, para 2014, las posibilidades de pesca aplicables en el mar Báltico a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces (DOUE L 313, 22.11.2013, p. 4), se modifican los Reglamentos (CE) n° 754/2009, (UE) n° 1262/2012, (UE) n° 39/2013 y (UE) n° 40/2013 en lo que se refiere a determinadas posibilidades de pesca (DOUE L 313, 22.11.2013, p. 15) y se decide la con-

tribución financiera de la Unión Europea en 2013 a los programas nacionales de tres Estados miembros (España, Croacia y Reino Unido) para la recopilación, gestión y uso de datos en el sector pesquero (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 118). También se prohíbe la pesca de gallineta nórdica en la zona NAFO 3LN por parte de los buques que enarbolan pabellón de Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L 334, 13.12.2013, p. 6). Se excluyen las subdivisiones CIEM 27 y 28.2 de algunas limitaciones del esfuerzo pesquero en 2014 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 341, 18.12.2013, p. 34) y se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2013, debido a la sobrepesca practicada durante el año anterior en otras poblaciones, y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 770/2013 en lo concerniente a las cantidades que deben deducirse en futuros años (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 61). Igualmente se establece una exención a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1967/2006 en lo concerniente a la distancia mínima de la costa y la profundidad marina mínima en el caso de las redes de tiro desde embarcación para la pesca de chanquete y cabotí (*Aphia minuta* y *Pseudaphia ferreri*) y de caramel (*Spicara smaris*) en determinadas aguas territoriales de España (islas Baleares) (DOUE L 322, 3.12.2013, p. 17)

En la regulación de las cuotas pesqueras se suelen establecer limitaciones para la pesca de determinadas especies. Y en lo que afecta a la flota pesquera española, se prohíbe la pesca, de sable negro en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas V, VI, VII y XII (DOUE L 251, 21.09.2013, p. 3), de eglefino en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas Vb y VIa (DOUE L 253, 25.09.2013, p. 4), de brótola de fango en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas VIII y IX (DOUE L 253, 25.09.2013, p. 6), de sable negro en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas VIII, IX y X (DOUE L 280, 22.10.2013, p. 1), de aguja azul en el océano Atlántico (DOUE L 338, 17.12.2013, p.27), de gallineta nórdica en las aguas de la UE y aguas internacionales de la zona V y en las aguas internacionales de las zonas XII y XIV (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 46), de gallineta nórdica en aguas de Groenlandia de la zona NAFO 1F y en aguas de Groenlandia de las zonas V y XIV (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 48), de fletán negro en la zona NAFO 3LMNO (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 52)

Se añaden a las cuotas de pesca de anchoa de 2013/14 en el Golfo de Vizcaya las cantidades retenidas por Francia y España en la campaña de pesca 2012/13, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 847/96 del Consejo (DOUE L 279, 19.10.2013, p. 61) y se prevé una reducción del plazo de notificación antes de la llegada a puerto de los buques de la UE dedicados a la pesca de poblaciones de merluza austral y de cigalas en el mar Can-

tábrico y en el oeste de la Península Ibérica que desembarquen en puertos españoles (DOUE L 313, 22.11.2013, p. 47)

## V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

La Libre Circulación de los Trabajadores, la Política Social y de Empleo es objeto de regulación en el último cuatrimestre de 2013, y así se modifican el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 27). También se adopta un reglamento relativo a un Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social («EaSI») y por el que se modifica la Decisión n° 283/2010/UE, por la que se establece un instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 238). Se modifica el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo, por lo que respecta a la asignación financiera del Fondo Social Europeo para determinados Estados miembros (Francia, Italia y España) (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 256)

En esta materia se adopta el reglamento (UE) n° 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1081/2006 del Consejo (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 470) y el Consejo adopta una recomendación relativa a la adopción de medidas eficaces de integración de los gitanos en los Estados miembros (DOUE C 378, 24.12.2013, p. 1)

## VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación con el Derecho de Establecimiento y la Libre prestación de servicios también se produce nueva regulación, y así se modifican las siguientes directivas, la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE (DOUE L 294, 6.11.2013, p. 13), así como la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II) por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de determinadas Directivas (Solvencia I) (DOUE L 341, 18.12.2013, p. 1)

## VII POLÍTICA DE TRANSPORTES

El desarrollo de la política de transportes también suele requerir la celebración de numerosos Tratados internacionales. Así se produce la modificación del Convenio relativo al Transporte Internacional de Mercancías al amparo de los Cuadernos TIR [Convenio TIR de 1975] (DOUE L 245, 14.09.2013, p. 3), se decide la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el Consejo Bilateral de Supervisión en el marco del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea sobre cooperación en materia de reglamentación de la seguridad en la aviación civil, en lo que respecta a la Decisión nº 0004 por la que se modifica el anexo 1 del Acuerdo (DOUE L 257, 28.09.2013, p. 2), y se adopta una decisión swl Comité de Transportes Terrestres Comunidad/Suiza, de 6 de diciembre de 2013, por la que se modifica el anexo 1 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte de mercancías y de viajeros por ferrocarril y por carretera (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 79).

En lo que respecta a los transportes aéreos se adopta un reglamento por el que se modifica con el fin de tener en cuenta la adhesión de Croacia a la Unión Europea el Reglamento (CE) nº 748/2009 de la Comisión, de 5 de agosto de 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 (DOUE L 236, 4.09.2013, p. 1), una decisión relativa a la conformidad de las tarifas unitarias de 2014 para las zonas de tarificación en virtud del artículo 17 del Reglamento de Ejecución (UE) nº 391/2013 (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 68) y se modifican, tanto el Reglamento (UE) nº 185/2010 en lo que atañe a la aclaración, armonización y simplificación de determinadas medidas de seguridad aérea (DOUE L 299, 9.11.2013, p. 1), como la Decisión 2008/294/CE a fin de incluir nuevas tecnologías de acceso y bandas de frecuencias para los servicios de comunicaciones móviles en las aeronaves (servicios de MCA) (DOUE L 303, 14.11.2013, p. 48). Igualmente se modifica el Reglamento (CE) nº 474/2006 por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOUE L 326, 6.12.2013, p. 7).

En los transportes por carretera, se modifica la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el permiso de conducción (DOUE L 261, 3.10.2013, p. 29) y se complementa la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva STI) en lo que respecta al suministro de servicios de información sobre zonas de estacionamiento seguras y protegidas para los camiones y los vehículos comerciales (DOUE L 247, 18.09.2013, p. 1) y en

lo que respecta a los datos y procedimientos para facilitar, cuando sea posible, información mínima universal sobre el tráfico en relación con la seguridad vial, con carácter gratuito para el usuario (DOUE L 247, 18.09.2013, p. 6)

En cuanto al transporte marítimo y fluvial se adopta normativa sobre las especificaciones técnicas del Sistema de Información y Visualización de las Cartas Electrónicas para la Navegación Interior (ECDIS Fluvial) al que se hace referencia en la Directiva 2005/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 258, 28.09.2013, p. 1). Se modifica el anexo II 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 272, 12.10.2013, p. 41) y también se modifica la Directiva 96/98/CE del Consejo sobre equipos marinos (DOUE L 304, 14.11.2013, p. 1).

Se adopta una directiva sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006 (DOUE L 329, 10.12.2013, p. 1) y una decisión relativa al reconocimiento de Georgia de conformidad con la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los sistemas de formación y titulación de la gente de mar (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 105)

En el sector del transporte ferroviario 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 modifica el Reglamento (UE) n° 321/2013 (DOUE L 322, 3.12.2013, p. 23), y se modifican, tanto la Decisión 2012/757/UE, sobre la especificación técnica de interoperabilidad relativa al subsistema «explotación y gestión del tráfico» del sistema ferroviario de la Unión Europea (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 35) como el Reglamento (UE) n° 454/2011 relativo a la especificación técnica de interoperabilidad correspondiente al subsistema «aplicaciones telemáticas para los servicios de viajeros» del sistema ferroviario transeuropeo (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 72), así como también la Decisión 2012/226/UE por la que se establece la segunda serie de objetivos comunes de seguridad para el sistema ferroviario (DOUE L 334, 13.12.2013, p. 37)

## VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En la política de la competencia se regulan algunos aspectos generales y así se modifica el Reglamento (CE) n° 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE L 336, 14.12.2013, p. 1), y se adoptan dos reglamentos, uno relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de

la Unión Europea a las ayudas de minimis (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 1) y otro relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis en el sector agrícola (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 9). También se produce una comunicación de la Comisión relativa a la modificación y prórroga de la aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario y forestal 2007-2013 (DOUE C 339, 20.11.2013, p. 1)

En cuanto a la normativa sobre los derechos antidumping, se derogan las medidas antidumping aplicables a las importaciones de determinados cables de hierro o de acero originarios de la Federación de Rusia, tras una reconsideración por expiración con arreglo al artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009 (DOUE L 338, 17.12.2013, p.1).

Por otra parte, se establece un derecho compensatorio definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado alambre de acero inoxidable originario de la India (DOUE L 240, 7.09.2013, p. 1) y sobre las importaciones de determinados alambres de acero inoxidable originarios de la India (DOUE L 298, 8.11.2013, p. 1).

También se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinado maíz dulce en grano preparado o conservado originario de Tailandia, tras una reconsideración por expiración en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009 (DOUE L 244, 13.09.2013, p. 1) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 857/2010 por el que se establece un derecho compensatorio definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional sobre las importaciones de determinado tereftalato de polietileno originario de los Emiratos Árabes Unidos, Irán y Pakistán (DOUE L 253, 25.09.2013, p. 1).

En relación con la República Popular China, se amplía el derecho antidumping definitivo impuesto por el Reglamento de Ejecución (UE) n° 511/2010 del Consejo sobre las importaciones de alambre de molibdeno, con un contenido de molibdeno superior o igual al 99,95 % en peso, cuyo corte transversal en su mayor dimensión es superior a 1,35 mm, pero no sobrepasa los 4,0 mm, originario de la República Popular China, a las importaciones de alambre de molibdeno, con un contenido de molibdeno igual o superior al 97 %, cuyo corte transversal en su mayor dimensión es superior a 1,35 mm, pero no sobrepasa los 4,0 mm, originario de la República Popular China (DOUE L 243, 12.09.2013, p. 2), se impone un derecho antidumping definitivo y se cobra definitivamente el derecho provisional impuesto a las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (a saber, células) (DOUE L 325, 5.12.2013, p. 1), se

establece un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (a saber, células) (DOUE L 325, 5.12.2013, p. 66), sobre las importaciones de peroxosulfatos (persulfatos) (DOUE L 338, 17.12.2013, p.11) y un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de vidrio solar originario de la República Popular China (DOUE L 316, 27.11.2013, p.8). También se confirma la aceptación de un compromiso propuesto en relación con los procedimientos antidumping y antisubvenciones relativos a las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (como células) originarios o procedentes de la República Popular China durante el período de aplicación de las medidas definitivas (DOUE L 325, 5.12.2013, p. 214). Por otra parte, el derecho antidumping definitivo impuesto por el Reglamento de Ejecución (UE) n° 791/2011 a las importaciones de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio originarios de la República Popular China se amplía a las importaciones de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio procedentes de la India e Indonesia, hayan sido o no declarados originarios de la India e Indonesia (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 20).

Igualmente se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de biodiésel originario de Argentina e Indonesia (DOUE L 315, 26.11.2013, p. 2)

En cuanto al régimen de las ayudas de Estado, se modifica el Reglamento (CE) n° 1857/2006 en lo que se refiere a su período de aplicación (DOUE L 298, 8.11.2013, p. 34), el Reglamento (CE) n° 800/2008 en lo que atañe a su período de aplicación (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 22) y se produce una comunicación de la Comisión sobre la prórroga de la aplicación del Marco aplicable a las ayudas estatales a la construcción naval (DOUE C 357, 6.12.2013, p. 1)

En relación con las ayudas de Estado a España, se autorizan ayudas con respecto a la cual la Comisión no presenta objeciones (DOUE C 256, 5.09.2013, p. 5; DOUE C 256, 5.09.2013, p. 8; DOUE C 293, 9.10.2013, p. 3; DOUE C 316, 30.10.2013, p.7; DOUE C 363, 13.12.2013, p. 1; DOUE C 316, 30.10.2013, p. 1), e igualmente se autorizan ayudas en relación con algunas Comunidades Autónomas, Galicia (DOUE C 279, 27.09.2013, p. 3; DOUE C 361, 11.12.2013, p. 1; DOUE C 306, 22.10.2013, p. 8) y País Vasco (DOUE C 347, 28.11.2013, p.1).

En cuanto a Andalucía se autoriza una ayuda a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, para la realización de un proyecto importante de interés común europeo (DOUE C 335, 16.11.2013, p. 5)

## IX. FISCALIDAD

En lo que se refiere a la Política Fiscal, se produce una carta de notificación por la Unión Europea a la Confederación Suiza de una modificación técnica, con motivo de la adhesión de Croacia, del anexo I del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DOUE L 303, 14.11.2013, p. 1).

También se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Francesa con miras a la aplicación, en la colectividad de San Bartolomé, de la legislación de la Unión sobre fiscalidad del ahorro y cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (DOUE L 313, 22.11.2013, p. 1).

Finalmente, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 282/2011 en lo relativo al lugar de realización de las prestaciones de servicios (DOUE L 284, 26.10.2013, p. 1) y se establece para el período 2014-2020 un programa de acción para mejorar el funcionamiento de los sistemas fiscales de la Unión Europea (Fiscalis 2020) y por el que se deroga la Decisión n° 1482/2007/CE (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 25)

## X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En los aspectos más generales de la Política Económica y Monetaria y Libre Circulación de Capitales y en lo que se refiere al Banco Central Europeo (BCE), y también a sus relaciones con los Bancos Centrales Nacionales, el BCE emite una recomendación al Consejo de la Unión Europea sobre el auditor externo del Banco de España (BCE/2013/32) (DOUE C 264, 13.09.2013, p. 1) y adopta una decisión por la que se modifica la Decisión 1999/70/CE relativa a los auditores externos de los bancos centrales nacionales, por lo que respecta a los auditores externos del Banco de España. En la decisión queda aprobada la designación de KPMG Auditores, SL como auditor externo del Banco de España para los ejercicios de 2013 a 2017 (DOUE L 262, 4.10.2013, p. 9).

Se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), en lo que se refiere a la atribución de funciones específicas al Banco Central Europeo en virtud del Reglamento (UE) n° 1024/2013 (DOUE L 287, 29.10.2013, p. 5) y se encomiendan al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas rela-

cionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DOUE L 287, 29.10.2013, p. 63)

Por su parte, el BCE adopta varios reglamentos, el primero relativo al balance del sector de las instituciones financieras monetarias (refundición) (BCE/2013/33) (DOUE L 297, 7.11.2013, p. 1), el segundo sobre las estadísticas de los tipos de interés que aplican las instituciones financieras monetarias (refundición) (BCE/2013/34) (DOUE L 297, 7.11.2013, p. 51), el tercero relativo a las estadísticas sobre activos y pasivos de fondos de inversión (refundición) (BCE/2013/38) (DOUE L 297, 7.11.2013, p. 73), un cuarto sobre las obligaciones de información estadística de las instituciones de giro postal que reciben depósitos de residentes en la zona del euro distintos de las instituciones financieras monetarias (BCE/2013/39) (DOUE L 297, 7.11.2013, p. 94) y el quinto relativo a las estadísticas sobre activos y pasivos de las sociedades instrumentales dedicadas a operaciones de titulización (refundición) (BCE/2013/40) (DOUE L 297, 7.11.2013, p. 107) y tres decisiones, una sobre medidas adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2013/35) (DOUE L 301, 12.11.2013, p. 6), otra sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2013/36) (DOUE L 301, 12.11.2013, p. 13) y la última por la que se aplica el Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 50)

También emite una orientación por la que se modifica la Orientación BCE/2012/27, de 5 de diciembre de 2012, sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2013/37) (DOUE L 333, 12.12.2013, p.82)

La continuación de la crisis económica lleva a seguir adoptando determinadas medidas, para ayudar a los Estados miembros a superar la crisis y así se completa el Reglamento (UE) n° 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro (DOUE L 244, 13.09.2013, p. 23) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo en lo que respecta a determinadas disposiciones de gestión financiera para determinados Estados miembros que sufren, o corren el riesgo de sufrir, graves dificultades en su estabilidad financiera, a las normas de liberación de compromisos para determinados Estados miembros y a las normas relativas a los pagos del saldo final (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 253)

En relación a países concretos, se aprueba el programa de ajuste macroeconómico de Chipre y se deroga la Decisión 2013/236/UE (DOUE L 250, 20.09.2013, p. 40), se modifica la Decisión de Ejecución 2011/77/UE sobre la concesión por la Unión de ayuda financiera a Irlanda (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 71); se modifica la Decisión de Ejecución 2011/344/UE, relativa a la concesión de ayuda financiera de la Unión a Portugal (DOUE L 322, 3.12.2013, p. 31) y se aprueba la actualización del programa de ajuste macroeconómico de Portugal (DOUE L 322, 3.12.2013, p. 38). Se concede a Rumanía una ayuda financiera a medio plazo de carácter preventivo de la Unión (DOUE L 286, 29.10.2013, p. 1) y asistencia mutua a Rumanía (DOUE L 286, 29.10.2013, p. 4).

