

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ **93/2015**
Sept. - Diciembre

ESTUDIOS

Manuel Rebollo Puig
En busca de la prevalencia perdida

Ana Isabel Olmedo Gaya
El modelo privado de empleo público en Italia: su actual régimen jurídico tras las últimas reformas

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros
El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad

Agustín Gil Franco
Régimen estatutario del personal de administración y servicios funcionario de las universidades públicas

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

La Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, de 19 de noviembre de 2015 sobre la ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía (Y Damocles guardó la espada)
(José Ortiz Mallol)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La proposición de ley de modificación de la ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Junta de Andalucía
Manuel Medina Guerrero

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

El proceso de transformación de las Cajas de Ahorros

El recibo electrónico de salario del empleado público

La excepcionalidad de la contratación menor

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La Ley de Costas: la impugnación de Andalucía y la sentencia del Tribunal Constitucional 6/2016, de 21 de enero
(José I. Morillo-Velarde Pérez)

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 93

Septiembre-Diciembre 2015

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 General de Recursos Humanos y Función Pública. Junta de Andalucía.*
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*
Carretero Guerra, Rafael. *Director General de Planificación y Evaluación. Junta de Andalucía.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento 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.*
Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Fernández Ortega, Juan Manuel. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía*
Pardo Falcón, Javier. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*
Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Puyá Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Sánchez Bursón, José María. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*
Vallés Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*

Director:

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

Secretaría:

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

Consejo de Redacción:

Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo (acreditado como Catedrático) Universidad Loyola Andalucía.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*
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

ecoedición			
Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible			
Impacto ambiental	Agotamiento de recursos fósiles	Huella de carbono	
por producto impreso	0,59 kg petróleo eq	2,06 Kg CO ₂ eq	reg. n.º 2016/154
por 100 g de producto	0,04 kg petróleo eq	0,14 Kg CO ₂ eq	Más información en www.ecoedicion.eu
% medio de un ciudadano europeo por día	13,12 %	6,73 %	

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

Calle Torneo nº 26

41002 SEVILLA

Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es





ESTUDIOS

<i>Manuel Rebollo Puig</i> En busca de la prevalencia perdida	13
<i>Ana Isabel Olmedo Gaya</i> El modelo privado de empleo público en Italia: su actual régimen jurídico tras las últimas reformas	63
<i>Carmen Carretero Espinosa de los Monteros</i> El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad	107
<i>Agustín Gil Franco</i> Régimen estatutario del personal de administración y servicios funcionario de las universidades pública	133

JURISPRUDENCIA

La Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, de 19 de noviembre de 2015 sobre la ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía (y Damocles guardó la espada). <i>(José Ortiz Mallol)</i>	177
NOTAS DE JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídicos Básicos.- IV. Instituciones de Estado.- V. Fuentes.- VI. Organización Territorial del Estado.- VII. Economía y Hacienda.- <i>(Francisco Escribano López)</i>	203
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>	261
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía <i>(José L. Rivero Ysern)</i>	291

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La proposición de ley de modificación de la ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Junta de Andalucía <i>(Manuel Medina Guerrero)</i>	315
---	-----

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

El proceso de transformación de las Cajas de Ahorros <i>(Carolina Alaminos Mingorance)</i>	327
El recibo electrónico de salario del empleado público <i>(Antonio D. Berning Prieto)</i>	367

La excepcionalidad de la contratación menor <i>(Pablo Velázquez Navarrete)</i>	389
---	-----

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de la Unión Europea <i>(Lucía Millán Moro)</i>	405
Crónica normativa de la Junta de Andalucía <i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	455
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	487

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La Ley de Costas: la impugnación de Andalucía y la sentencia del Tribunal Constitucional 6/2016, de 21 de enero <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	497
---	-----

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	505
------------------------------	-----

RECENSIONES

- GONZÁLEZ RIOS, I. (DIR); *“Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos.* Edit. Dykinson, 2015, 613 págs.
(Irene Ruiz Olmo) 519
- VALENCIA SÁIZ, A.: *Política y Medio Ambiente.* Editorial Porrúa, México, 2014, 134 págs.
(Enrique Javier Benítez Palma) 524
-

BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO**
(Javier E. Quesada Lumbreras) 533

**FE DE ERRATAS DEL NÚMERO 92
DE LA REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Se ha detectado un error en la edición impresa del número 92/2015, Mayo-Agosto que ha consistido en la reiteración de la sección sobre Disposiciones generales de la Comunidad Andaluza (Págs. 493 a 505), elaborada por Juan Antonio Carrillo Donaire, que ya se incluyó en el anterior número 91/2015, Enero-Abril (Págs. 387 a 399). Se procede a publicar en el presente número la Sección sobre Disposiciones generales de la Comunidad Autónoma que tendría que haberse publicado en el número 92/2015 junto con la que corresponde al número 93/2015.