El Consejo adopta también dictámenes sobre el programa de asociación económica de España (DOUE C 368, 17.12.2013, p.1), Francia (DOUE C 368, 17.12.2013, p.4), Eslovenia (DOUE C 368, 17.12.2013, p.7), Malta (DOUE C 371, 18.12.2013, p. 1) y los Países Bajos (DOUE C 371, 18.12.2013, p. 4)

En lo que se refiere al régimen del euro, se modifica el Reglamento (CE) n° 2866/98 en lo que se refiere al tipo de conversión de la moneda letona al euro (DOUE L 243, 12.09.2013, p. 1) y el BCE decide la aprobación del volumen de emisión de moneda metálica en 2014 (BCE/2013/46) (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 109)

## XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Las Relaciones exteriores y la Cooperación al Desarrollo de la Unión Europea siempre implican la celebración o modificación de numerosos tratados internacionales. En este sentido, en lo que se refiere al Espacio Económico Europeo (EEE), se adoptan decisiones por parte Comité Mixto del EEE que modifican diversos anexos del Acuerdo EEE, así se modifican, el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 1; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 2; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 3; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 5; DOUE L 318, 28.11.2013, p.1; DOUE L 318, 28.11.2013, p.3; DOUE L 318, 28.11.2013, p.5; DOUE L 318, 28.11.2013, p.6; DOUE L 318, 28.11.2013, p.7; DOUE L 318, 28.11.2013, p.8; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 3; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 4); el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 6; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 8; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 9; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 11; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 5); el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 12; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 13; DOUE L 291, 31.10.2013,

p. 14; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 15; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 16; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 19; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 21; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 22; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 24; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 25; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 26; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 27; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 28; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 29; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 30; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 31; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 32; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 34; DOUE L 318, 28.11.2013, p.9; DOUE L 318, 28.11.2013, p.10; DOUE L 318, 28.11.2013, p.11; DOUE L 318, 28.11.2013, p.12; DOUE L 318, 28.11.2013, p.14; DOUE L 318, 28.11.2013, p.15; DOUE L 318, 28.11.2013, p.16; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 6; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 7; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 9; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 10), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo IV (Energía) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 35; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 37; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 38; DOUE L 318, 28.11.2013, p.17; DOUE L 318, 28.11.2013, p.18), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo XX (Medio ambiente) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 39), el anexo IV (Energía) (DOUE L 318, 28.11.2013, p.19; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 11), el anexo VI (Seguridad social) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 42), el anexo IX (Servicios financieros) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 43; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 44; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 46), el anexo IX (Servicios financieros) y el Protocolo 37 (que contiene la lista correspondiente al artículo 101) (DOUE L 318, 28.11.2013, p.20), el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 49; DOUE L 318, 28.11.2013, p. 21), el anexo XII (Libre circulación de capitales) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 51), el anexo XIII (Transportes) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 53; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 54; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 55; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 56; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 57; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 58; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 59; DOUE L 318, 28.11.2013, p.22; DOUE L 318, 28.11.2013, p.23; DOUE L 318, 28.11.2013, p.24; DOUE L 318, 28.11.2013, p.25; DOUE L 318, 28.11.2013, p.26; DOUE L 318, 28.11.2013, p.27; DOUE L 318, 28.11.2013, p.28; DOUE L 318, 28.11.2013, p.29; DOUE L 318, 28.11.2013, p.30; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 12; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 13; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 14; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 15; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 16; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 17), el anexo XVI (Contratos públicos) (DOUE L 318, 28.11.2013, p. 31), el anexo XVII (Propiedad intelectual) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 60), el anexo XX (Medio ambiente) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 61; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 62), el anexo XXI (Estadísticas) (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 63; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 64; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 65; DOUE L 291, 31.10.2013, p. 66; DOUE L 318, 28.11.2013, p.32; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 18; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 19; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 20), el anexo XXII (De-

recho de sociedades) (DOUE L 318, 28.11.2013, p.33; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 21), el Protocolo 30 del Acuerdo EEE, relativo a las disposiciones específicas sobre la organización de la cooperación en materia de estadísticas (DOUE L 345, 19.12.2013, p. 2), el Protocolo 31 del Acuerdo EEE, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (DOUE L 291, 31.10.2013, p. 67; DOUE L 345, 19.12.2013, p. 1), el Protocolo 47 (sobre la supresión de los obstáculos comerciales de carácter técnico en el sector del vino) del Acuerdo EEE (DOUE L 318, 28.11.2013, p.34)

En cuanto al Convenio relativo a un régimen común de tránsito, UE/AELC (de 1987) la Comisión Mixta UE/AELC sobre el régimen común de tránsito, modifica el Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 277, 18.10.2013, p. 14; DOUE L 315, 26.11.2013, p. 106) y se decide la posición que ha de adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la Comisión Mixta UE-AELC «Tránsito Común» por lo que respecta a la adopción de una Decisión por la que se modifica el Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 50)

En relación con los Países y Territorios de ultramar se adopta una decisión relativa a la asociación de los países y territorios de ultramar con la Unión Europea («Decisión de Asociación ultramar») (DOUE L 344, 19.12.2013, p. 1) y se modifican las Directivas 2006/112/CE y 2008/118/CE por lo que respecta a las regiones ultraperiféricas francesas y, en particular, a Mayotte (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 5).

También se modifican como consecuencia de la modificación del estatuto de Mayotte respecto de la Unión Europea, la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 7), las Directivas 91/271/CEE y 1999/74/CE del Consejo y las Directivas 2000/60/CE, 2006/7/CE, 2006/25/CE y 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 8) y los Reglamentos (CE) n° 850/98 y (CE) n° 1224/2009 del Consejo y los Reglamentos (CE) n° 1069/2009, (UE) n° 1379/2013 y (UE) n° 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 86) y la Decisión 2002/546/CE con respecto a su período de aplicación (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 13)

Y en cuanto a las negociaciones de adhesión, se publica el Dictamen de la Comisión, sobre la solicitud de adhesión a la Unión Europea presentada por la República de Croacia (DOUE L 300, 9.11.2013, p. 3), la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, sobre la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 300, 9.11.2013, p. 4) y la Decisión del Consejo de la Unión

Europea, relativa a la admisión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 300, 9.11.2013, p. 6)

Igualmente se publica el Anuncio relativo a la entrada en vigor del Tratado de Adhesión entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República de Croacia sobre la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 300, 9.11.2013, p. 5) así como el Tratado entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República de Croacia, relativo a la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 300, 9.11.2013, p. 7).

También, y en relación con otro Estado candidato, la decisión por la que se establece la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, en el Consejo de Estabilización y Asociación UE-Serbia, en relación con la Decisión del Consejo de Estabilización y Asociación UE-Serbia de adopción de su Reglamento interno (DOUE L 278, 18.10.2013, p. 1), así como la decisión relativa a la celebración del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra (DOUE L 278, 18.10.2013, p. 14 y 16)

En los ámbitos de la Política de Vecindad se adopta una recomendación del Consejo de Asociación UE-Marruecos, relativa a la ejecución del Plan de Acción UE-Marruecos en el marco de la PEV de ejecución del Estatuto Avanzado (2013-2017) (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 78)

En lo que se refiere a Cooperación al Desarrollo, se deciden las medidas transitorias de gestión del FED desde el 1 de enero de 2014 hasta la entrada en vigor del 11o Fondo Europeo de Desarrollo (DOUE L 335, 14.12.2013, p. 48), se nombra a los miembros del consejo de administración del Centro para el Desarrollo de la Empresa (CDE) (DOUE L 263, 5.10.2013, p.18) y a los miembros del consejo de administración del Centro técnico para la cooperación agrícola y rural (CTA) (DOUE L 309, 19.11.2013, p. 49). También se deciden los estatutos del Centro Técnico de Cooperación Agrícola y Rural (CTA) (DOUE L 309, 19.11.2013, p. 50)

En esta materia también se establece una excepción a las normas de origen contempladas en el Protocolo 1 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados de África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, atendiendo a la situación especial por la que atraviesa la República de Mauricio en lo que respecta al listado en conserva (DOUE L 240, 7.09.2013, p. 36), y se modifica la Decisión 2007/641/CE, relativa a la República de Fiyi, y se prorroga su período de aplicación (DOUE L 257, 28.09.2013, p. 12).

Se conceden ayudas macrofinancieras a a la República Kirguisa (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 1) y al Reino Hachemí de Jordania (DOUE L 341, 18.12.2013, p. 4).

Y el Consejo de cooperación UE-Irak adopta su reglamento interno y el reglamento interno del Comité de Cooperación (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 68) y decide la creación de tres subcomités especializados y la adopción de sus respectivos mandatos (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 74)

## XII. ENERGÍA

En los ámbitos internacionales de la Política de Energía se decide, por parte del Consejo Ministerial de la Comunidad de la Energía D/2013/03/MC-EnC sobre la prórroga del Tratado de la Comunidad de la Energía (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 81).

En esta materia se adopta un reglamento relativo al Programa de Investigación y Formación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2014-2018) que complementa Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 948). Y se modifica la Decisión 2007/198/Euratom por la que se establece la Empresa Común Europea para el ITER y el desarrollo de la energía de fusión, y por la que se le confieren ventajas (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 100)

También se complementa la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al etiquetado energético de aparatos de calefacción, calefactores combinados, equipos combinados de aparato de calefacción, control de temperatura y dispositivo solar y equipos combinados de calefactor combinado, control de temperatura y dispositivo solar (DOUE L 239, 6.09.2013, p. 1), y en lo que respecta al etiquetado energético de los calentadores de agua, los depósitos de agua caliente y los equipos combinados de calentador de agua y dispositivo solar (DOUE L 239, 6.09.2013, p. 83)

### XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En la Política Industrial, se determina la «lista Prodcum» de productos industriales correspondiente a 2013 prevista por el Reglamento (CEE) n° 3924/91 del Consejo (DOUE L 271, 11.10.2013, p. 1)

En la regulación del Mercado Interior siempre suele haber normativa internacional que le afecta, así se modifica la Decisión 2000/125/CE, relativa a la celebración del Acuerdo sobre el establecimiento de reglamentos técnicos mundiales aplicables a los vehículos de ruedas y a los equipos y piezas que puedan montarse o utilizarse en dichos vehículos («Acuerdo paralelo») (DOUE L 245, 14.09.2013, p. 1) y también se modifica la Decisión 97/836/CE, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Acuerdo de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la adopción de prescripciones técnicas uniformes aplicables a los vehículos de ruedas y los equipos y piezas que puedan montarse o utilizarse en estos, y sobre las condiciones de reconocimiento recíproco de las homologaciones concedidas conforme a dichas prescripciones («Acuerdo revisado de 1958») (DOUE L 245, 14.09.2013, p. 25).

También se puede señalar, con frecuencia, la recepción de numerosos reglamentos adoptados por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, que a veces son posteriormente modificados, así se pueden señalar las modificaciones del Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera 10 y 12 y a la Norma Internacional de Contabilidad 27 (DOUE L 312, 21.11.2013, p. 1), en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 36 (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 38) y en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 39 (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 42)

Los aspectos más generales del Mercado Interior son también objeto de regulación, y en este sentido se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reco-

nocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 132) y se adopta una recomendación por la Comisión, de 17 de septiembre de 2013, sobre los principios por los que se rige SOLVIT (DOUE L 249, 19.09.2013, p. 10)

En lo que se refiere a la protección de la salud humana y animal, se modifica el anexo III del Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la información requerida para la autorización de biocidas (DOUE L 234, 3.09.2013, p. 1), y se aprueban una serie de sustancias como biocidas, así se aprueba el uso de la cipermetrina como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L 261, 3.10.2013, p. 23) y el propiconazol como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 9 (DOUE L 263, 5.10.2013, p.7).

También se aprueban una serie de sustancias activas 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 de la Comisión así las sustancias activas, penflufén, (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 17), benalaxilo-M (DOUE L 312, 21.11.2013, p. 18), piroxulam (DOUE L 312, 21.11.2013, p. 23), espirotetramato, (DOUE L 312, 21.11.2013, p. 28), pentiopirad, (DOUE L 313, 22.11.2013, p. 42), tembotriona, (DOUE L 314, 23.11.2013, p. 6), tiosulfato de plata y sodio (DOUE L 315, 26.11.2013, p. 27), clorantraniliprol, (DOUE L 315, 26.11.2013, p. 69) y aceite de naranja (DOUE L 309, 19.11.2013, p. 17)

Se adoptan nuevos reglamentos que aprueban diversas sustancias activas, como el uso del ácido bromoacético como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 4 (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 22), del sulfato de cobre pentahidratado como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 2 (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 25), del fosfuro de aluminio generador de fosfina como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 20 (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 28), del ácido benzoico como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 3 y 4 (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 31), del etofenprox como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 35), del IPBC como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 6 (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 38), del tebuconazol como sustancia activa en biocidas de los tipos de producto 7 y 10 (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 40), del ácido nonanoico como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 2 (DOUE L 283, 25.10.2013, p. 43)

Igualmente se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 en lo

relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia activa bifenox (DOUE L 299, 9.11.2013, p. 34), de la sustancia activa «aceite de colza» (DOUE L 305, 15.11.2013, p. 13), de la sustancia activa etoprofos (DOUE L 312, 21.11.2013, p. 33), de la sustancia activa kieselgur (tierra de diatomeas) (DOUE L 293, 5.11.2013, p. 31), y de la sustancia activa diclorprop-P (DOUE L 309, 19.11.2013, p. 22), así como en lo que respecta a la ampliación de los períodos de aprobación de las sustancias activas clotianidina, dimoxistrobina, oxamil y pexotamida (DOUE L 302, 13.11.2013, p. 34)

Se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la utilización de edulcorantes en determinadas frutas y hortalizas para untar (DOUE L 252, 24.09.2013, p. 11). También se modifica la Decisión 2009/821/CE en lo relativo a la lista de los puestos de inspección fronterizos (DOUE L 267, 9.10.2013, p. 3) y se adopta una recomendación por la Comisión relativa a la reducción de los niveles de dioxinas, furanos y PCB en los piensos y los productos alimenticios (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 37)

En cuanto a la salud alimentaria y la seguridad, se autorizan determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos, distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños, y se modifica el Reglamento (UE) n° 432/2012 (DOUE L 235, 4.09.2013, p. 3) y por otra parte, se deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos, distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 39; DOUE L 289, 31.10.2013, p. 49). En esta materia se establece una lista de declaraciones autorizadas de propiedades saludables de los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 43)

Se adopta un reglamento por el que se establecen las disposiciones de aplicación relativas al uso de descriptores genéricos (denominaciones) (DOUE L 251, 21.09.2013, p. 7). Se establece, además, la lista de la Unión de productos primarios autorizados para la producción de aromas de humo utilizados como tales en los productos alimenticios o en su superficie, o para la producción de aromas de humo derivados (DOUE L 333, 12.12.2013, p.54) y se modifica el Reglamento (UE) n° 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, en lo referente a la información sobre la ausencia o la presencia reducida de gluten en los alimentos (DOUE L 306, 16.11.2013, p. 7).

Se modifican, el Reglamento (CE) n° 1881/2006 en lo relativo a los conte-

nidos máximos de dioxinas, PCB similares a las dioxinas y PCB no similares a las dioxinas en el hígado de determinados animales terrestres (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 56) y el anexo I del Reglamento (CE) n° 2073/2005 en lo relativo a la histamina en los productos de la pesca (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 46).

También se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al uso de Difosfatos (E 450), Trifosfatos (E 451) y Polifosfatos (E 452) en el pescado salado en húmedo (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 58), en lo relativo al uso de fosfatos de sodio (E 339) en tripas naturales para embutidos (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 61) y en lo que concierne a determinados aditivos alimentarios (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 79).

Se adopta un reglamento relativo a la designación y la supervisión de los organismos notificados con arreglo a la Directiva 90/385/CEE del Consejo, sobre productos sanitarios implantables activos, y la Directiva 93/42/CEE, sobre productos sanitarios (DOUE L 253, 25.09.2013, p. 8) y se modifica y corrige el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinadas sustancias aromatizantes (DOUE L 273, 15.10.2013, p. 18).

Se autoriza la comercialización de extracto de cresta de gallo como nuevo ingrediente alimentario, con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 322, 3.12.2013, p. 39) y se modifica el Reglamento (UE) n° 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, en lo relativo a la definición de «nanomaterial artificial» (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 26).

Por último, en estos ámbitos, la Comisión adopta dos recomendaciones, una sobre las auditorías y evaluaciones realizadas por los organismos notificados en el ámbito de los productos sanitarios (DOUE L 253, 25.09.2013, p. 27) y otra relativa a la investigación de los niveles de acrilamida en los alimentos (DOUE L 301, 12.11.2013, p. 15)

En lo que se refiere a etiquetado y presentación productos, se desarrolla la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo respecto de los requisitos de diseño ecológico aplicables a los aparatos de calefacción y a los calefactores combinados (DOUE L 239, 6.09.2013, p. 136), y se aplica la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico para calentadores de agua y depósitos de agua caliente (DOUE L 239, 6.09.2013, p. 162)

Igualmente se modifica, a efectos de su adaptación al progreso científico y técnico, el Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L 261, 3.10.2013, p. 5) y el anexo III del Reglamento (CE) n° 110/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la definición, designación, presentación, etiquetado y protección de la indicación geográfica de bebidas espirituosas (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 48)

El sector de los obstáculos técnicos a los intercambios suele ser objeto de regulación o de modificación normativa, y así se adopta una decisión sobre la aplicación del Reglamento no 41 de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de motocicletas por lo que respecta al ruido (DOUE L 263, 5.10.2013, p.15) y otra relativa a los requisitos básicos de los equipos marinos de comunicación por radio destinados a ser utilizados en buques no cubiertos por el Convenio SOLAS y a participar en el Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítima (SMSSM) (DOUE L 296, 7.11.2013, p. 22), además de un reglamento relativo al formato de la evaluación técnica europea de los productos de construcción (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 42).

En esta materia se modifica, para adaptarlas al progreso técnico, la Directiva 97/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados elementos y características de los vehículos de motor de dos o tres ruedas, la Directiva 2002/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la homologación de los vehículos de motor de dos o tres ruedas, y la Directiva 2009/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la instalación de dispositivos de alumbrado y de señalización luminosa en los vehículos de motor de dos o tres ruedas (DOUE L 329, 10.12.2013, p. 15) y se adopta una directiva relativa a las embarcaciones de recreo y a las motos acuáticas, que deroga la Directiva 94/25/CE (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 90)

En cuanto a los aspectos relacionados con la seguridad de los productos, se modifica, con relación a los hidrocarburos aromáticos policíclicos, el anexo XVII 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 mezclas químicas (REACH) (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 69)

El mercado interior abarca una amplia variedad de sectores, que siempre suelen ser objeto de alguna nueva normativa, o de la modificación de la regulación existente. Así se completa el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas a los colegios de entidades de contrapartida central (DOUE L 244,

13.09.2013, p. 19), se modifica 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 la lista de entidades exentas (DOUE L 279, 19.10.2013, p. 2) y se establecen normas técnicas de ejecución en lo que se refiere a la publicación de los requisitos de fondos propios de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 355, 31.12.2013, p. 60). También se completa el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con las tasas que deben pagar los registros de operaciones a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (DOUE L 279, 19.10.2013, p. 4)

Además, se adopta un reglamento por el que se establece un código de red sobre los mecanismos de asignación de capacidad en las redes de transporte de gas y se completa el Reglamento (CE) n° 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 273, 15.10.2013, p. 5).

Se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 335, 14.12.2013, p. 17), e igualmente se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los productos cosméticos (DOUE L 315, 26.11.2013, p. 34) y se adopta una decisión sobre las directrices relativas al anexo I del Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los productos cosméticos (DOUE L 315, 26.11.2013, p. 82)

También se modifican, el Reglamento (CE) n° 273/2004, sobre precursores de drogas (DOUE L 330, 10.12.2013, p. 21) y la Decisión 2006/771/CE sobre la armonización del espectro radioeléctrico para su uso por dispositivos de corto alcance y se deroga la Decisión 2005/928/CE (DOUE L 334, 13.12.2013, p. 17)

#### XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En lo que se refiere a la Política Regional, se establecen disposiciones específicas relativas al apoyo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional al objetivo de cooperación territorial europea (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 259) y se adopta un reglamento relativo al Fondo de Cohesión y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1084/2006 (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 281) y otro reglamento sobre el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y sobre disposiciones específicas relativas al objetivo de inversión en crecimiento y empleo y por el que se de-

roga el Reglamento (CE) n° 1080/2006 (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 289). Se establecen, además, disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 320)

En esta materia, también se modifica el Reglamento (CE) n° 1082/2006 sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT) en lo que se refiere a la clarificación, a la simplificación y a la mejora de la creación y el funcionamiento de tales agrupaciones (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 303)

En cuanto a la regulación de las redes transeuropeas, se adopta un reglamento relativo al establecimiento y la explotación de los sistemas europeos de radio-navegación por satélite y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 876/2002 del Consejo y el Reglamento (CE) n° 683/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 1), otro sobre las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte, y por el que se deroga la Decisión n° 661/2010/UE (DOUE L 348, 20.12.2013, p 1) y finalmente un tercero por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa», por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 913/2010 y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 680/2007 y (CE) n° 67/2010 (DOUE L 348, 20.12.2013, p 129). También se crea la Agencia Ejecutiva de Innovación y Redes y se deroga la Decisión 2007/60/CE, modificada por la Decisión 2008/593/CE (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 65)

Se modifica el Reglamento (UE) n° 347/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas, en cuanto a la lista de la Unión de proyectos de interés común (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 28) y la Comisión emite una recomendación relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha (DOUE L 251, 21.09.2013, p. 13)

## XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En la Política Medioambiental suele ser frecuente la celebración de tratados internacionales, y la aplicación de normativa internacional. En este sentido se decide la aceptación, en nombre de la Unión Europea, de la enmienda a los artí-

culos 25 y 26 del Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 98).

En cuanto a los aspectos más generales de esta política, se adoptan, un reglamento relativo al establecimiento de un Programa de Medio Ambiente y Acción por el Clima (LIFE) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 614/2007 (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 185) y una decisión relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 171)

En la regulación sobre residuos se modifica la Directiva 2006/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores, por lo que respecta a la puesta en el mercado de pilas y acumuladores portátiles que contengan cadmio, destinados a utilizarse en herramientas eléctricas inalámbricas, y de pilas botón con un bajo contenido de mercurio, y se deroga la Decisión 2009/603/CE de la Comisión (DOUE L 329, 10.12.2013, p. 5), se establece el formato para la notificación de la información sobre la adopción y las revisiones sustanciales de los planes de gestión de residuos y de los programas de prevención de residuos (DOUE L 329, 10.12.2013, p. 44) y se adopta un reglamento relativo al reciclado de buques y por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 1013/2006 y la Directiva 2009/16/CE (DOUE L 330, 10.12.2013, p. 1)

En lo que respecta a la regulación relacionada con la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se adoptan varias decisiones, una relativa al factor de utilización estándar de la capacidad con arreglo al artículo 18, apartado 2, de la Decisión 2011/278/UE (DOUE L 240, 7.09.2013, p. 23), una segunda relativa a las medidas nacionales de aplicación para la asignación gratuita transitoria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo al artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 240, 7.09.2013, p. 27), una tercera relativa a la aprobación del sistema Bosch de preacondicionamiento del estado de carga de la batería de los vehículos híbridos basado en un sistema de navegación como tecnología innovadora para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> de los turismos, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 284, 26.10.2013, p. 36), otra por la que se confirman las emisiones medias específicas de CO<sub>2</sub> y los objetivos de emisiones específicas aplicables a los fabricantes de turismos, en relación con el año natural 2012, en aplicación del Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 71) y una quinta relativa a los ajustes de las asignaciones anuales de emisiones de los Estados miembros para el período 2013-2020 de conformidad con la Decisión n° 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 292, 1.11.2013, p. 19)

También se modifican varios reglamentos, así se modifica el Reglamento (CE) n° 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la obligación de informar acerca del bromuro de metilo (DOUE L 293, 5.11.2013, p. 28), el Reglamento (CE) n° 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con las solicitudes de importación y exportación de productos y aparatos que contengan halones o dependan de ellos y estén destinados a usos críticos en aviones (DOUE L 293, 5.11.2013, p. 29), y el Reglamento (UE) n° 1031/2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo a la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, en particular para registrar una plataforma de subastas designada por Alemania (DOUE L 303, 14.11.2013, p. 10). Y se adopta un reglamento sobre la determinación de los derechos de crédito internacional de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 299, 9.11.2013, p. 32)

En esta materia se adoptan igualmente varias decisiones, una por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores tecnologías disponibles (MTD) para la producción de cloro-álcali conforme a la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las emisiones industriales (DOUE L 332, 11.12.2013, p. 34), otra que modifica la Directiva 2003/87/CE con objeto de precisar las disposiciones sobre el calendario de las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 1), otra más relativa a la notificación por parte del Reino de España del plan nacional transitorio a que se refiere el artículo 32 de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 53), una cuarta por la que se confirman o modifican las emisiones medias específicas de CO<sub>2</sub> y los objetivos de emisiones específicas aplicables a los fabricantes de vehículos comerciales ligeros, en relación con el año natural 2012, en aplicación del Reglamento (UE) n° 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 64) y una última por la que se determinan los límites cuantitativos y se asignan cuotas de sustancias reguladas de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014 (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 74)

En lo relacionado con el diseño y etiquetado de productos, se prorroga la vigencia de los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a las bombas de calor accionadas eléctricamente o por gas o de absorción a gas (DOUE L 292, 1.11.2013, p. 18) y a jabones, champús y acondicionadores

de cabello (DOUE L 349, 21.12.2013, p. 104) y se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a equipos de impresión de imágenes (DOUE L 353, 28.12.2013, p. 53)

En lo referido a la protección de aguas, se adopta una decisión por la que se fijan, de conformidad con la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los valores de las clasificaciones de los sistemas de seguimiento de los Estados miembros a raíz del ejercicio de intercalibración, y por la que se deroga la Decisión 2008/915/CE (DOUE L 266, 8.10.2013, p. 1)

La protección de espacios también es objeto de regulación en este cuatrimestre, y así se modifica el Reglamento (UE) n° 1089/2010 por el que se aplica la Directiva 2007/2/CE en lo que se refiere a la interoperabilidad de los conjuntos y los servicios de datos espaciales (DOUE L 331, 10.12.2013, p. 1).

También se toman decisiones mediante las que se adoptan, la cuarta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica macaronésica (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 1), la quinta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica panónica (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 10), la segunda lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica estépica (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 36), la segunda lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica del mar Negro (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 40), la séptima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 44), la séptima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 101), la séptima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 201), la séptima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 287), la séptima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica boreal (DOUE L 350, 21.12.2013, p. 555)

En la Política de Consumidores se adopta una decisión por la que se crea la Agencia Ejecutiva de Consumidores, Salud y Alimentación, con sede en Luxemburgo, y se deroga la Decisión 2004/858/CE (DOUE L 341, 18.12.2013, p. 69)

En lo que respecta a la Política de la Salud, se establecen medidas transitorias para la aplicación de los Reglamentos (CE) n° 853/2004 y (CE) n° 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 292, 1.11.2013, p. 10). También se adopta una decisión sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y

por la que se deroga la Decisión nº 2119/98/CE (DOUE L 293, 5.11.2013, p. 1). Se establecen requisitos para la protección sanitaria de la población con respecto a las sustancias radiactivas en las aguas destinadas al consumo humano (DOUE L 296, 7.11.2013, p. 12).

También se adopta dos decisiones, una sobre el seguimiento y la notificación de la resistencia de las bacterias zoonóticas y comensales a los antibióticos (DOUE L 303, 14.11.2013, p. 26) y otra relativa a una ayuda financiera de la Unión para un plan coordinado de control para la vigilancia de la resistencia a los antimicrobianos en agentes zoonóticos en 2014 (DOUE L 303, 14.11.2013, p. 40). Se modifica el anexo I de la Directiva 2002/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los niveles máximos de arsénico, cadmio, plomo, nitritos, esencia volátil de mostaza e impurezas botánicas perjudiciales (DOUE L 328, 7.12.2013, p. 86)

Y finalmente, en esta materia, el Consejo adopta una recomendación sobre la promoción de la actividad física beneficiosa para la salud en distintos sectores (DOUE C 354, 4.12.2013, p. 1)

## XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE, POLÍTICA DE LA JUVENTUD.

En la Política de Información la regulación de las estadísticas sigue siendo un tema central, y así, se modifica el Reglamento (UE) nº 99/2013 relativo al Programa Estadístico Europeo 2013-2017 (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 84), se aplica el Reglamento (CE) nº 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información (DOUE L 238, 6.09.2013, p. 5), se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 452/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la producción y al desarrollo de estadísticas sobre educación y aprendizaje permanente, en lo que se refiere a las estadísticas relativas a los sistemas de educación y formación (DOUE L 252, 24.09.2013, p. 5), y se decide la concesión de exenciones con respecto a la aplicación del Reglamento (CE) nº 452/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la producción y al desarrollo de estadísticas sobre educación y aprendizaje permanente, en lo que se refiere a Bélgica, Grecia, España, Francia, Italia, Polonia y Portugal (DOUE L 253, 25.09.2013, p. 24). También hay que señalar la orientación del BCE por la que se modifica la Orientación BCE/2011/23 sobre las exigencias de información estadística del Banco Central Europeo en materia de estadísticas exteriores (BCE/2013/25) (DOUE L 247, 18.09.2013, p. 38)

Además, se modifican el Reglamento (CE) nº 638/2004 del Parlamento Euro-

peo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 1982/2004 de la Comisión en lo referente a la simplificación del sistema Intrastat y la recogida de información para Intrastat (DOUE L 294, 6.11.2013, p. 28), los anexos del Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS) (DOUE L 342, 18.12.2013, p. 1), se modifican también determinados actos legislativos en el ámbito de las estadísticas de agricultura y pesca (DOUE L 351, 21.12.2013, p. 1).

Y se adoptan dos reglamentos, uno del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre estadísticas demográficas europeas (DOUE L 330, 10.12.2013, p. 39) y otro del Banco Central Europeo, de 28 de noviembre de 2013, sobre estadísticas de pagos (BCE/2013/43) (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 18)

En los ámbitos de la Política de Educación y Cultura, se adopta un reglamento por el que se crea el programa «Erasmus+», de educación, formación, juventud y deporte de la Unión y por el que se derogan las Decisiones no 1719/2006/CE, 1720/2006/CE y 1298/2008/CE (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 50). Se establece el Programa Europa Creativa (2014 a 2020) y se derogan las Decisiones no 1718/2006/CE, no 1855/2006/CE y no 1041/2009/CE (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 221) y se adopta una decisión por la que se crea la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural y se deroga la Decisión 2009/336/CE (DOUE L 343, 19.12.2013, p. 46)

## XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

En el ámbito de la Política Científica, de Investigación y Desarrollo Tecnológico, se decide la creación de la Infraestructura Europea Avanzada de Investigación Traslacional en Medicina como Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas (EATRIS ERIC) (DOUE L 298, 8.11.2013, p. 38). También se adopta una decisión relativa a la creación de la Encuesta Social Europea como Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas (ESS ERIC) (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 44) y otra relativa a la creación del Consorcio de Infraestructuras de Investigación sobre Biobancos y Recursos Biomoleculares (BBMRI-ERIC) como Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 63), así como una tercera relativa a la creación de la Red de Infraestructuras Europeas de Investigación Clínica (ECRIN) como consorcio de infraestructuras de investigación europeas (ECRIN-ERIC) (DOUE L 324, 5.12.2013, p. 8).