La Dirección de la Revista

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



En busca de la prevalencia perdida

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad de Córdoba¹

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL TRISTE DESTINO DE LA PREVALENCIA Y LA USURPACIÓN DE SU TERRENO POR LA COMPETENCIA. II. ¿POR QUÉ DAR PREVALENCIA AL DERECHO ESTATAL? III. PREVALENCIA Y SUPERIORIDAD. IV. COMPETENCIA Y PREVALENCIA. V. LA PREVALENCIA COMO REGLA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS Y COMO LÍMITE MATERIAL AL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. VI. ¿QUÉ NORMAS ESTATALES PREVALECN SOBRE QUÉ NORMAS AUTONÓMICAS? VII. CONSECUENCIAS DE LA PREVALENCIA EN CASOS DE CONFLICTO ¿DESPLAZAMIENTO O NULIDAD DE LA NORMA AUTONÓMICA? VIII. ¿QUIÉN APLICA LA PREVALENCIA DE LAS NORMAS ESTATALES? IX. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTA. X. ADENDA. LA RECTIFICACIÓN PARCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SUS SENTENCIAS 102, 116 y 127/2016

RESUMEN

El principio de prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho autonómico ha sido mínimamente utilizado por el Tribunal Constitucional que ha desperdiciado todas sus posibilidades. Ello ha tenido lamentables consecuencias. Las peores se han manifestado en la jurisprudencia constitucional reciente, de la que es acabado ejemplo la STC 66/2011, que merma gravemente la capacidad del legislador estatal para imponer efectivamente reformas. Frente a ello, aquí se destaca la necesidad, fundamento e importancia del principio de prevalencia. Se sostiene que urge restablecerlo en toda su dimensión y operatividad. Asimismo, se precisa su función, alcance y efectos según la clase de conflictos que se presenten.

¹ Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto DER2015-67695-C2-1-P (MINECO/FEDER, UE). Este artículo tiene su origen en la aportación al homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado pero se han introducido cambios e incorporado novedades posteriores.

PLABRAS CLAVE:

Estado autonómico. Relaciones entre ordenamientos. Competencia y prevalencia. Funciones del Tribunal Constitucional y de los Jueces, Tribunales y demás operadores jurídicos.

ABSTRACT

The Spanish Constitutional Court has barely applied the principle of the State law taking precedence over the Law of the Autonomous Communities. Therefore, the High Court has missed out the potential of this principle. This behaviour has had unfortunate consequences, which are to be seen in the most recent constitutional case law, whose best example is the Judgment 66/2011. This Judgment limits the capacity of the Legislative power to efectively impose reforms. In this paper the author states the need and significance of the principle of the State law taking precedence over autonomous law, as well as its legal foundation. He also argues that this principle should be re-established in its whole dimension and effectivity. Finally, the author analyses the function, scope and effects of the aforementioned principle according to the type of conflict it tries to solve.

KEY WORDS: Autonomous Communities State. Relations between legal orders. Competence and precedence. Functions of the Spanish Constitutional Court, the Judges, the Courts and the authorities.

I. PLANTEAMIENTO: EL TRISTE DESTINO DE LA PREVALENCIA Y LA USURPACIÓN DE SU TERRENO POR LA COMPETENCIA

El Tribunal Constitucional ha invocado poco el principio de prevalencia del Derecho estatal que proclama el art. 149.3 CE. No es sólo que lo nombre escasamente; es que lo aplica aun menos. Y no por simple olvido: su jurisprudencia, en conjunto, lo arrumba y desactiva. Un voto particular magistral del Magistrado Delgado Barrio a la STC 66/2011 se refiere al “triste destino” que la doctrina del TC ha asignado a la prevalencia del Derecho estatal “de la que este Tribunal viene prescindiendo reiteradamente”. De una u otra forma, así se suele reconocer². Y, en efecto, con permiso de

² En la doctrina, vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012, p. 136, dice que la jurisprudencia del TC “ha conducido a minimizar el valor de la cláusula de prevalencia”. En la misma línea RUÍZ LÓPEZ, M. A., “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones”, *RAP*, n° 192 (2013), pp. 142 y 151-152, hasta afirmar que la prevalencia “no existe, es invisible a los ojos del Tribunal Constitucional”. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, p. 433, dice de la prevalencia que estamos “ante un precepto constitucional prácticamente vacío de contenido”. Igualmente COSCULLUELA

Delgado Barrio y de Isabel II, podemos apodar a la prevalencia como “la de los tristes destinos”.

Esa marginación, sin embargo, ni está justificada ni es inocua sino errónea y perturbadora; se aparta de lo establecido en la Constitución, enturbia las instituciones, socava al sistema, dificulta su funcionamiento y debilita al Estado más allá de todo límite razonable. No hay exageración en esta afirmación y, si alguna duda cupiera, la última jurisprudencia del TC, secuela de su abandono del principio de prevalencia, ha hecho más patentes los corrosivos efectos que ya contenía en germen su doctrina anterior. Urge, pues, repensar todo lo que puede y debe significar la prevalencia del Derecho estatal para rectificar desde su raíz una doctrina constitucional tan infundada como demoleadora. Hacerlo para recuperar lo que debe ser una pieza clave del sistema establecido por la Constitución como lo es en Estados federales clásicos³ y en la misma Unión Europea⁴. A eso dedicaremos estas páginas. La tarea no es sencilla: no tanto por las dificultades intrínsecas del principio sino porque se necesitan ahora muchas explicaciones para desmontar todas las ideas erróneas y complicadas que se han ido extendiendo y que lo han ido erosionando.