Se modifican, el Reglamento (CE) n° 723/2009 relativo al marco jurídico co-

munitario aplicable a los Consorcios de Infraestructuras de Investigación Europeas (ERIC) (DOUE L 326, 6.12.2013, p. 1) y el Reglamento (CE) n° 294/2008 por el que se crea el Instituto Europeo de Innovación y Tecnología (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 174), y se adoptan dos decisiones, una por la que se crea la Agencia Ejecutiva de Investigación y se deroga la Decisión 2008/46/CE (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 54) y otra por la que se crea la Agencia Ejecutiva del Consejo Europeo de Investigación y se deroga la Decisión 2008/37/CE (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 58).

También se adoptan reglamentos en la materia, uno por el que se establecen las normas de participación y difusión aplicables a Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1906/2006 (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 81), y otro por el que se establece Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) y por el que se deroga la Decisión n° 1982/2006/CE (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 104).

Finalmente en esta materia se adoptan dos decisiones más, una relativa a la Agenda de Innovación Estratégica del Instituto Europeo de Innovación y Tecnología (EIT): la contribución del EIT a una Europa más innovadora (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 892) y otra por la que se establece el Programa Específico por el que se ejecuta Horizonte 2020 – Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) y se derogan las Decisiones 2006/971/CE, 2006/972/CE, 2006/973/CE, 2006/974/CE y 2006/975/CE (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 965)

En cuanto a la Política del Espacio, se completa el Reglamento (UE) n° 911/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Programa Europeo de Vigilancia de la Tierra (GMES) mediante el establecimiento de las condiciones de registro y de concesión de licencias para los usuarios del GMES y mediante la definición de los criterios de restricción del acceso a los datos dedicados del GMES y a la información de servicio del GMES (DOUE L 309, 19.11.2013, p. 1).

En lo que se refiere a la política de protección intelectual e industrial se decide la posición que ha de adoptar la Unión Europea en el Comité mixto creado por el artículo 11 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Moldavia relativo a la protección de las indicaciones geográficas de los productos agrícolas y alimenticios, en relación con la adopción del reglamento interno de dicho Comité (DOUE L 263, 5.10.2013, p. 1).

También se adopta un reglamento por el que se establecen los formularios previstos en el Reglamento (UE) n° 608/2013 del Parlamento Europeo y del

Consejo, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOUE L 341, 18.12.2013, p. 10).

Y se inscriben diversas denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, así se inscriben, Aceite de Navarra (DOP) (DOUE L 250, 20.09.2013, p. 26), Aceite de Lucena (DOP) (DOUE L 250, 20.09.2013, p. 28), Cebolla Fuentes de Ebro (DOP) (DOUE L 305, 15.11.2013, p. 1), Aceite Sierra del Moncayo (DOP) (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 3), Melva de Andalucía (IGP) (DOUE L 299, 9.11.2013, p. 22), Kaki Ribera del Xúquer (DOP) (DOUE L 302, 13.11.2013, p. 122), Chufa de Valencia (DOP) (DOUE L 247, 18.09.2013, p. 22), Sierra de Cádiz (DOP) (DOUE L 294, 6.11.2013, p. 32), Melocotón de Calanda (DOP) (DOUE L 317, 28.11.2013, p.19), Peras de Rincón de Soto (DOP) (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 18), Carn d'Andorra (IGP) (DOUE L 268, 10.10.2013, p. 3), Plátano de Canarias (IGP) (DOUE L 293, 5.11.2013, p. 22), Queso Los Beyos (IGP) (DOUE L 298, 8.11.2013, p. 23), Pan de Alfacar (IGP) (DOUE L 298, 8.11.2013, p. 27), Cordero Segureño (IGP) (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 5), Cítricos Valencianos/Cítrics Valencians (IGP) (DOUE L 332, 11.12.2013, p. 3), Caballa de Andalucía (IGP) (DOUE L 302, 13.11.2013, p. 27), Jamón de Trevélez (IGP) (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 20), Ternera Gallega (IGP) (DOUE L 323, 4.12.2013, p. 22)

También se deniega una solicitud de anulación de una denominación registrada en el registro de denominaciones de origen protegidas y de indicaciones geográficas protegidas establecido en el Reglamento (UE) n° 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo [Kotocz śląski/kołacz śląski (IGP)] 7626] (DOUE L 306, 16.11.2013, p. 40) y se desestima una solicitud de inscripción en el Registro de Especialidades Tradicionales Garantizadas establecido en el Reglamento (UE) n° 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo [Pomazánkové máslo (ETG)] (DOUE L 305, 15.11.2013, p. 22)

## XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

En cuanto a la regulación del derecho de empresas, se modifica el Reglamento (CE) n° 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE L 336, 14.12.2013, p. 1), se establece, con sede en Bruselas, la Agencia Ejecutiva para las Pequeñas y Medianas Empresas y se derogan las Decisiones 2004/20/CE y 2007/372/CE (DOUE L 341, 18.12.2013, p. 73) y se establece también un Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (COSME) (2014-2020) y por el que se deroga la Decisión n° 1639/2006/CE (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 33)

## XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En lo que atañe a la Ciudadanía de la Unión, se publica el Informe Anual del año 2012 del Defensor del Pueblo Europeo (DOUE C 368, 17.12.2013, p.14), y un Informe especial al Parlamento Europeo realizado de conformidad con lo dispuesto en el Art. 3 (7) del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo (DOUE C 368, 17.12.2013, p.15)

También se establece el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» para el período de 2014 a 2020 (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 62)

## XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

La celebración de tratados internacionales forma parte indisoluble de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Así se decide la firma y la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Níger sobre el estatuto de la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (DOUE L 242, 11.09.2013, p. 1).

El control de la piratería en el Océano Índico también suele originar decisiones y normativa en esta política de la UE y así se nombra al Comandante de la Fuerza de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) (DOUE L 324, 5.12.2013, p. 7)

También es una constante en la PESC la colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, y lleva a la adopción de determinadas medidas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se modifican y adoptan determinadas medidas restrictivas respecto de Zimbabwe (DOUE L 252, 24.09.2013, p. 23; DOUE L 252, 24.09.2013, p. 31), Irán (DOUE L 272, 12.10.2013, p. 1; DOUE L 272, 12.10.2013, p. 46; DOUE L 306, 16.11.2013, p. 3; DOUE L 306, 16.11.2013, p. 18; DOUE L 316, 27.11.2013, p. 1; DOUE L 316, 27.11.2013, p.46; DOUE L 343, 19.12.2013, p. 7), la República de Guinea (DOUE L 280, 22.10.2013, p. 25), Belarús (DOUE L 288, 30.10.2013, p. 1; DOUE L 288, 30.10.2013, p. 69), Somalia (DOUE L 306, 16.11.2013, p. 1; DOUE L 306, 16.11.2013, p. 15), Siria (DOUE L 335, 14.12.2013, p. 3; DOUE L 335, 14.12.2013, p. 50) y República Centroafricana (DOUE L 352, 24.12.2013, p. 51)

La aplicación de las Resoluciones de Naciones Unidas, lleva también a establecer medidas restrictivas a otras entidades, grupos terroristas y personas implicadas en actividades contrarias a la protección de las libertades fundamentales y derechos humanos, y así se siguen modificando e imponiendo medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con la red Al-Qaida (DOUE L 235, 4.09.2013, p. 8; DOUE L 245, 14.09.2013, p. 7; DOUE L 249, 19.09.2013, p. 1; DOUE L 261, 3.10.2013, p. 3; DOUE L 268, 10.10.2013, p. 7; DOUE L 277, 18.10.2013, p. 1; DOUE L 293, 5.11.2013, p. 36; DOUE L 326, 6.12.2013, p. 39; DOUE L 335, 14.12.2013, p. 23) y contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova (DOUE L 257, 28.09.2013, p. 18)

En cuanto a las Misiones de la UE, se modifican y prorrogan, la Decisión 2012/173/PESC relativa a la puesta en marcha del Centro de Operaciones de la UE para las misiones y la operación de la política común de seguridad y defensa en el Cuerno de África (DOUE L 329, 10.12.2013, p. 39), la Decisión 2010/576/PESC relativa a la Misión de Policía de la Unión Europea en el marco de la reforma del sector de la seguridad (RSS) y su interrelación con la justicia en la República Democrática del Congo (EUPOL RD Congo) (DOUE L 252, 24.09.2013, p. 27), la Decisión 2010/565/PESC relativa a la Misión de asesoramiento y asistencia de la Unión Europea en materia de reforma del sector de la seguridad en la República Democrática del Congo (EUSEC RD Congo) (DOUE L 252, 24.09.2013, p. 29). Se modifican, la Decisión 2010/452/PESC sobre la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (DOUE L 240, 7.09.2013, p. 21) la Decisión 2012/392/PESC sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (DOUE L 288, 30.10.2013, p. 68), la Decisión 2012/389/PESC por la que se crea la Misión de la Unión Europea para desarrollar las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR) (DOUE L 306, 16.11.2013, p. 17)

Se modifica y prorroga el mandato del Representante Especial de la Unión Europea para el Cuerno de África (DOUE L 284, 26.10.2013, p. 23), se prorroga el mandato del Jefe de Misión de Policía de la Unión Europea en el marco de la reforma del sector de la seguridad (RSS) y su interrelación con la justicia en la República Democrática del Congo (EUPOL RD Congo) (DOUE L 279, 19.10.2013, p. 66). Se produce el nombramiento del Jefe de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (DOUE L 251, 21.09.2013, p. 12) del Jefe de la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (DOUE L 305, 15.11.2013, p. 18), de un Comandante de la Misión de la UE para la misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes (EUTM Somalia) (DOUE L 346, 20.12.2013, p. 53)

También se decide la creación del Comité de contribuyentes para la misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 31) y se adopta una decisión relativa a la aceptación de contribuciones de terceros Estados a la misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 33) y otra por la que se modifica la Decisión 2013/34/PESC relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) (DOUE L 332, 11.12.2013, p. 18)

Por último, y en relación con el control de armamento, se decide el apoyo de la Unión a las actividades del Organismo Internacional de Energía Atómica en los ámbitos de la seguridad y la verificación nucleares y en el marco de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 281, 23.10.2013, p. 6) y el apoyo a las actividades de la Organización Mundial de la Salud en el ámbito de la bioseguridad y la bioprotección, en el marco de la Estrategia de la Unión Europea contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 310, 20.11.2013, p. 13).

Se adoptan también varias decisiones, una en apoyo de un mecanismo mundial para la información sobre armas ligeras y de pequeño calibre y otras armas y municiones convencionales ilícitas, a fin de reducir el riesgo de su comercio ilegal (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 34), otra de apoyo a la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 2118 (2013) y del Consejo ejecutivo de la OPAQ/EC-M-33/Dec 1, en el marco de la aplicación de la estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 329, 10.12.2013, p. 41), una tercera sobre las actividades de la UE en apoyo de la aplicación del Tratado sobre el Comercio de Armas, en el marco de la Estrategia europea de seguridad (DOUE L 341, 18.12.2013, p. 56) y la última en apoyo de las actividades de desarme y control de armamentos del SEESAC en Europa Sudoriental en el marco de la Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de APAL y de sus municiones (DOUE L 332, 11.12.2013, p. 19)

## XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Por último, y en relación con el control de armamento, se publica el 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 251, 21.09.2013, p. 1). También se decide la celebración de varios Tratados internacionales, así del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de

la Unión Europea (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 1 y 3), del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la readmisión de personas en situación irregular (DOUE L 282, 24.10.2013, p. 13 y 15), del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 1 y 2), del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 289, 31.10.2013, p. 12 y 13).

Se decide igualmente la firma en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Azerbaiyán sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 320, 30.11.2013, p. 7) y del Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco del Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, por lo que respecta a las disposiciones sobre obligaciones relacionadas con la cooperación judicial en materia penal, la definición de infracciones penales y la cooperación policial (DOUE L 333, 12.12.2013, p.73).

En materia de visados, se determina el tercer y último grupo de regiones para la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS) (DOUE L 268, 10.10.2013, p. 13). Se fija la fecha de entrada en funcionamiento del Sistema de Información de Visados (VIS) en una novena, una décima y una undécima región (DOUE L 299, 9.11.2013, p. 52). Se modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE L 347, 20.12.2013, p. 74)

En cuanto a la regulación del acervo Schengen se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen (DOUE L 295, 6.11.2013, p. 27).

La libre circulación de personas, el asilo y los flujos migratorios es también objeto de regulación. Así se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales (DOUE L 295, 6.11.2013, p. 1) y se adopta un reglamento por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur) (DOUE L 295, 6.11.2013, p. 11)

En los ámbitos referidos a la justicia, se establece el programa «Justicia» para el período de 2014 a 2020 (DOUE L 354, 28.12.2013, p. 73). Se adopta una di-

rectiva sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DOUE L 294, 6.11.2013, p. 1). En esta materia la Comisión emite dos recomendaciones, una relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (DOUE C 378, 24.12.2013, p. 8) y otra sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los sospechosos o acusados en los procesos penales (DOUE C 378, 24.12.2013, p. 11)



# Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía<sup>1</sup>

**Decreto de la Presidenta 4/2013, de 9 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías** (BOJA núm. 177, de 10 de septiembre).

Tras el nombramiento de Dña. Susana Díaz Como Presidenta de la Junta de Andalucía, ésta aprobó el consabido Decreto de Reestructuración de Consejerías conforme a lo establecido en la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El Decreto mantiene algunas de las Consejerías preexistentes y refunde áreas en otras para definir un total de once Departamentos en los que se divide la acción del Gobierno. Crea, además, la Vicepresidencia de la Junta de Andalucía conforme a lo establecido en el artículo 19 de la citada Ley 6/2006.

Las Consejerías en las que se organiza el Gobierno de Junta de Andalucía son las siguientes: Presidencia; Administración Local y Relaciones Institucionales; Hacienda y Administración Pública; Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; Igualdad, Salud y Políticas Sociales; Educación, Cultura y Deporte; Justicia e Interior; Fomento y Vivienda; Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural; Medio Ambiente y Ordenación del Territorio; y Turismo y Comercio.

Tras este Decreto, se aprobaron los subsiguientes Decretos de estructura de las Consejerías remozadas: Decreto 127/2013, de 24 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia (BOJA núm. 188, de 25 de septiembre); Decreto 128/2013, de 24 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte (BOJA núm. 188, de 25 de septiembre); Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 193, de 2 de octubre); Decreto 141/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural (BOJA núm. 193, de 2 de octubre); Decreto 142/2013, de 1 de octubre, por el que se

---

<sup>1</sup> Se comentan en esta sección, elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE, las disposiciones más relevantes aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el tercer y último cuatrimestre de 2013 (septiembre-diciembre).

establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio (BOJA núm. 193, de 2 de octubre); y Decreto 202/2013, de 22 de octubre, por el que se modifica el Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (BOJA núm. 209, de 23 de octubre).

Asimismo se aprobó el Decreto 163/2013, de 8 de octubre (BOJA núm. 199, de 9 de octubre), por el que se modifica el Decreto 342/2012, de 31 de julio, por el que se regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía, que prevé la organización descentralizada de las Delegaciones provinciales como consecuencia de la remodelación de las Consejerías.

**Decreto 94/2013, de 11 de septiembre, por el que se regula el régimen de distancias aplicable en Materia de Planificación Farmacéutica** (BOJA núm. 183, de 18 de septiembre).

Esta disposición regula los criterios técnicos para la medición de distancias entre las farmacias y entre ellas y cualquier centro asistencial del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Asimismo establece el procedimiento de designación de locales para traslados e instalación de estos establecimientos.

La Ley andaluza de Farmacia de 2007 fijaba en 250 metros la distancia mínima entre dos oficinas en funcionamiento o que hayan obtenido autorización, y de entre 100 y 200 respecto a los centros sanitarios (también los que se encuentren en fase de proyecto). Siguiendo estos requisitos, el Decreto dispone que las distancias en los nuevos locales se medirán desde el punto de la fachada más cercano a la otra oficina o centro hasta el punto más cercano del perímetro del terreno o fachada del otro solar de referencia, siguiendo el camino más corto por una vía pública. La pertinencia de la norma se explica porque en el momento de su aprobación se encontraba en fase de designación de locales el primer concurso público para la adjudicación de 377 farmacias de acuerdo con la Ley de Farmacia. Con estas nuevas oficinas, que estarán abiertas antes de febrero de 2015, Andalucía contará con casi 4.000 locales de farmacia (exactamente 3.888).

**Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda** (BOJA 198, de 8 de octubre).

Esta Ley es fruto de la tramitación parlamentaria del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, convalidado por el Pleno del Parlamento de Andalucía el día 8 de ma-

yo de 2013, que acordó también su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. El mencionado Decreto Ley, largamente comentado por nosotros en este apartado de la Revista, dispuso una serie de medidas que por su propia naturaleza pretendían actuar como plan de choque en salvaguarda del derecho a una vivienda digna, y con el que se dio un paso hacia delante en la definición de la función social de la propiedad de la vivienda señalando las consecuencias del incumplimiento de dicha función.

La Ley recoge íntegramente los contenidos del citado Decreto ley, con leves modificaciones introducidas durante el procedimiento legislativo.

**Ley 6/2013, de 22 de octubre, por la que se modifica la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía** (BOJA núm. 218, de 6 de noviembre de 2013).

La Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con las negociaciones previas celebradas por el Grupo de Trabajo constituido por Acuerdo de la mencionada Comisión, para el estudio y propuesta de solución de discrepancias competenciales en relación con determinados preceptos de la Ley andaluza 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, adoptó un Acuerdo de 25 de julio de 2012 (BOJA de 24 de septiembre de 2012) en relación con la citada Ley andaluza de Patrimonio documental con el fin de solventar las discrepancias entre el Estado y la Comunidad Autónoma que, en esencia, consistían en la incorporación al texto de la Ley de una disposición singularizada que reconociera expresamente las competencias exclusivas del Estado sobre los documentos de titularidad estatal, sin perjuicio de la aplicación del contenido de la norma en razón de su consideración de patrimonio documental de Andalucía.

Esta modificación legal, fruto del mencionado Acuerdo, da nueva redacción a los artículos 15.1.a) y 48.1, elimina parte del apartado 3 del artículo 48 y añade una disposición adicional duodécima. De este modo se viene a posibilitar que determinados documentos de titularidad pública contemplados en la Ley se sometan a la legislación estatal.

**Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se articulan los procedimientos necesarios para la reapertura de la mina de Aznalcóllar** (BOJA núm. 246, de 18 de diciembre).

Esta medida tiene por objeto permitir a la Administración autonómica im-

pulsar la reapertura de la explotación de la mina de Aznalcóllar a través de un concurso en régimen de concurrencia competitiva. Se recordará que este importante centro minero permanecía cerrado desde desastre ecológico producido en 1998 por el vertido de residuos tóxicos en el Parque nacional de Doñana por la rotura de la presa de la balsa de la mina de Aznalcóllar, propiedad de la empresa sueca Boliden.

El Decreto-ley da respuesta a una proposición no de ley aprobada unánimemente por el Parlamento de Andalucía en julio de 2013. La fórmula del Decreto-ley se justifica en este caso por las particulares circunstancias de la mina de Aznalcóllar que obligan al Gobierno andaluz a extremar el control de las futuras actividades extractivas. El Decreto-ley fue convalidado por el Pleno del Parlamento andaluz de 15 de enero de 2014.

El complejo minero de Aznalcóllar ocupa una superficie de casi 950 hectáreas y cuenta con unas reservas de 35 millones de toneladas constatadas, y otros 45 millones probables, de cobre, plomo y zinc, además de oro y plata.

**Decreto-ley 10/2013, de 17 de diciembre, de ayudas financieras a las pequeñas y medianas empresas industriales de Andalucía y de ayudas para la reconstitución del potencial de producción agrario como consecuencia de adversidades naturales** (BOJA núm. 248, de 20 de diciembre).

La norma articula una inyección financiera de 150 millones de euros para las pymes industriales a través de convocatorias de préstamos blandos a largo plazo y en régimen de concurrencia competitiva, cofinanciados por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. También prevé ayudas de hasta cinco millones para los invernaderos de Almería dañados por el granizo del pasado noviembre, e incluye ampliaciones de los plazos del Bono de Empleo Joven y de las ayudas al trabajo autónomo.

En relación con las pymes industriales, afectadas por una persistente caída del crédito (tan sólo el 40% de las pymes consiguen actualmente los préstamos que solicitan), el propio Decreto-ley dispone la primera convocatoria de créditos blandos con una cuantía máxima de 58 millones de euros para el ejercicio 2014 dirigidos a sociedades mercantiles o cooperativas con una plantilla igual o inferior a 50 trabajadores y al menos cuatro años de actividad continuada. Los préstamos se vinculan a planes de negocio que las empresas deberán definir de acuerdo con sus actividades y capacidades financieras, comerciales y tecnológicas. No podrán superar los 200.000 euros y deberán aportar una ampliación de capital de al me-

nos el 25% del total del crédito. Tampoco serán superiores al 25% de los recursos propios de la sociedad en el momento de su solicitud. Los criterios de valoración de las convocatorias se dividen en tres bloques: características del plan de negocio, responsabilidad social corporativa y solvencia de la empresa solicitante. En relación con el plan de negocio, se priorizan los sectores considerados preferentes, como el aeroespacial, el agroindustrial, el biotecnológico, el energético y el medioambiental, así como las empresas ubicadas en espacios tecnológicos. Los préstamos serán compatibles con otros recursos financieros para la mismas finalidades que procedan de administraciones y entes privados, tanto nacionales como de la Unión Europea y de otros organismos internacionales, siempre y cuando el importe de los mismos no supere los costes de los proyectos incentivados. Las siguientes convocatorias se realizarán a través de órdenes de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

Junto con el programa de ayuda a las pymes, el Decreto-ley incluye también sendas ampliaciones de plazos referidas a los programas del Bono de Empleo Joven y de Apoyo y Fomento del Trabajo Autónomo. En el primer caso, se amplía hasta el 31 de marzo de 2014 el periodo para la formalización de los contratos previstos en el programa. Además, se establece que el beneficiario del bono conservará el derecho a la prestación durante tres meses en caso de que se extinga la primera relación contractual si encuentra otro empleo. El Bono de Empleo Joven, que cuenta con un presupuesto de 18 millones de euros en el periodo 2013-2014 y una previsión de 3.700 beneficiarios, se dirige a titulados universitarios, de Formación Profesional de grado medio o superior y graduados en Educación Secundaria Obligatoria procedentes del Programa Segunda Oportunidad Educativa. Se trata de una ayuda de 4.800 euros para menores de 35 años, distribuida en 12 mensualidades de 400 euros, que se hace efectiva cuando se rubrica un contrato laboral por un año a jornada completa.

En cuanto al Programa de Apoyo y Fomento del Trabajo Autónomo, el Decreto ley extiende hasta todo el año 2014 la vigencia de su línea de incentivos para el fomento de la innovación en el trabajo autónomo, con el fin de poder atender el elevado volumen de solicitudes recibidas. Esta medida incluye tres tipos de ayudas: 2.000 euros para el establecimiento del proyecto, hasta 8.000 para su desarrollo y 3.000 euros por cada contratación indefinida a jornada completa (hasta un máximo de tres) que realice el empleador autónomo.

Finalmente, el Decreto-ley establece el marco regulador de las ayudas destinadas a la reconstrucción del potencial de producción agraria afectado por adversidades naturales. La medida permitirá destinar ya hasta cinco millones de euros a paliar los daños provocados en 106 hectáreas de invernaderos de la comarca del Campo de Dalías (Almería) por los temporales de finales de 2013.

**Ley 7/2013, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014** (BOJA núm. 254, de 31 de diciembre de 2013).

El Presupuesto andaluz para 2014 es, de nuevo, restrictivo respecto del Presupuesto de 2013. El ajuste deriva de la reducción de los ingresos no financieros y viene condicionado por el restrictivo objetivo de estabilidad aprobado por el Gobierno central, lo que se traduce en una disminución del gasto del 3,5% para el presente ejercicio. Dentro del total, las operaciones financieras caen un 11,6% como consecuencia de la dinámica de las amortizaciones de la deuda, que es parcialmente compensada por la mayor dotación para activos financieros destinados, entre otras actuaciones, a suministrar incentivos reintegrables al tejido empresarial con el fin de paliar las restricciones al crédito que persisten con particular intensidad para las pymes, que es el objeto del Decreto-ley 10/2013, de 17 de diciembre, arriba comentado.

El gasto no financiero, por su parte, disminuye un 2,8%. Reducción a la que contribuyen todos los capítulos presupuestarios salvo el de los intereses de la deuda, que moderan su crecimiento respecto al ejercicio anterior. El gasto corriente primario cae un 1,5%, como resultado de las políticas de mejora de la eficiencia —que propician que los gastos corrientes en bienes y servicios se reduzcan un 6,1%— y de la contención en el empleo público.

Tampoco puede olvidarse que Andalucía lleva tiempo aplicando medidas de racionalización del gasto en el sector público. Desde 2008 se aplican planes en este sentido en todo el seno de la Administración que han permitido acumular un ahorro de 543 millones de euros en un grupo de partidas no vinculadas a servicios públicos fundamentales sometidas a un seguimiento especial como: la flota de vehículos de altos, cargos, los gastos de protocolo, información, divulgación y publicidad, reuniones, conferencias y cursos, arrendamientos, mantenimiento y conservación, material, suministros y comunicaciones, trabajos desarrollados por otras empresas y profesiones, como limpieza, seguridad y estudios y trabajos técnicos, indemnizaciones por razón del servicio, dietas, locomoción y traslados. Por otra parte, se está procediendo a la centralización de la gestión de compras y servicios al objeto de incrementar las ventajas derivadas de las economías de escala y se están diseñando modos de prestación de servicios y estándares de adquisición que aporten ahorro estructural. Asimismo, se ha culminado un proceso de reestructuración del sector público que ha determinado la supresión de 121 entidades (superando el objetivo inicial con una ejecución del 110%) y la desaparición de 294 puestos directivos. Las transferencias destinadas a la financiación de las entidades instrumentales se han reducido resultándoles de aplicación las medidas de control del gasto de personal y corriente de la Administración general, lo que

ocurrirá de nuevo en 2014. A ello hay que añadir la sustitución progresiva de las líneas de incentivos a través de subvenciones por la concesión de ayudas reintegrables.

Con esta tendencia, Andalucía presenta de nuevo en 2014 un gasto corriente primario por persona inferior a la media, tal y como sucedió en el último ejercicio cerrado, en que éste se situó 10 puntos por debajo del promedio.

En el capítulo de ingresos, el presupuesto prevé que las transferencias corrientes contribuyan al cumplimiento de los objetivos de déficit con 187,7 millones de euros, un 1,7% por debajo de 2013.

Por lo que se refiere a las inversiones presupuestarias, éstas ascienden a 3.305,3 millones de euros, absorbiendo la mitad del ajuste necesario en el gasto. Pese a la reducción, el peso de las operaciones de capital sobre el PIB seguirá estando por encima de la media de las Comunidades Autónomas, con un 2,4%, al igual que ocurre con su participación en el gasto no financiero, que es del 12,1%. Las inversiones directas se prevé que alcancen los 921,3 millones de euros, mientras que las transferencias de capital, que se reducen un 13,6%, contarán con 2.384 millones.



## Otras disposiciones de interés en la Comunidad Autónoma

**Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud. Decreto 141/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo rural. Decreto 142/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la consejería de Medio Ambiente y ordenación del territorio.** Boletín Oficial de la Junta de Andalucía 2 de octubre 2013.

La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, regula en el título II la organización de la Administración de la Junta de Andalucía, así como el régimen general de los órganos y unidades administrativas, definiendo su estructura central y territorial. Por otra parte el Decreto de la Presidenta 4/2013, de 9 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de consejerías, ha producido una remodelación de la administración autonómica que ahora se completa con estos tres decreto.

**Decreto 163/2013, de 8 de octubre, por el que se modifica el Decreto 342/2012, de 31 de julio, por el que se regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía.** Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, 199, de 9 de octubre de 2013.

Con este decreto se pretende adaptar a lo dispuesto en el Decreto de la Presidenta 4/2013, de 9 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de consejerías, los órganos directivos periféricos de la Administración de la Junta de Andalucía, manteniendo las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía y cinco Delegaciones. Así, las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía, primera autoridad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la provincia, continúan integrando los servicios periféricos de las consejerías de Administración Local y relaciones Institucionales, de Hacienda y Administración Pública y de Justicia e Interior. Por otra parte, de las cinco Delegaciones territoriales de la Junta de Andalucía, tres desarrollarán en la en la provincia competencias de una sola consejería, dado el importante volumen competencial que dichas consejerías han asumido mediante el Decreto de la Presidenta 4/2013, de 9 de septiembre. Son las Delegaciones territoriales de economía, Innovación, ciencia y empleo, de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y de

educación, cultura y Deporte. Las otras dos Delegaciones territoriales de la Junta de Andalucía, en aras a lograr la máxima eficiencia en la gestión de los recursos públicos y persiguiendo el acercamiento real de la Administración a la ciudadanía, integrarán los servicios periféricos de dos consejerías. Estas Delegaciones territoriales de la Junta de Andalucía son las de Fomento, Vivienda, turismo y comercio y la de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente.

**Acuerdo de 3 de diciembre de 2013, del consejo de Gobierno, por el que se aprueba la estrategia de infraestructuras de telecomunicaciones de Andalucía 2020.** Boletín Oficial de la Junta de Andalucía 226 de 16 de diciembre de 2013.

La sociedad está viviendo un momento de transformación caracterizado por el impacto de la crisis, las debilidades estructurales y la intensificación de los retos mundiales. El resultado de este proceso debe constituir la puerta de entrada a una economía distinta, basada en el conocimiento y la innovación, que haga un uso más eficaz de los recursos y con altos niveles de empleo, cohesión social y territorial. Consciente de este reto, la Unión Europea (UE) ha definido la *Estrategia Europa 2020* para convertir Europa en una economía cimentada en un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Un crecimiento inteligente implica la consolidación del conocimiento y la innovación como motores del crecimiento futuro.

La *Agenda digital para Europa* expresa la necesidad de tomar medidas para garantizar el despliegue y la adopción de la banda ancha para todos, a velocidades crecientes, a través de tecnologías tanto fijas como inalámbricas, así como para facilitar la inversión en las nuevas redes ultrarrápidas de Internet abiertas y competitivas que constituirán las arterias de la economía del futuro. Resulta necesario crear los incentivos adecuados para fomentar la inversión privada, complementada por inversiones públicas con objetivos cuidadosamente seleccionados sin que se produzca una nueva monopolización de las redes, así como mejorar la atribución del espectro.

NOTICIAS DE LA  
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA



# INFORME<sup>1</sup>

## **Las competencias sobre servicios sociales en Andalucía tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local**

### I. INTRODUCCIÓN

En el número 70 de esta Revista y en esta misma Sección me ocupé de las competencias municipales en materia de servicios sociales en Andalucía. Esta es una de las materias que con más intensidad ha experimentado los efectos de la reforma introducida en nuestro régimen local por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, LRSAL (BOE de 30 de diciembre).

En efecto, la nueva redacción del art. 25. 2 al referirse a las materias en que los municipios ejercerán competencias como propias, y será así porque las leyes competentes del Estado o de la Comunidad Autónoma deberán reservarlas, alude a los servicios sociales en unos términos -e) *Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social*- notablemente más restrictivos de los que hasta ese momento refería el apartado k) de ese mismo artículo -*prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social*-. Este dato ha sido suficiente para la crítica poco informada a la Ley, pues, sin profundizar mucho sobre la misma, daba pábulo a afirmaciones de antimunicipalismo y restricción de la autonomía local. Con independencia del juicio global que se quiera hacer, un somero análisis comparativo de la nueva Ley y la antigua es suficiente para advertir que se estaban comparando magnitudes heterogéneas, pues si bien es evidente que el inciso referido a los servicios públicos en la Ley de 2013 es notablemente más estrecho que el de 1985, tampoco hace falta ir más allá de la simple lectura para observar que, aunque poco, la nueva ley reserva ma-

---

<sup>1</sup> Esta Sección ha sido elaborada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

terias dentro del ámbito de los servicios sociales a la competencia propia de los municipios, mientras la antigua no matizaba con qué tipo de competencia se cumplían sus prescripciones. Andalucía entendió en su Ley de servicios sociales –Ley 2/1988, de 4 de abril -que se respetaba la norma básica con la atribución de competencias delegadas, y no a todos los municipios, por lo que adoptó una opción que, desde una perspectiva formal, debería considerarse centralista y antimunicipalista, pues no reconocía competencias propias en materia de servicios sociales a ninguno de los dos escalones de la administración local: ni a los municipios, ni a las provincias.