Dato fundamental es la correlativa hipertrofia del principio de competencia. Se suele señalar que el ordenamiento estatal y los autonómicos se articulan entre sí conforme a dos principios, el de competencia y el de prevalencia. Pues bien, la postergación del principio de prevalencia ha venido acompañada de la inflación desmesurada del de competencia. No sabría decir qué es causa y qué efecto ¿se ha relegado la prevalencia por haberle dado al principio de competencia una función desorbitada o el principio de competencia se ha visto obligado a ocupar todo lo que previamente se negó

MONTANER, L., “El control de las leyes autonómicas reguladoras de materias cuya regulación básica corresponde al Estado”, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje del Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, III, pp. 1573-1574”; y SOSA WAGNER, F., “Para el debate entre colegas sobre la reconstrucción del Estado Autonómico”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 51 (2015), p. 37. Además de Delgado Barrio, otros Magistrados del TC han criticado en votos particulares el olvido de la prevalencia. Es expresivo y sugerente el de Rodríguez-Zapata a la STC 247/2007.

³ DE OTTO y PARDO, I., dedicó en buena parte su estudio “La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional”, *REDC*, n.º 2 (1981), pp. 57 y ss., a demostrar que no se podía trasladar aquella construcción de muchos Estados federales -no de todos- a nuestro Estado autonómico. Pero todos los presupuestos en los que se basaba han quedado superados y no hay ningún inconveniente, sino todo lo contrario, para que esa clave de bóveda de los Estados federales valga también para nuestro Estado autonómico.

⁴ A este respecto no puede dejar de sorprender la paradoja que entraña que, sin que ningún Tratado lo proclamase, rige con inusitada potencia la primacía del Derecho de la Unión Europea, y que, por el contrario, en España, con expresa consagración constitucional de la prevalencia, haya quedado relegada al ostracismo. Que en el primer caso un Tribunal creativo y consciente de su misión lo construyera y que en el segundo otro Tribunal que contaba con una consagración constitucional lo haya destruido.

a aquélla? ¿qué fue antes, el huevo o la gallina? Lo cierto es que son fenómenos inescindibles, que todo el lugar que ahora no cubre la prevalencia lo ha invadido el principio de competencia o, si se prefiere, que la expansión de éste ha dejado sin espacio a la prevalencia. Así, en la jurisprudencia del TC y en gran parte de la doctrina española se ha tendido a resolver como problemas de competencia todas las situaciones conflictivas que tenían su respuesta natural -y la prevista y querida por la Constitución- en el principio de prevalencia.

No se piense que es irrelevante usar uno u otro principio, que todo funciona igual de bien (o igual de mal) y se llega a lo mismo resolviendo los problemas conforme a la competencia o conforme a la prevalencia. Nada más lejos de la verdad. Todo funciona peor que si cada uno de esos principios cumpliera su función, toda su función, pero sólo su respectiva función.

El enseñoramiento por el principio de competencia de lo que debería ser propio de la prevalencia ha arrastrado oscuridad y la deformación de casi todo. En síntesis, ha llevado a una interpretación obtusa del mismo sistema de distribución de competencias para permitirle, más mal que bien, cumplir funciones que no son las suyas. Así, para paliar los efectos más demoleedores del olvido del principio de prevalencia que se observan a veces, se han hecho en ocasiones interpretaciones muy restrictivas e incomprensibles de las competencias autonómicas; se ha afirmado que muchas leyes estatales (sobre todo, las leyes básicas) delimitan competencias, en vez de afirmar simplemente que son prevalentes; se ha dado contornos imprecisos y, en cualquier caso, demasiado amplios al concepto de bloque de la constitucionalidad; se ha desorbitado el vicio de incompetencia para incluir en él vicios materiales o de contenido (vulneración de las normas prevalentes); etc. Acaso entre las perversiones que causa la sobrecarga del principio de competencia merezca crítica especial el abuso de la noción de títulos competenciales prevalentes: en vez de decir que dos normas, una estatal y otra autonómica, se han dictado dentro de sus respectivos ámbitos de competencias pero que aquélla prevalece sobre ésta, el TC tiende a violentar la idea de que un título competencial prevalece sobre otro y que, consiguientemente, una de las normas se dictó con incompetencia, lo cual, además de resultar en muchos casos retorcido, arroja resultados funestos y contrarios a la Constitución, precisamente contrarios a la prevalencia del Derecho estatal. Y, aun así, todo con enormes dificultades porque, por mucho que se le deforme, el principio de competencia no soporta el peso que se ha depositado sobre él. De otro lado, la relegación del principio de prevalencia ha laminado (ahora más que nunca, como se verá) la posibilidad (deber, en realidad) de inaplicar las normas autonómicas contrarias a las estatales posteriores prevalentes; exactamente al contrario de lo que sucede en la Unión Europea cuyo principio de primacía tiene su corolario en el llamado principio de inaplicación de las normas nacionales (todas, hasta las Cons-