Éstas de acuerdo con el art. 18 de la citada ley andaluza ejercen *por delegación*:

1. *“La gestión de los Centros de Servicios Sociales especializados de ámbito provincial o supra-municipal.*
2. *La coordinación y gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios así como de los Servicios Sociales especializados de ámbito local, en los municipios de hasta 20.000 habitantes.*  
*La ejecución y gestión de los programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno.*

El reparto se completa en el art. 19 referido a los municipios en que también *por delegación* se atribuye a determinados municipios:

- “La gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios en los Municipios de más de 20.000 habitantes.*
3. *La gestión de los Centros de Servicios Sociales Especializados en los Municipios de más de 20.000 habitantes.*
  4. *La ejecución y gestión de los programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que pudieran encomendarles el Consejo de Gobierno.”*

El conjunto de las competencias enumeradas es importante, pero se trata de competencias delegadas. Esta deriva, cuyo carácter centralista no puede negarse, al menos desde una perspectiva formal, estaba justificada en la creación de un sistema de servicios sociales competencia de la administración autonómica. Sin embargo el Defensor del Pueblo Andaluz criticó esta situación, al par que puso de relieve la necesidad de una rectificación<sup>2</sup>: En el trabajo a que me refería al principio también fui reticente sobre la situación.

---

<sup>2</sup> *La Situación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía. BOPA n° 320, de 15-11-2005.*

*Esta circunstancia de la gestión directa de prestaciones básicas de Servicios Sociales por parte de dispositivos públicos adscritos a la Junta de Andalucía, unida a la falta de desarrollo y materialización de las previsiones de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía en materia de delegación de las competencias de gestión de los Servicios Sociales Comunitarios en Diputaciones y Ayuntamientos, hace necesario un urgente replanteamiento de estos aspectos a fin de acordar un sistema operativo y racional de atribución de las competencias y de los medios correspondientes para la prestación de estos Servicios, en el marco del proceso de ordenación del Sistema Público de Servicios Sociales.*

Dentro del marco competencial diseñado por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, de forma especialmente clara y pormenorizada habían quedado las competencias sobre servicios sociales en el art. 61 del nuevo Estatuto de Autonomía aprobado por Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo que se expresa así

<sup>3</sup> *Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye:*

*a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.*

*b) La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.*

*c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación.*

Y más adelante, el art. 84 dispone

*La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar todos los servicios relacionados con educación, sanidad y servicios sociales y ejercerá la tutela de las instituciones y entidades en estas materias, sin perjuicio de la alta inspección del Estado, conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.*

Se reafirman unas competencias autonómicas en materia de servicios sociales que habían dado cobijo a la Ley 2/1988 andaluza antes citada. Al mismo tiempo, el último precepto se refiere justamente a los servicios que reciben un tratamiento competencial particularizado en la disposición adicional decimoquinta y las transitorias primera, segunda y tercera, de la Ley 27/2013, de las que aquí solo interesan los servicios sociales.

---

<sup>3</sup> En relación con la posible tensión entre el Estatuto de Autonomía y la Ley básica me remito a la STC 31/2010, de 28 de junio

Precisamente porque con ella se va a iniciar un giro en el planteamiento competencial de los servicios que nos ocupan en el sentido de desandar lo andado desde el articulado del propio Estatuto de Autonomía. Pues, en efecto, el art. 92.1.g del Estatuto estableció enfáticamente que *los ayuntamientos tienen competencias propias en las siguientes materias, naturalmente en los términos que determine la ley:*

c) *Gestión de los servicios sociales comunitarios.*

Por su parte la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía en este punto contiene un más que decente desarrollo del precepto estatutario. En efecto, el art. 9 bajo la *rúbrica competencias municipales* dispone apodícticamente que *los municipios –rectifica técnicamente al Estatuto de Autonomía que habla de ayuntamientos- andaluces tienen las siguientes competencias propias*

**3. Gestión de los servicios sociales comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye:** **a)** *Gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios.* **b)** *Gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios.* **c)** *Promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial.*

Queda así instaurada una clara tensión entre la normativa local y la sectorial de servicios sociales que además encuentra ahora su apoyo en la ley básica de reforma del régimen local<sup>4</sup>.

## II. LA INCIDENCIA DE LA REFORMA DE LAS COMPETENCIAS LOCALES SOBRE SERVICIOS SOCIALES

Pues en efecto, sobre la situación descrita incide la LRSAL Las competencias municipales propias de carácter básico, es decir las que garantiza la norma estatal básica, quedan reducidas a las que se determine por la ley competente en las materias que allí se enumeran. En relación con los servicios sociales, la Ley básica no enuncia materia –servicios sociales- sino que reduce su objetivo a determinadas actividades o funciones dentro de la misma. Sin atreverme a afirmar que más que ante una materia estamos ante la enunciación de dos competencias, si llego a apuntar que la exigencia estatal para el reconocimiento de competencias propias a los municipios en relación a los servicios sociales queda reducida a su mínima expresión

---

<sup>4</sup> 5. *La Ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública*

e) *Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.*

Por tanto estas serán las competencias que el legislador andaluz pueda atribuir como propias a los municipios, evidentemente siempre también que los juicios a que obliga el art. 25. 3. 4 y 5 LRSAL resulten favorables, aunque debe pensarse que, en principio el precepto establece una especial preferencia a favor de la administración municipal. Esta preferencia creo que se manifiesta de modo singular respecto del apartado 5<sup>5</sup> en el sentido de que para evitar esa duplicidad deberá ceder la *otra* administración pública.

En todo lo demás es obvio que se patentiza un conflicto entre la legislación sobre autonomía local y la nueva ley básica estatal que, además, en su disposición transitoria segunda obliga

*1. Con fecha 31 de diciembre de 2015, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.*

*Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.*

La lectura de este precepto produce más perplejidad que otra cosa porque es más que sabido que a las Comunidades Autónomas les atribuyen sus competencias sus Estatutos y las leyes orgánicas de transferencia o delegación (art. 150.2 CE), amén del caso de las delegaciones legislativas contenidas en el apartado 1 de ese mismo artículo que claramente no es aplicable. En el caso de Andalucía, la titularidad de la competencia sobre servicios sociales está muy clara que corresponde en exclusiva a la Comunidad Autónoma, como ya he indicado. No se sabe, por tanto, a que titularidad se refiere la Ley, aunque se puede colegir que en relación con los servicios sociales se pretende evitar la atribución de *competencias propias* a las entidades locales más allá de las enunciadas en el art. 25. 2 e) LRSAL, incentivándose la posibilidad de delegación expresamente (art. 27.3. c LRSAL).

### III. CONCLUSIONES

De esta manera nos colocamos en la actual situación de Andalucía. En relación con la regulación de los servicios sociales, se ha seguido una trayectoria circular.

Estas competencias fueron consideradas delegadas en una Ley que no se ha derogado expresamente. La Ley de autonomía local de Andalucía, por su parte,

las atribuye como propias a los municipios. Por tanto la cuestión que se nos plantea es doble por un lado si los artículos 18 y 19 de la Ley andaluza de servicios sociales fueron derogados por la Ley de autonomía local, tornándose las competencias locales sobre servicios sociales de delegadas en propias y, en segundo lugar, si el desplazamiento de ésta por la ley básica convierte de nuevo *ipso iure* las competencias de propias en delegadas. Este sería el planteamiento aparente pero la realidad no es exactamente así, pues la concepción de las competencias delegadas en el art. 27 de la LRSAL no se corresponde por completo, de la que se contenía en su antecesora. De entrada, basta una somera lectura para percatarse de que el mencionado texto estatal ya no contiene referencia alguna a las competencias cuya delegación se impone por ley. Esto significa que, en efecto, las competencias sobre servicios sociales ya no pueden ser propias con la misma generosidad que antes de la LRSAL, pero tampoco que puedan considerarse delegadas en los términos anteriores a la reforma, sino que en principio deberán ser de titularidad de la administración autonómica (disposición transitoria 2 LRSAL) que podrá delegarlas en los términos del art. 27. En consecuencia, debe entenderse que la derogación tácita del art. 9.3 de la Ley de autonomía local deja un vacío normativo que sin embargo, no requiere una nueva ley para colmarlo puesto que la delegación a que se refieren las normas básicas actuales puede conferirse por norma de rango reglamentario. En mi opinión nada impide que la Comunidad Autónoma, mediante ley realice una delegación de competencias de servicios sociales en los municipios o en las provincias en los términos que considere oportuno, siempre y cuando se atenga a estos efectos a lo establecido en el apartado 4 del art. 7 en la redacción reformada.

NOTICIAS DE  
REVISTA AUTONÓMICA



## Noticia de Revistas Autonómicas\*

### (1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Bienes sin dueño: Monstrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio Aragonesa (Ley de Aragón 5/2011, de 10 de marzo)*, “RARAP” núm. 39-40, 2012, pp. 11-47.

LATORRE VILA, Luis, *La comisión bilateral de cooperación Aragón-Estado*, “RARAP” núm. 39-40, 2012, pp. 317-355.

Analiza LATORRE VILA la cooperación como principio básico en la consolidación del Estado autonómico. A continuación estudia el origen y la evolución de las Comisiones Bilaterales de Cooperación surgidas inicialmente por la vía de hecho, la regulación vigente y su plasmación en los Estatutos de nueva generación a partir de 2006 (Cataluña, Andalucía, Valencia, Baleares, Aragón, Castilla y León, Navarra y Extremadura). Centra su atención especialmente en la STC 31/2010 y su impacto sobre el art. 183 del *Estatut*. Culmina el estudio el análisis de la Comisión bilateral de Cooperación Aragón-Estado. Concluye LATORRE VILA que las Cortes Generales deben aprobar una Ley de cooperación Autonómica que regule los instrumentos de cooperación bilateral y multilateral estableciendo un mínimo régimen jurídico común para todos ellos, pues la regulación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre es absolutamente insuficiente. El estudio incluye bibliografía.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Potestades públicas y prevalencia entre competencias autonómicas en el conflicto de SIJENA (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero)*, “RARAP” núm. 39-40, 2012, pp. 403-423.

Realiza LÓPEZ RAMÓN un análisis crítico de la STC 6/2012 que resuelve el enfrentamiento entre las Comunidades de Cataluña y Aragón sobre la protección de un conjunto de bienes situado en territorio catalán pero procedente del aragonés monasterio de SIJENA. Frente al criterio del TC, LÓPEZ RAMÓN argumenta de una parte, que Cataluña carecía de legitimación activa al postular

---

\* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA

como competencia una simple compraventa que no implicaba ningún ejercicio de potestad pública. De otro lado, argumenta que la prevalencia no puede aplicarse con arreglo a un criterio temporal desconociendo que la competencia de retracto ejercitada por Aragón conectaba mas directamente con los objetivos constitucionales de protección *in situ* del patrimonio cultural.

## (2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

PALÁ LAGUNA, Mercedes, *Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas*, "RARAP" núm. 39-40, 2012, pp. 49-100.

Estudia PALÁ LAGUNA el concepto de sociedad mercantil autonómica (la influencia dominante como criterio de imputación de la condición de sociedad mercantil autonómica; el criterio de la propiedad del capital social; la participación financiera de la Administración Autonómica como vía para el ejercicio de una influencia dominante; y, por último, el criterio normativo que progresivamente ha incorporado el criterio del Derecho de sociedades y del Derecho de la Unión Europea. La segunda parte del estudio se centra en el concepto y régimen jurídico de los títulos societarios autonómicos y el régimen administrativo en relación con las sociedades mercantiles autonómicas (el control sobre el órgano de administración y las especialidades de las aportaciones no dinerarias al capital de las sociedades mercantiles autonómicas y las sociedades mercantiles de capital íntegramente público. La autora llega a sugestivas conclusiones. Destacamos entre ellas que la protección que el ordenamiento mercantil otorga a los acreedores sociales de las sociedades de capital puede verse minorada en las sociedades autonómicas al establecerse un régimen distinto en determinadas materias como son las valoraciones de las aportaciones no dinerarias o la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles que reciben instrucciones del departamento competente o de la sociedad matriz; las sanciones previstas en el derecho privado para la gestión, cuando menos, culposa de los administradores que rara vez serán de aplicación si los administradores han seguido las directrices de la Comunidad Autónoma o de la sociedad matriz del grupo autonómico empresarial. Cree igualmente que el recurso a los procedimientos concursales no puede ser la solución para estas sociedades mercantiles autonómicas precisamente por la naturaleza pública del socio único o mayoritario pues la calificación del concurso como culpable podría acarrear la responsabilidad del Administración.

ESCUIN PALOP, CATALINA, *La reordenación del sector público, Análisis particular de la reorganización valenciana*, "RJCv" núm. 46 2013, pp. 41-73.

En este trabajo la autora se centra en primer término sobre el sector público

estatal y el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional del Estado. Estudia en particular las normas de reorganización de aplicación general (indemnización por despido de máximos responsables y directivos, los despidos de personal laboral de las entidades empresariales, los despidos causales del personal laboral de las entidades del sector público empresarial y de las entidades de carácter administrativo). Se analiza a continuación la Administración instrumental de las Comunidades Autónomas y su reorganización, y en concreto la reordenación del sector público de la *Comunitat Valenciana* (plan de austeridad y las medidas adoptadas en su ejecución; Decreto-Ley 7/2012, de medidas de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat; medidas tributarias; ocultación de plantilla; procedimiento de despido colectivo del personal al servicio de las entidades del sector público valenciano). El estudio que rescensionamos no es meramente descriptivo y se encuentra pleno de reflexiones de sumo interés. Reproducimos algunas de ellas: ESCUIN PALOP cree que no se debe confiar a la Ley la creación de entidades públicas instrumentales. La experiencia muestra que la reserva de Ley no es un medio para limitar su número; cree que el tipo de actividad a desarrollar por la entidad empresarial es el único motivo que puede justificar la descentralización funcional; la reivindicación del régimen administrativo como garantía y de la propia función pública, etc.

### **(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.**

ESCARTÍN ESCUDÉ, Victor, *El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho*, “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 101-163.

Estudia ESCARTÍN ESCUDÉ la problemática definición del arbitraje en el Derecho Administrativo y su viabilidad constitucional dada la exigencia del art. 106.1 CE de sometimiento pleno a un control de legalidad recayendo dicho control en Jueces y Tribunales. Desde esta estructura conceptual estudia sus tres manifestaciones: 1) el arbitraje como mecanismo extraprocésal de solución de conflictos o arbitraje administrativo impropio; 2) el arbitraje administrativo; y, 3) el arbitraje institucional. Cree ESCARTÍN ESCUDÉ que debe valorarse la posibilidad de otorgarle una caracterización propia de arbitraje administrativo que resulte válida y útil para las características y garantías que se exigen en esta rama del Derecho, de forma que este arbitraje administrativo se erija como una solución administrativa fiable al sistema de garantías tradicional que permita alcanzar unas mayores cuotas de eficacia, agilidad y justicia de los procedimientos de impugnación de la actividad administrativa. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

MILLÁ MARTÍNEZ, Manuel, *Crónica del Seminario sobre las reformas de la legislación de Contratación Pública (Zaragoza, Paraninfo de la Universidad de Zaragoza, Aula Magna, día 30 de junio de 2011)*, “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 101-163.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Jorge, *La subasta electrónica*, “RJCV” núm. 46 2013, pp. 93-102.

Realiza MARTINEZ FERNÁNDEZ una descripción de la subasta electrónica y del régimen jurídico de la Administración electrónica y de la subasta electrónica (sede electrónica; identificación y autenticación; registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas; Documentos y archivos electrónicos). Analiza a continuación el desarrollo y cierre de la subasta electrónica, y por último, de la adjudicación del contrato en la subasta electrónica. Está todo dicho: transcurridos más de cuatro años desde su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, las subastas electrónicas son una técnica de adjudicación prácticamente inédita dada la inseguridad que provoca todo lo desconocido y la ausencia de un desarrollo reglamentario que resuelva las dudas que surgen en su aplicación.

PORRO GUTIÉRREZ, Jacinto M., *Participación ciudadana en el ámbito local: una aproximación a la estructura normativa de los Reglamentos de participación ciudadana*, “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 387-399.

#### **(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.**

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., *Bienes sin dueño: Monstrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio Aragonesa (Ley de Aragón 5/2011, de 10 de marzo)*, “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 11-47.