tuciones) contrarias al Derecho de comunitario (todo él, anterior o posterior, incluyendo sus actos no normativos). En su lugar, se han establecido en España mecanismos más rígidos y más torpes apoyados, para más inri, en conceptos inasumibles; en el fondo, incluso, aunque no se utilice literalmente esta expresión, en el de incompetencia sobrevenida, que es un monstruo contra la razón. A todo ello súmese que la estrategia de descargar todo sobre el principio de competencia es especialmente desafortunada en nuestro sistema que, como es notorio y por decirlo benévolutamente, no tiene entre sus puntos fuertes la distribución de competencias⁵.

Así que no hay indiferencia entre competencia y prevalencia. Al contrario. Importa, y mucho, recuperar a ésta, rescatarla del destierro a que ha sido condenada y permitirle, en fin, que cumpla el papel de coprotagonista que le asigna la Constitución y que se le reconoce en los sistemas compuestos. Porque el triste destino de la prevalencia es el triste y oscuro destino de todo el sistema. Sin perjuicio del papel estelar del principio de competencia, que la prevalencia reconquiste su espacio propio contribuirá notablemente a racionalizar y a mejorar el sistema. Incluso estoy persuadido de que ayudaría a que la aplicación del principio de competencia fuese más fácil y comprensible.

Deparar mejor suerte a “la de los tristes destinos” exige una gran labor, desandar mucho de lo andado por caminos equivocados y falsos atajos, destruir elementos incoherentes con el conjunto y construir (o reconstruir contando sólo con vestigios cada vez más soterrados) algunas piezas. Pero aquí no podrá acometerse por completo esa tarea hercúlea. Me conformo con intentar demostrar que es necesaria y posible y aspiro sólo, como máximo, a ofrecer algunas de las piezas con las que jugar para esa construcción.

II. ¿POR QUÉ DAR PREVALENCIA AL DERECHO ESTATAL?

Si aceptamos -como hay que aceptar porque es un hecho incontrovertible- que la distribución de competencias no puede impedir del todo los solapamientos o superposiciones y que, desde luego, el sistema español los posibilita ampliamente⁶, hay

⁵ Expresivamente MUÑOZ MACHADO, S., *Informe...*, cit., pp. 99 y ss., intitula su estudio del sistema de distribución competencial bajo el rubro “El inextricable universo de las competencias”.

⁶ El supuesto de norma estatal y autonómica en oposición y ambas dictadas dentro de los respectivos ámbitos de competencias, en contra de lo que pareció entender Kelsen, no sólo no es imposible sino que es inevitable y hasta ordinario y frecuente. Lo es, desde luego, en nuestro sistema. Pero lo es también en cualquier otro porque las competencias, por muy bien delimitadas que estén, se entrecruzan, se interfieren, se solapan, se superponen... hasta ofrecer numerosas intersecciones. Desde luego eso se produce en caso de

que establecer alguna regla complementaria que resuelva los conflictos consecuentes. Teóricamente son posibles muchas soluciones, incluso algunas que prescindan de las cualidades de los sujetos y atiendan sólo al contenido (por ejemplo, lo especial prevalece sobre lo general). Pero lo común es establecer un criterio en función de la cualidad de los entes a los que corresponde cada ordenamiento. O sea, en nuestro caso, resolver en favor del ente más amplio que abraza a los otros o en favor de éstos. También esto último sería posible y, de hecho, se dio en momentos lejanos.

¿Por qué resolverlos en favor del Derecho estatal? La respuesta elemental a esta pregunta está en la Constitución: hay que dar prevalencia al Derecho estatal sobre los autonómicos porque lo dice la Constitución en su art. 149.3. Se podrá discutir su ámbito, su alcance... pero no la prevalencia misma. Respuesta elemental, pero nada superflua y suficiente. Respuesta que, si se está de acuerdo en el valor de la Constitución, debería bastar, por lo pronto, para desterrar algunas objeciones doctrinales, aunque invoquen el reverenciado nombre de Kelsen que, en una de sus ocurrencias menos lúcidas, creyó que la prevalencia del Derecho federal era incompatible con el respeto al sistema constitucional de distribución de competencias y que éste, respaldado por un Tribunal Constitucional, era suficiente para resolver todas las controversias⁷. Ya veremos que de ninguna forma es así. Ahora sólo hay que decir que si la misma Constitución proclama esta prevalencia es que nuestra Constitución no sólo no asume sino que repudia esa tesis kelseniana de que todo puede y debe resolverse exclusivamente conforme al principio de competencia. No sé lo que deba ocurrir en Austria donde, por influencia de Kelsen, su Constitución de 1920 no recogió la prevalencia. Pero el art. 149.3 CE sienta una premisa distinta e incuestionable. Lo cierto, sin embargo, es que en nuestro TC parece revivir el espíritu de Kelsen, no sólo por prescindir del principio de prevalencia, sino por hacerlo merced a una desorbitada aplicación del de competencia⁸.

competencias compartidas y concurrentes sobre una misma materia. Pero se produce también indefectible e ineludiblemente entre competencias exclusivas sobre distintas materias. Es más, se produce también entre normas dictadas en materias compartidas y normas dictadas en materias exclusivas; por ejemplo, entre una norma estatal sobre medio ambiente (materia compartida) y una norma autonómica sobre urbanismo (materia de exclusiva competencia autonómica).

⁷ Sobre esta construcción kelseniana y sus continuadores (Imboden y más tímidamente algunos autores alemanes), vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Iustel, 2ª ed., 2007, I, pp. 519 a 525, así como DE OTTO y PARDO, I., "La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional", cit., pp. 59 a 62, que en parte la hace suya.

⁸ Es lo que afirma precisamente MUÑOZ MACHADO, S., *Informe...*, p. 136: "El modelo austriaco kelseniano ha sido utilizado preferentemente por nuestra jurisprudencia constitucional, lo que ha conducido a minimizar el valor de la cláusula de prevalencia y a configurar como conflictos de competencias todos los supuestos en los que la legislación autonómica contradice lo establecido en la ley estatal".

Pero si buscamos algún fundamento más a la prevalencia, algo más profundo que su pura consagración en la CE, digamos que está en la unidad de España (art. 2 CE)⁹ y en su soberanía; en que el todo es superior a las partes, en que el interés del todo es superior al de las partes, en que lo que deciden todos es superior a lo que deciden sólo algunos, lo que, a su vez, es exigencia del un sistema democrático. Porque la prevalencia del Derecho estatal en un sistema democrático no supone imposición de una decisión ajena sino de la tomada por los mismos ciudadanos con más ciudadanos. Es, al mismo tiempo, una exigencia funcional indeclinable: “En toda organización la estructura o sistema general es prevalente sobre la de todos y cada uno de los subsistemas que en su seno incluye. No es una cuestión dogmática o ideológica, sino una necesidad funcional en tanto la organización general subsista”, una pieza imprescindible para la “unidad global del sistema y su cohesión última...”, para “asegurar la integración final del sistema en un orden final único”¹⁰.

III. PREVALENCIA Y SUPERIORIDAD

Cabría decir también que la prevalencia se fundamenta en la superioridad del Derecho estatal sobre los autonómicos. El ordenamiento estatal y los autonómicos no forman “pirámides normativas paralelas ... situadas en nivel de igualdad”, sino que aquél está “en un nivel superior”; “no es siquiera un *primus inter pares*” sino que “se encuentra en una posición de supremacía natural ... en la medida en que aquél expresa la soberanía indivisible del pueblo español” y es el “armazón unitario que permite que los subsistemas autónomos existan como tales”¹¹. Superioridad no jerárquica, puesto que no hay propiamente tal jerarquía entre dos ordenamientos¹², pero superioridad a fin de cuentas: “viene a cumplir una función semejante a la que el principio de jerarquía

⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de...*, cit., I, pp. 240-241 y 247 a 249. Vid. también en similar dirección TEJEDOR BIELSA, J. C., *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el Estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Civitas, 2000, pp. 206 y ss.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, I, 16ª ed., 2013, pp. 388-389.

¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 328-329.

¹² Así se afirma normalmente. Vid COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 25ª ed, 2014, pp. 53-54 y 118: “no juega el principio de jerarquía entre normas de distinto ordenamiento”. Y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit., I, p. 387, de acuerdo con ese postulado, niegan que la prevalencia del Derecho estatal le convierta es superior jerárquico del autonómico. Así mismo, por ejemplo, RUÍZ LÓPEZ, M. A., “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal...”, p. 150, niega la jerarquía entre normas estatales y autonómicas.

Pero no parece que sea un dogma aceptado pacíficamente en todos sitios. Por ejemplo, en Estados Unidos no se repudia la idea de una superioridad jerárquica de las normas de la federación sobre la de los

juega dentro de cada sistema o subsistema”¹³. En realidad, me parece, sin embargo, que no es tanto que la prevalencia del Derecho estatal se sustente en su superioridad como que pone de manifiesto esa superioridad; que bien podría afirmarse como un principio en sí mismo la superioridad del Derecho estatal sobre los autonómicos, principio que tendría como efecto, entre otros, el de su prevalencia. De hecho, eso es lo que luce realmente en el art. VI, apartado 2, de la Constitución de los Estados Unidos, donde se afirma que las leyes de la federación “serán la Ley *Suprema* del país”. Sucede, empero, que entre nosotros no se utiliza normalmente ese término de superioridad, sino sólo el de prevalencia que, por ello, tiene en el fondo dos significados: superioridad y prevalencia propiamente dicha.