En este Estudio se abordan los antecedentes históricos y la legislación estatal sobre la adquisición de inmuebles vacantes o sin dueño (con especial atención de la justificación de la atribución-adquisición por el Estado y la inconstitucionalidad de las normas autonómicas que contradigan dicho principio). Se analiza a continuación los supuestos de concentración parcelaria, las cuentas y depósitos abandonados y la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma y la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma (antecedentes históricos y regulación actual, justificación de esta sucesión, sucesión a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón y a favor del Hospital de la Señora de Gracia). El trabajo aborda la cuestión de si no sólo el Gobierno central, sino también las Comunidades Autónomas tienen derecho a esos bienes (las que tienen derecho civil propio y con claros antecedentes históricos sobre el tema, como en el supuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón).

DOMENECH PASCUAL, *Prohibido regar: ¿expropiación o delimitación de propiedad no indemnizable?*, "RArAP" núm. 39-40, 2012, pp. 269-291.

Toma DOMENECH PASCUAL como ejemplo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la prohibición de extraer agua para regar de un acuífero sobreexplotado poniendo de relieve la insuficiencia de los criterios usualmente empleados –la singularidad o generalidad de la prohibición, la especialidad del sacrificio y la ruptura del principio de igualdad– para distinguir entre expropiaciones y delimitaciones de la propiedad no indemnizables. A juicio de DOMENECH PASCUAL, la respuesta a esta cuestión exige ponderar los costes y los beneficios sociales. Si los beneficios de indemnizar superan a los costes, nos encontramos ante una expropiación. En caso contrario, se trata de una delimitación que no es obligado compensar. De esta perspectiva la prohibición de extraer agua para regar de un acuífero sobreexplotado no debe considerarse, en su opinión, una expropiación pues indemnizar supondría ofrecer un incentivo pecuniario para realizar actividades socialmente ineficientes y al propio tiempo, podría producir un cierto efecto inhibitorio sobre el ejercicio de declarar sobreexplotado un acuífero y adoptar las medidas adecuadas para proteger el medio ambiente. El estudio incluye bibliografía.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás A., *Análisis actual de la responsabilidad patrimonial en el ámbito penitenciario*, "RArAP" núm. 39-40, 2012, pp. 425-442.

Considera el autor que porque el sistema de responsabilidad sea objetivo, ello no supone que la Administración tenga que responder de todos los actos lesivos que se produzcan en el ámbito del servicio público, siendo preciso que estos puedan imputarse al servicio, determinando la jurisprudencia la exoneración cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público.

CUNILLERA BUSQUETS, Monserrat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración laboral en materia de despidos colectivos: estado de la cuestión y posible incidencia de la sustitución de la autorización administrativa por una comunicación previa*, "RArAP" núm. 39-40, 2012, pp. 443-462.

Considera CUNILLERA BUSQUETS que pocos serán los supuestos en que se pueda producir responsabilidad en estos procedimientos a la vista de la premisa jurisprudencial según la cual "la mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular.

**(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).**

PALÁ LAGUNA, Mercedes, *Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas*, “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 49-100. *Vid.* (2).

ESCARTÍN ESCUDÉ, Victor, *El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho*, “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 101-163. *Vid.* (3).

MAGALDI MENDAÑA, Nuria, *La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor GASCÓN y MARÍN*, “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 165-219.

Parte MAGALDI MENDAÑA del análisis de las primeras discusiones teóricas sobre el fenómeno municipalizador en España. A continuación indaga en el Derecho comparado: la recepción de las ideas del *municipal Trading* inglés; la recepción de la restrictiva jurisprudencia francesa sobre la posibilidad de municipalizar servicios; y, la recepción española de la *Legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi*. Concluye la autora que la labor pionera de GASCÓN y MARÍN y Adolfo GÓNZALEZ POSADA, permitió anticiparse varias a su tiempo e introducir en España un apasionante debate jurídico y doctrinal sobre la relación entre el poder público local y la prestación de servicios a los ciudadanos que aún hoy sigue vivo. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

CUNILLERA BUSQUETS, Monserrat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración laboral en materia de despidos colectivos: estado de la cuestión y posible incidencia de la sustitución de la autorización administrativa por una comunicación previa*, “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 443-462. *Vid.* (4).

**(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.).**

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, Maria Luisa, *Animales potencialmente peligrosos: algunas consideraciones sobre su régimen jurídico-administrativo* “RArAP” núm. 39-40, 2012, pp. 221-265.

En este trabajo se analiza el marco normativo (antecedentes, Ley 50/1999, de 23 de diciembre, de Régimen Jurídico de la tenencia de Animales Potencialmen-

te Peligrosos, RD 287/2002, de 22 de marzo, normas de Derecho autonómico y local); la distribución de competencias; el polémico concepto de Animal Potencialmente Peligroso; los requisitos para la tenencia; la obligación de registro e identificación; el régimen de infracciones y sanciones; y la eventual responsabilidad civil y penal. El estudio incluye bibliografía.

DOMENECH PASCUAL, *Prohibido regar: ¿expropiación o delimitación de propiedad no indemnizable?*, "RArAP" núm. 39-40, 2012, pp. 269-291. *Vid.* (4).

CALVO MIRANDA, José Luis, *Las actuaciones de dotación en la Ley 3/2009, de Urbanismo de Argón*, "RArAP" núm. 39-40, 2012, pp. 293-315.

En este trabajo se realiza una aproximación al régimen jurídico de actuaciones de dotación en la legislación urbanística aragonesa cuya finalidad principal es la de imponer cargas a los propietarios en suelo urbano consolidado por la urbanización (cesiones dotacionales y edificabilidad lucrativa). Cree CALVO MIRANDA que dichas cesiones no debieran ser previas al momento mismo de la materialización de ese aprovechamiento adicional, sino simultáneas a la concesión de la licencia de obras no pudiendo constituir dicho aprovechamiento adicional una reserva de dispensación o un régimen urbanístico excepcional. La gestión se convertirá en una actuación aislada que se articularía mediante la concesión de la licencia de obras sustituyéndose las cesiones por compensaciones económicas.

CASTEL GAYÁN, Sergio, *Derecho del turismo y propuestas para una renovación de la promoción turística*, "RArAP" núm. 39-40, 2012, pp. 357-386.

Estudia el autor las medidas de promoción en la que considera necesario una coordinación eficaz y la necesaria redefinición del papel del Estado y una profundización de la colaboración público-privada. La fiscalidad turística debe permitir financiar las estrategias necesarias para competir en el mercado turístico.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Potestades públicas y prevalencia entre competencias autonómicas en el conflicto de SIJENA (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero)*, "RArAP" núm. 39-40, 2012, pp. 317-355. *Vid.* (1).

MUSTAFÁ TOMÁS, Yásser-harbi & NOGUÉS GALDÓN, Héctor, *El principio de distribución equitativa de los derechos y deberes de la propiedad del suelo. La técnica del aprovechamiento tipo (Criterios para su determinación y cálculo en la ley urbanística valenciana y el Anteproyecto de Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje)*, "RJCV" núm. 46 2013, pp. 75-92.

Este trabajo realiza una verdadera explicación y síntesis de todos los elementos que permiten la determinación del aprovechamiento tipo con gran valor pedagógico (concepto de aprovechamiento tipo y área de reparto; criterios de delimitación de las áreas de reparto; incidencia del suelo dotacional preexistente; reglas especiales para el cálculo en suelo urbanizable, en suelo urbano con urbanización consolidada o para suelo urbano incluido en unidad de ejecución; excedentes de aprovechamiento; etc;

**(7) § Varia.**

BERCHOLC, Jorge O. & BERHOLC Diego J., *El contenido económico de los discursos presidenciales de Argentina (1983-2011)*, "RArAP" núm. 39-40, 2012, pp. 465-516.

Abreviaturas

RArAP      Revista Aragonesa de Administración Pública  
RJCv      Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana

# RECENSIONES



## RECENSIONES

**PALMA FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, “Derecho Administrativo Agrario”, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 2013.**

1.- Sin ánimo de terciar en polémicas de tanta estatura intelectual como las que se han desarrollado, desde las aportaciones de Tocqueville hasta las de García de Enterría, sobre lo que la Revolución Francesa tuvo de auténtica ruptura y, por el contrario, de continuidad, sin ánimo de ello, digo, sí creo que hay una afirmación que puede despertar un consenso bastante generalizado dentro del variopinto gremio de los cultivadores del Derecho Administrativo, en España y no sólo en España: que se trata de un sector del ordenamiento jurídico que resulta incomprensible al margen de esos dos fenómenos de la civilización occidental que son la urbanización y la industrialización. Dos transformaciones (bien mirado, una única cosa) que, con el precedente de Manchester y Londres en la era de los Jorges, tuvieron lugar en Alemania y en Francia entre 1870 y 1945 –para explicarlo con dos fechas convencionales- y que en España, siempre rezagada, no se extendieron hasta los años cincuenta y sesenta del siglo XX. Si, en el catálogo de los géneros literarios, es la novela –Dickens, Balzac, nuestros Clarín o Galdós- el producto por excelencia de las ciudades, bien puede decirse sin exagerar que, en el planeta de lo jurídico, ese lugar lo ocupa por méritos propios el Derecho Administrativo.

En ese contexto, tiene mucho de lógico que nuestro plantel de investigadores, jóvenes y no tan jóvenes, no dedique una especial atención al agro. No es que no nos guste el campo (de hecho, en los últimos treinta años las Tesis Doctorales sobre temas de medio ambiente, o de cosas más serias, como el Derecho de Aguas, son legión), pero lo cierto es que, desde que hace muchas décadas el gran Nieto estudiase las hierbas, pastos y rastrojeras, los trabajos sobre agricultura en sentido estricto –incluyendo los correspondientes productos, o sea, los alimentos y su seguridad- se cuentan con los dedos de una mano. Y no será porque los legisladores hayan dejado de innovar en la materia: a la ingente cantidad de normas europeas que componen la PAC hay que añadir en España, sólo en lo que hace al legislador del Estado, textos de tanta enjundia como, sin ningún ánimo agotador, la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes; la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias; la Ley 2/2000, de 7 de enero, reguladora de los contratos tipo de productos agroalimentarios; la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, libe-

ración voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; o, en fin, la Ley 5/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria. Y eso sin hablar de las disposiciones sobre biodiversidad o desarrollo rural.

2.- A JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ ya lo conocíamos como autor por así decir dogmático: en su tesis doctoral, “Los derechos de producción agrícolas”, explicó que, también en el mundo rural —el suelo no urbanizable, para entendernos—, el régimen del concreto uso de los terrenos y de patrimonialización de los correspondientes productos, ha ido por así decir emancipándose, en el sentido de no ser ya algo connatural dentro del famoso “*haz de facultades*” de la propiedad del suelo subyacente. Pero los lectores no le habíamos visto desempeñarse en la otra de las facetas del investigador jurídico: la del sistematizador. En eso consiste precisamente el libro que ahora se recensiona. Lo ambicioso y omnicomprendivo de su título (“Derecho Administrativo Agrario”), combinado con lo manejable de su tamaño (sólo 270 páginas), tienen como consecuencia que en efecto no puede tratarse de otra cosa: son un total de 34 Capítulos, que constituyen otras tantas lecciones —de una media, por tanto, de 8 páginas por Capítulo— donde uno acaba encontrando todo o casi todo. A veces la perspectiva es de tono por así decir subjetivo, en el sentido de que el foco se pone sobre las personas, ya sean físicas o jurídicas (sobre todo en las páginas del final: XXVII: “Marco jurídico administrativo del agricultor; XXIX: “El asociacionismo agrícola”; XXX: “Las sociedades agrarias de transformación”; XXXI: “Las cooperativas agrarias”; XXXIII: “Las cámaras agrarias”; o XXXIV y último: “Las comunidades de regantes”). En otras ocasiones la luz se pone en instituciones, en el sentido estricto del término (XXII: “Comercialización de productos agrarios”; XXIV: “las denominaciones de origen”; o XXV: “Seguridad alimentaria”). Y por supuesto, en fin, que no faltan Capítulos por así decir de mayor contenido conceptual: típicamente, el XI, “La función social de la propiedad agraria”. Y también, en estrecha conexión con el anterior, el XVI, “Las producciones agrícolas y ganaderas y sus frutos”.

Aun con esa pluralidad de enfoques, debe resaltarse que, desde el punto de vista formal, todos o casi todos los Capítulos obedecen a un esquema similar: se dedica mucha atención a la historia —no sólo en lo estrictamente jurídico y además remontando hasta donde haga falta: a veces, hasta el mismísimo Columela— y luego, por supuesto se centraliza la atención en la legislación actual, que se describe con detalle y rigor.

3.- De más está decir que los lectores de las 270 páginas se topan varias veces con los nombres propios que resultan obligados en estos asuntos, con Jovellanos y Costa a la cabeza. También se encuentran muchas veces con los estudiosos del que en la segunda mitad del siglo XX se llamó “Derecho agrario”, como los muy

conocidos Ballarín Marcial y Sanz Jarque. Y, como es inevitable, y ya al margen de los nombres propios, le salen a uno al paso muchas figuras de la Parte General: la subvención (eje del Capítulo IV, “La Administración Europea. Política Agrícola Común”); las técnicas de distribución de competencias entre los distintos poderes territoriales en España, ya tengan por objeto la agricultura de manera directa (Capítulos V, VI y VII) o cosas cada vez más estrechamente emparentadas con ello como son el medio ambiente (Capítulo XVIII) o la sanidad animal y vegetal (Capítulos XIV y XV); o, por supuesto, y al hilo de la tipología de personas jurídicas específicas del sector agrario (sean entidades de capital, o asociativas o lo que en cada caso proceda), los correspondientes patrones mercantiles o civiles. Ya se sabe que no puede trabajarse con seriedad en la Parte Especial sin tener en la cabeza la General, aunque sólo sea para denunciar la obsolescencia o inadecuación de ésta.

4.- Lector administrativista, y en singular lector joven, a quien presumo *urbana* rabioso: harías bien en reparar en que las hierbas, pastos y rastrojeras llevan mucho tiempo sin que alguien les dedique monográficamente su atención. Si por ventura empleas unas horas en repasar el libro “Derecho Administrativo Agrario”, verás las muchas cosas interesantes que existen en este campo (nunca mejor dicho) y la cantidad de estudios monográficos que están por hacer; descubrirás que, fuera de las ciudades, existe una realidad económica y jurídica que no se explica sólo a través de las técnicas de protección del medio ambiente que —ellas sí— tanta atención te han despertado.

Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ

**ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M:** “*La tutela parlamentaria de la buena Administración. Perspectiva Estatal y Autonómica de los Comisionados Parlamentarios*”, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, 359 pp.

La obra “La tutela parlamentaria de la buena Administración. Perspectiva Estatal y Autonómica de los Comisionados Parlamentarios”, publicada en 2013 por la editorial Thomson Reuters Aranzadi, es resultado de una interesante investigación sobre la institución del Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos que analiza en sus páginas los fundamentos constitucionales, legales, doctrinales, jurisprudenciales y de praxis que justifican la existencia de estas instituciones. Unos argumentos que, discutibles o no, son de especial interés en el contexto social, jurídico y económico en el que nos encontramos, especialmente marcado por la reciente supresión de algunos Comisionados que se justifica por razones de control del gasto público.

La autora Carmen María Ávila Rodríguez, profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga nos ofrece en esta obra una interesante reflexión sobre las instituciones del Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios, aportando nuevas e interesantes conclusiones a una de sus principales líneas de investigación en la que se incluyen junto a la obra que reseñamos otras de especial relevancia sobre la temática tratada: *“El defensor del pueblo y los defensores autonómicos ante las políticas ambientales”* (2007) o la obra coordinada con Gutierrez Rodríguez *“El derecho a la buena administración y la ética pública”*.

La obra *“La tutela parlamentaria de la buena administración. Perspectiva Estatal y Autonómica de los Comisionados Parlamentarios”* se estructura en cinco capítulos en los que el estudio de las funciones del Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos se engarza con la naturaleza y el estatuto jurídico de la institución, estableciendo un marco conceptual impecable que ofrece a la autora y a los lectores la posibilidad de establecer propuestas y conclusiones bien fundamentadas.

En el primer capítulo, “El Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios en el bloque de la constitucionalidad”, partiendo del art.54 de nuestra Carta Magna, la autora realiza un estudio profundo sobre la creación del Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, definiendo de un modo claro y preciso las competencias del Defensor del Pueblo y presentando el debate que sobre la figura de los Comisionados Parlamentarios surgió en la tramitación parlamentaria del texto constitucional. Junto a ello la autora, realiza un estudio minucioso sobre las previsiones estatutarias desde sus orígenes hasta las últimas modificaciones.