Tras lo dicho, casi huelga advertir que sólo hay prevalencia del Derecho estatal sobre los autonómicos, nunca a la inversa. Es eso lo que está proclamado en el art. 149.3 CE, lo que tiene fundamento y lo único que tiene sentido. Por el contrario, no hay en ningún caso prevalencia de los Derechos autonómicos: incluso en los casos en que la legislación autonómica sí que es capaz de desplazar a ciertas normas estatales (casos de normas estatales supletorias respecto a las autonómicas) ello se debe y se explica sólo por el principio de competencia, jamás por el de prevalencia, aunque alguna vez se haya defendido para dar así a éste un aspecto de simetría y equilibrio que es absurdo.

IV. COMPETENCIA Y PREVALENCIA

En contra de la tesis de origen kelseniano según la cual el principio de la prevalencia afecta a las competencias y mina o hasta dinamita la distribución establecida en la Constitución (o en el bloque de la constitucionalidad), importa destacar que de ninguna forma es así, que competencia y prevalencia tienen ámbitos y funciones diferentes. La idea puede descomponerse en otras tres para no dejar espacio alguno a equívocos. Veámoslas.

4.1. El principio de prevalencia no decide la competencia

La regla de la prevalencia no sirve jamás y de ninguna forma para delimitar las

Estados y, a fin de cuentas, el art. VI.2 de su Constitución califica a la ley federal de “Ley Suprema”. Vid. GARCÍA LUENGO, J., “El desplazamiento de la normativa autonómica por la legislación estatal básica”, en *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, I, p. 205. Y MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades...*, cit., p. 592, no tiene empacho en afirmar que la prevalencia supone un “plusvalor” que entraña “la efectiva *jerarquización* de unos contenidos normativos sobre otros, de manera que no puedan resistir los *inferiores* el contraste...”. En suma, las normas autonómicas como “inferiores” jerárquicas de las estatales.

¹³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...*, cit., p. 329.

competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Esto hay que resolverlo en virtud de otras reglas. Esta idea se suele expresar afirmando que el principio de prevalencia no es una regla sobre distribución de competencias¹⁴ sino una regla para resolver conflictos entre normas¹⁵. No excluye ni reduce las competencias autonómicas ni aumenta de ninguna forma las estatales. Ni siquiera es una regla que sirva para delimitar competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en casos dudosos o de superposición de títulos competenciales ni entraña una presunción provisional en favor de la estatal en tanto se dirima la competencia¹⁶. O sea, que cuando un mismo aspecto pueda estar comprendido en un ámbito de competencia estatal y en otro de competencia autonómica, la prevalencia no sirve para decantarse por aquélla¹⁷.

¹⁴ No obstante, algunos autores sí le han dado ese significado. Vid. PAREJO ALFONSO, L., *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, CEC, Madrid, 1981, pp. 110 y 113, y BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 237 y ss.

¹⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, I, cit., p. 381; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, I, p. 541; TEJEDOR BIELSA, J. C., *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento...*, cit., pp. 90 y ss.; DE OTTO Y PARDO, I., “La prevalencia del Derecho estatal...”, cit., pp. 68 a 70. La idea es certera, aunque incompleta porque la prevalencia no es sólo una regla de conflicto de normas, como se verá.

Por el contrario el principio de competencia no resuelve conflictos entre normas: no es ésa su función primigenia. Sirve para enjuiciar una sola norma, estatal o autonómica, en directa relación con la distribución de competencias. Así, aunque una norma estatal no entre en contradicción con ninguna norma autonómica, será inconstitucional y nula si no puede invocar una competencia del Estado. Y a la inversa: una norma autonómica será inconstitucional y nula aunque no contradiga ninguna norma estatal si, pese a ello, ha invadido las competencias del Estado. Así, una Ley autonómica de turismo no puede regular ningún contrato de servicios turísticos aunque cubra una laguna del Derecho estatal y, por tanto, no lo contradiga de ninguna forma, o aunque se limite a reproducir una norma estatal: incurrirá en incompetencia. Cosa distinta, es que existiendo ya dos normas, una estatal y otra autonómica, en contradicción resuelva el problema determinando que una de ellas está viciada de incompetencia y consecuentemente es nula. Pero, incluso así, lo que resuelve es el ajuste de cada una de esas normas con la distribución de competencias, no el ajuste de esas normas entre sí. Y si la contradicción entre dos normas se resuelve así, para nada hace falta acudir al principio de prevalencia.

¹⁶ No creo que la prevalencia del Derecho estatal sirva para, entretanto se resuelve sobre dos normas en conflicto, aplicar la norma estatal de manera provisional, aunque esa opinión está extendida. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, cit., I, p. 528. Si acaso es así cuando la norma estatal sea posterior. Pero en caso contrario, más bien creo que la presunción de constitucionalidad de la norma autonómica posterior debe llevar a entender que es compatible con el Derecho estatal anterior y, por ende, a su aplicación. Para que sea de otra forma habrá que suspender la norma autonómica y para ello tiene el Estado la vía privilegiada del art. 161.2 CE. En ese sentido, COSCULLUELA MONTANER, L., “El control...”, cit., p. 1749.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, I, cit., p. 386, afirman expresamente que la prevalencia “tampoco (permite) sostener un principio interpretativo que postule una interpretación favorable en favor de la titularidad estatal (como... hizo... con torpeza el republicado Tribunal de Garantías)”.

4.2. No hay prevalencia sin competencia

La prevalencia del Derecho estatal sólo es de aplicación tras el principio de competencia, o sea, cuando éste no sea suficiente para resolver la situación. Dicho de otra forma, el principio de prevalencia sólo es de aplicación cuando el Estado y la Comunidad Autónoma permanezcan dentro del ámbito de sus respectivas competencias¹⁸. Por tanto, el principio de prevalencia no es de aplicación:

- a) si la norma estatal de que se trate ha desbordado las competencias del Estado: en tal caso, no sólo no prevalecerá sobre el Derecho autonómico sino que será inconstitucional y nula (salvo en los casos, muy reducidos, en los que pueda subsistir con valor meramente supletorio; en cualquier caso, por tanto, sin prevalencia de ningún género). Como dice Muñoz Machado, “sin competencia, no hay prevalencia”¹⁹.

Puede que en algunos casos haya que decantarse por la competencia estatal, pero nunca en virtud del principio de prevalencia. Podrá basarse en el simple dato de que lo que puede corresponder a las Comunidades Autónomas es sólo lo no atribuido al Estado por la misma Constitución (según dice el primer inciso del art. 149.3 CE). Siendo así, lo que quede comprendido en alguno de los 32 apartados del art. 149.1 CE y aparentemente en alguna de las materias que un Estatuto atribuye a su respectiva Comunidad, es que realmente no está ni puede estar incluido en éstas. Por ejemplo, toda la legislación mercantil es del Estado (art. 149.1.6ª CE) y toda la defensa de los consumidores es exclusiva de las Comunidades Autónomas; ahora bien, si una posible regulación es al mismo tiempo de la materia “legislación mercantil” y de la materia “defensa de los consumidores”, es obligado concluir que, a efectos de la delimitación de materias en que se basa la distribución de competencias, entra en aquélla materia y no en ésta de modo que, consiguientemente, será competencia del Estado y no de ninguna Comunidad. Y lo mismo si ese aspecto de la defensa de los consumidores entra en la materia “pesas y medidas” (art. 149.1.12ª), “comercio de armas” (art. 149.1.26ª), etc. O sea, que en las zonas de intersección de dos materias, hay que priorizar las enunciadas en el art. 149.1 CE frente a las inventadas por los Estatutos. Pero ello por una aplicación elemental de la primera afirmación del art. 149.3 CE que nada tiene que ver el principio o regla de prevalencia. Con todo, tal vez no sea ocioso aclarar que seguramente no quepa priorizar las competencias del Estado frente a las de las Comunidades Autónomas cuando aquéllas no deriven del art. 149.1 CE sino de su expreso reconocimiento estatutario o de la cláusula residual de segundo grado que también contiene el art. 149.3 CE o incluso cuando las competencias autonómicas tengan apoyo explícito en el art. 148.1 CE. Sea como fuere, todo eso es problema de distribución de competencias y nada dice a este respecto el principio de prevalencia.

¹⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, cit., I, pp. 525-526. LEGUINA VILLA, J., “Notas sobre los principios de competencia y prevalencia en la legislación compartida”, *REAL-LA*, n.º 258 (1993), p. 233, lo expresaba así: “... la prevalencia del Derecho estatal no... juega en contra del principio de competencia sino sólo en su defecto”. Igualmente FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 2014, I, p. 380; y en *La contribución...*, cit., p. 428, explica: “la prevalencia de la norma estatal sobre la autonómica presupone que ambas normas actúan en su propia esfera de competencia, de manera que si una de ellas es ineficaz e inválida -siempre por razón de la competencia asignada al ente de la que procede- no habrá colisión que deba ser resuelta dando un valor superior a la norma estatal. En tales casos, antes bien, la regla de la primacía del Derecho estatal ha de quedar marginada, debiéndose acudir al criterio de la competencia para encontrar la solución a la aparente colisión...”.

¹⁹ Asimismo, COSCULLUELA MONTANER, L., “El control...”, cit., p. 1755. Esto, por cierto,

- b) si la norma autonómica se ha dictado desbordando la competencia de la respectiva Comunidad Autónoma e invadiendo competencias estatales. En tal supuesto, no hará falta invocar el principio de prevalencia, lo que será por completo improcedente: será sólo el principio de competencia el que resolverá el problema y el que llevará a la nulidad de la norma autonómica. O sea, que también a este respecto puede decirse que sin competencia no hay prevalencia: sin competencia autonómica no hay prevalencia estatal sino nulidad de la norma autonómica por incompetencia.

Queda claro, por tanto, que el principio de prevalencia sólo despliega sus efectos tras aplicar y agotar todas las posibilidades del principio de competencia. En ese sentido, acierta el TC. Su error está, según creo, en haber llevado el principio de competencia más allá de su ámbito y no dejar función alguna al de prevalencia. Y queda claro, asimismo, que caen por tierra todas las objeciones alzadas contra el principio de prevalencia como devastador de la Constitución y de su delimitación de competencias. Nada de eso: es complementario del principio de competencia y sólo juega tras él allá donde éste no alcanza a resolver los problemas.