Sentadas las bases constitucionales y estatutarias la autora dedica el segundo capítulo a profundizar sobre la “Naturaleza y estatuto jurídico del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos”. En este capítulo, la autora, desde la perspectiva normativa actual, aporta un interesante punto de vista crítico sobre la creación, cese y supresión de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, así como de la vinculación de estos órganos con las respectivas cámaras parlamentarias y su régimen de organización. Con ello nos adentra, en el que supone uno de los capítulos más interesantes de la obra, poniendo de manifiesto diferentes formas de arbitrar soluciones que permitan la coordinación y cooperación entre las instituciones. Unas instituciones que han ido incrementando sus competencias a través de leyes sectoriales y a lo que la autora dedica un capítulo específico (III)

De este modo, en el tercer capítulo “La competencia del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos”, Carmen M<sup>a</sup> Ávila exami-

na con exhaustividad la diferentes competencias genéricas y que por atribución tienen asumidas estas instituciones, con especial referencia a la función de supervisión de la actividad de la Administración Pública, y profundizando con precisión en el reconocimiento del derecho a la buena administración y las consecuencias que ello conlleva en las competencias del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos. Así mismo, atiende a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional y a la falta de reconocimiento en este sentido respecto de los Comisionados Parlamentario Autonómicos, algo que como recoge la autora se ha intentado solventar por parte de algunas Comunidades Autónomas previendo que éstos puedan instar al Defensor del Pueblo a la interposición del correspondiente recurso.

En el cuarto capítulo “El procedimiento de investigación del Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos”, partiendo de cuales son los principios informadores del procedimiento de investigación -y sobre la base de que el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos deben ser concebidos para resolver los conflictos de los ciudadanos con la Administración, además de instrumentos de control externo- examina la actividad mediadora de estas instituciones, que además no se limita ni agota en la producción de una simple declaración de voluntad sino que se completa con el deber de promover la regular actuación administrativa, lo cual se facilita a través de los informes anuales y especiales.

A ello, dedica la autora el quinto capítulo “Dación de cuentas y proyección pública del defensor del pueblo y los Comisionados Parlamentarios autonómicos”, en el que diferencia las distintas funciones que asumen los informes del Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos ante los distintos Parlamentos, sin perder la oportunidad de reivindicar mejoras en la vinculación entre las Cámaras y estas instituciones así como en la repercusión que pudieran tener los informes.

Para cerrar la obra la autora dedica un capítulo específico donde no sólo sintetiza de una manera clara y fluida las conclusiones y propuestas que nos ha ido presentando a lo largo de la obra sino que aporta otras nuevas como resultado de la visión de conjunto, y donde queda reflejada y justificada la utilidad de estas instituciones cuando -como dice la propia autora en las primeras páginas, reiterando las palabras de Jerónimo Saavedra Acevedo, Diputado del Común de Canarias- “se le da el enfoque correcto, y se trabaja con ilusión por defender los derechos de los ciudadanos”.

Mabel LÓPEZ GARCÍA  
Universidad de Málaga

**FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Dir.), PÉREZ GUERRA, R. (Coord.) et al, *Manual de Derecho Administrativo del Sector Turístico, Tecnos, 2013, 224 pp.***

Si bien la finalidad primordial expresada por los autores de esta obra es servir como referencia a los alumnos del Grado en Turismo a la hora de conocer la ordenación legal de las actividades, servicios y productos turísticos; ésta es sin lugar a dudas una obra de gran utilidad para cualquier profesional o estudiante relacionado con la materia turística y que se encuentre en la necesidad de conocer su regulación jurídica básica. A lo largo de sus más de doscientas páginas, este manual va desgranando las cuestiones fundamentales de la materia, exponiendo su contenido esencial y advirtiendo sobre aquéllos aspectos más problemáticos o deficientes con la ayuda de la doctrina más influyente y la jurisprudencia más reciente. Su contenido temático es el siguiente:

- La obra comienza con un rápido repaso de la evolución del fenómeno turístico para pasar seguidamente al análisis de la estructura actual de la organización administrativa del Estado en materia turística. Asimismo se explica el reparto de competencias en este ámbito en cada uno de los niveles territoriales, la política turística estatal histórica y actual y la política turística de la Unión Europea, todo ello a cargo del profesor PÉREZ GUERRA.

- La profesora ZAMORA ROSELLÓ es la encargada de exponer el esquema fundamental tanto de la organización turística de la Comunidad Autónoma andaluza como de las Entidades Locales que forman parte de aquélla. Se analiza en este apartado la Administración turística central y periférica de la Junta de Andalucía así como su Administración turística de carácter instrumental, además de la importante función de coordinación autonómica sobre la política turística local, las competencias específicas que sobre esta materia poseen los municipios andaluces y la interesante figura del *municipio turístico* andaluz.

- El estudio de la compleja actividad de ordenación y promoción de los recursos turísticos le corresponde al profesor CEBALLOS MORENO. Partiendo de una excelente labor de precisión terminológica y delimitación conceptual, expone el concepto y la clasificación de los *recursos turísticos*, y analiza las técnicas de ordenación y promoción de los mismos por parte de los Poderes Públicos.

- El siguiente bloque temático trata una de las cuestiones fundamentales del Derecho Administrativo del sector turístico: la ordenación de la oferta de servicios turísticos. La profesora MORA RUIZ parte igualmente del análisis terminológico de servicios y actividades turísticas para, a continuación, exponer detenidamente los elementos generales de la ordenación de estos servicios (compe-

tencias administrativas sobre los mismos, principios de libertad de establecimiento y prestación de servicios turísticos, así como signos distintivos, publicidad y precio de los mismos), su clasificación administrativa y su registro a nivel andaluz.

- La profesora GONZÁLEZ RÍOS trata dos materias diferenciadas pero estrechamente vinculadas entre sí, cuales son el fomento del sector turístico y el arbitraje como técnica de defensa de los derechos de los usuarios turísticos. En relación con la primera materia, se explica el concepto de medidas de fomento (con carácter general y específicamente en materia turística) y se expone detalladamente el marco normativo, principios generales y sujetos de esta actividad, centrándose particularmente en el procedimiento de concesión de subvenciones en Andalucía. En relación con la segunda cuestión, se explica de forma sistemática el funcionamiento de la técnica del arbitraje desde su perspectiva como elemento de defensa de los derechos de los usuarios turísticos.

- El complejo bloque temático referente a la protección de la legalidad turística corre a cargo del profesor SANZ DOMÍNGUEZ, que lo divide en dos actividades diferenciadas pero necesariamente complementarias. La primera de ellas es la inspección de turismo (concepto, funciones, medios, documentación y prerrogativas del personal inspector) y la segunda la potestad sancionadora en el ámbito turístico (principios, infracciones, sanciones y procedimiento a seguir).

- El profesor SOLA TEYSSIERE analiza los establecimientos hoteleros en toda su complejidad (requisitos, clasificación, principios de funcionamiento, etc) y los profesores GUTIÉRREZ ALONSO y BOMBILLAR SÁENZ hacen lo propio con el resto de establecimientos de alojamiento turístico (apartamentos turísticos, campamentos de turismo, balnearios, establecimientos en el medio rural, etc), cada uno en su respectivo bloque temático.

- La actividad de intermediación turística corre a cargo de la profesora MONTAÑÉS CASTILLO, que desde una perspectiva público-privada analiza las funciones de las agencias de viajes, su actividad principal (incluyendo sus principales contratos típicos) así como su clasificación administrativa y los requisitos para ejercer esta actividad (principios, inscripción, garantías, responsabilidad civil, etc).

- El profesor GOSÁLVEZ PEQUEÑO analiza los servicios turísticos de restauración partiendo de la normativa turística aplicable en la Comunidad Autónoma andaluza y exponiendo su regulación tanto en la Ley del Turismo de Andalucía como en su desarrollo reglamentario e, incluso, en otras normas administrativas no turísticas de aplicación a este tipo de establecimientos.

- La profesora CEBALLOS MARTÍN es la encargada de exponer el bloque temático relativo a los servicios de información turística, tanto de carácter público como privado. También se incluyen en este bloque la problemática regulación de la actividad de guía turística (adquisición de la condición de guía turístico, su habilitación en otras Comunidades Autónomas o en otros Estados de la Unión Europea, su inscripción registral así como sus derechos y obligaciones) y la cada vez más importante actividad de organización profesional de congresos.

- Por último, el profesor PÉREZ MONGUIÓ desarrolla el bloque temático dedicado al *turismo activo*, exponiendo de forma didáctica sus elementos conceptuales, los requisitos que deben cumplir las empresas dedicadas a esta actividad así como las medidas de seguridad exigidas en la misma, sin olvidar los condicionantes ambientales establecidos por el legislador así como las medidas impuestas para minimizar los eventuales daños e impactos que este tipo de actividad turística generen para el medio ambiente.

- El contenido de esta obra se cierra con un apartado de gran utilidad para el destinatario de una obra de estas características: un breve glosario de términos de Derecho Administrativo, que facilitará a los usuarios de esta obra con menor nivel de conocimientos jurídicos una correcta comprensión de los términos utilizados en la misma. Además, una circunstancia que merece ser destacada es el hecho de que al finalizar cada bloque temático se proporcione un cuestionario con preguntas relacionadas con el contenido desarrollado en el mismo que funciona a modo de *autoevaluación*, y que permite al usuario afianzar conceptos, despejar dudas y optimizar los conocimientos adquiridos tras la lectura de cada uno de ellos. A todo esto se le une un CD con los textos legales de referencia y numerosos esquemas elaborados a partir de los contenidos expuestos en el manual.

Se trata ésta, por tanto, de una obra que realiza una notable labor de síntesis de las cuestiones más importantes en Derecho Administrativo del sector turístico, apto para profesionales y estudiantes con una escasa o nula vinculación con el mundo del Derecho, pero que no renuncia en ningún momento a la exposición completa de las instituciones fundamentales del ámbito turístico. El excelente trabajo expositivo, la calidad intelectual y la profesionalidad demostrada por los autores de esta obra la convierten, en definitiva, en una magnífica referencia para todos aquéllos que necesiten o quieran acercarse con garantías al ámbito del Derecho Administrativo del turismo y, en general, al funcionamiento y ordenación del sector turístico en nuestro país.

Alejandro ROMÁN MÁRQUEZ  
 Profesor de la Universidad de Sevilla

# BIBLIOGRAFÍA



## Bibliografía sobre derecho autonómico

### Septiembre – Diciembre 2013

- AA.VV.: *Política y gobierno en el Estado Autonomico* (Dir. Jaime Ferri Durá), Ed. Tirant lo Blanch–INAP, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-979-4.
- AA.VV.: *Justicia contenciosa administrativa. Congreso Internacional* (Coords. Jorge Fernández Ruiz y Filiberto Otero Salas), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2013. ISBN: 978-60-702-4391-2.
- AA.VV.: *Lenguas y Constitución Española* (Dir. Antonio López Castillo), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-579-6.
- AA.VV.: *Adéu, RTVV. Crònica del penúltim fracàs de la societat valenciana* (Eds. Borja Flors y Vicent Climent), Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-370-9113-6.
- AA.VV.: *Introducción al Derecho parlamentario estatal. Estudios sobre los congresos de los Estados y la Asamblea legislativa del Distrito Federal. Segunda Parte* (Coord. Efrén Chávez Hernández), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2013. ISBN: 978-60-702-4564-0.
- AA.VV.: *Practising self-government. A comparative study of autonomous regions* (Eds. Yash Ghai y Sophia Woodman), Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2013. ISBN: 978-11-070-1858-7.
- AA.VV.: *Los tributos del sector eléctrico* (Dir. Fernando Becker, Luis María Cazorla y Julián Martínez-Simancas), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013. ISBN: 978-84-9014-684-2.
- AA.VV.: *El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico. Evolución y perspectivas de reforma* (Coords. Manuel Gerpe Landín y Miguel Ángel Cabellos Espiérrez), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-159-4801-8.
- AA.VV.: *Prestación de Servicios, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo*. (Dir. Lucía Casado Casado, Josep Ramón Fuentes Gasó y Judith Gifreu Font), Ed. Tirant lo Blanch–Generalitat de Catalunya, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-495-9.

- AA.VV.: *El Derecho de las migraciones en España. Estudios por comunidades autónomas* (Dir. José Luis Monereo Pérez; Coords. Luis Ángel Triguero Martínez y José Antonio Fernández Avilés), Ed. Comares, Granada, 2013. ISBN: 978-84-904-5079-6.
- AA.VV.: *Sistema Fiscal Español. Impuestos estatales, autonómicos y locales* (Coords. Gaspar de la Peña Velasco, Ramón Falcón y Tella y Miguel Ángel Martínez Lago), Ed. Iustel, 5ª edición, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9890-238-9.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M.: *La Tutela Parlamentaria de la Buena Administración: Perspectiva Estatal y Autonómica de los Comisionados Parlamentarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013. ISBN: 978-84-9014-770-2.
- FABEIRO FIDALGO, P.: *El Derecho de usar y el deber de conocer las lenguas en la Constitución Española de 1978*, Ed. Iustel, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9890-242-6.
- FRANQUESA, J.: *Urbanismo neoliberal, negocio inmobiliario y vida vecinal. El Caso de Palma*, Ed. Icaria, Barcelona, 2013. ISBN: 978-84-988-8490-6.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Crisis y reconstitución de la estructura territorial del Estado*, Ed. Iustel, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9890-241-9.
- PALAO GIL, J.; DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.; MOLINER NAVARRO, R.; TORREJÓN PUCHOL, J.: *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil. Bases Históricas y Normativas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9053-588-2.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A.J.: *La Protección de la Estética en el Derecho Urbanístico*, Ed. Tirant lo Blanch-Instituto García Oviedo, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-487-4.

Javier E. Quesada Lumbreras  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada



## Sumario

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>Presentación de la Nueva Época</b>
I. ESTUDIOS	<p><b>La convivencia escolar y su reflejo en el Derecho</b> <i>Alejandro González -Varas Ibáñez</i></p> <p><b>Abriendo la caja negra de las profesiones sanitarias: evaluación de la aplicación de la carrera profesional en el Sistema Nacional de Salud</b> <i>Raquel M. Pérez-García</i> <i>Miguel del Fresno García</i> <i>Antonio López Peláez</i></p> <p><b>La búsqueda de los orígenes de la Administración Municipal: de la Edad Media al Liberalismo</b> <i>Ana Cristina Pérez Rodríguez</i></p> <p><b>Autoritarismo y modernización de la Administración Pública española durante el franquismo</b> <i>Miguel Ángel Giménez Martínez</i></p> <p><b>Control judicial de la reforma laboral aplicada a las administraciones públicas</b> <i>Francisco José Rodríguez Márquez</i></p> <p><b>La regulación específica de las asociaciones de consumidores de ámbito autonómico: situación y reformas necesarias</b> <i>José Gabriel Ruiz González</i></p> <p><b>La atribución de competencias para la implantación de determinadas instalaciones y la autonomía local</b> <i>Fernando Camón Fernández de Ávila</i></p>
II. EXPERIENCIAS Y CASOS	<p><b>Estrategia de desarrollo de la zona norte del estado de Jalisco desde la perspectiva institucional</b> <i>Mónica Isabel García Mora</i> <i>José G. Vargas-Hernández</i></p> <p><b>Hacia una Administración Pública moderna. Experiencia de la Administración Ambiental Vasca, noviembre 2013</b> <i>Arantza Leturiondo</i> <i>Juan Ignacio Escala</i> <i>Francisco Olarreaga</i> <i>Alba Cañadas</i></p> <p><b>La evolución de la administración electrónica en los ayuntamientos españoles. El caso del plan de modernización de los ayuntamientos de la provincia de Alicante</b> <i>Adrián Ballester Espinosa</i></p>

<p>III. RECENSIONES</p>	<p>Robert BRUEGMANN, <i>La dispersión urbana. Una historia condensada</i>, Comunidad de Madrid-Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, Madrid, 2011.  <i>Juan Amenós Álamo</i></p> <p><b>La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local. Coordinadores: Juan Antonio CARRILLO DONAIRE y Pilar NAVARRO RODRÍGUEZ, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2014.</b>  <i>María de los Ángeles Fernández Scagliusi</i></p>
<p>V. AUTORES</p>	
<p>VI. CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN Y PUBLICACIÓN DE ORIGINALES</p>	

I A A P