4.2. Las normas estatales prevalentes no reducen las competencias autonómicas y su vulneración no entraña vicio de incompetencia

No sólo es que el principio de prevalencia no afecte de ninguna manera a las competencias autonómicas. Tampoco el hecho de que el Estado apruebe normas que, precisamente en virtud de este principio, se imponen a la legislación de las Comunidades Autónomas excluye ni reduce la competencia de éstas. Por ello, tampoco comporta nunca un vicio de incompetencia²⁰; esto es, la norma autonómica que contradiga una norma estatal prevalente no incurre en incompetencia sino en otro vicio.

desbarata buena parte de las objeciones de DE OTTO y PARDO, I., "La prevalencia...", que en pp. 72 y ss. se basaba en la validez ilimitada del Derecho estatal gracias a su supletoriedad para poner de relieve una supuesta diferencia esencial entre nuestro Estado autonómico y los federales y la imposibilidad de acoger en aquél la prevalencia.

²⁰ Ello salvo que se quiera convertir cualquier ilicitud en vicio de competencia y hagamos de éste un concepto omnicompreensivo. Forzando las cosas, quien hace algo contrario a Derecho incurre en incompetencia porque, a fin de cuentas, si algo le está prohibido cabrá decir que no es competente para hacerlo. Por esa vía podría decirse que si el Consejo de Ministros viola un derecho fundamental incurre en incompetencia; incluso que no es competente para modificar las Constitución. A ello se ha tendido a veces. Lo apuntan certeramente GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, I, p, 684: es "necesario acudir a él (al vicio de incompetencia) cuando la realidad ofrece irregularidades que el ordenamiento no ha llegado a aislar como vicios independientes". De hecho, la historia del contencioso-administrativo conoce epi-

Nadie dice que las competencias autonómicas queden reducidas por el hecho de que deban respetar los preceptos materiales de la Constitución y que, en consecuencia, no puedan vulnerar los derechos fundamentales o establecer discriminaciones entre los españoles o alzar obstáculos a la libre circulación... Con razón, nadie ve en ello una reducción de las competencias autonómicas sino un límite material a su ejercicio: tiene competencias en materia de urbanismo o de comercio o lo que sea, pero no puede ejercerlas de cualquier forma, no puede dar a sus normas cualquier contenido. Y claro está que eso no supone reducción alguna de tales competencias.

Pues lo mismo sucede con las normas estatales que, precisamente por el principio de prevalencia (o de superioridad) del Derecho estatal se imponen a las Comunidades Autónomas: sólo entrañan límites materiales al ejercicio de las competencias autonómicas; no exclusión o reducción de tales competencias que permanecen incólumes. Son canon de constitucionalidad y por ello su vulneración determinará una inconstitucionalidad indirecta o mediata, pero no por incompetencia. Cada Comunidad Autónoma y sólo ella seguirá ostentando la competencia que tenga atribuida en virtud del bloque de la constitucionalidad; en su caso, ostentará y seguirá ostentando una competencia exclusiva. Lo que sucederá es que no podrá ejercerla en cualquier sentido ni dando a sus normas y actos cualquier contenido: tendrá un límite material. Si lo vulnera, no estará incurriendo en incompetencia, sino ejerciendo ilícitamente su competencia. El resultado (es decir, la norma o el acto que apruebe) estará viciado, será antijurídico, pero no por incompetencia sino por un vicio material, por ejercicio ilícito de su competencia. Habrá, según suele decirse, una inconstitucionalidad mediata o indirecta, pero no por incompetencia²¹. No diríamos, por ejemplo, que incurre en incompetencia el Ayuntamiento que aprobara una ordenanza sobre recogida de basura que contradijera una ley sobre residuos: el Ayuntamiento es y sigue siendo competente para regular ese servicio municipal; por tanto, la ordenanza no estaría viciada de incompetencia; el vicio estará en la vulneración de un límite material. Pues lo mismo hay que decir cuando se trata de normas autonómicas que simplemente contradigan normas estatales prevalentes.

sodios de este género cuando en determinados recursos no podían invocarse todos los vicios y sí los de incompetencia. Pero en general supone una forma burda de afrontar los problemas, un engorro, una distorsión y un ataque a la lógica. Y no está de ninguna forma justificado para el problema que nos ocupa porque sí hay medios de combatir esos otros vicios.

²¹ Precisamente porque se trata de un vicio material, de una inconstitucionalidad material, aunque indirecta o mediata, está también justificado afirmar que las normas autonómicas deben ser objeto de una interpretación conforme a la legislación estatal prevalente, al modo en que se impone una interpretación conforme a la Constitución. Cuando sea posible una interpretación de la norma autonómica que la compatibilice con la norma estatal, a ella debe estarse. El principio de prevalencia incluye también un principio de "interpretación conforme", esto es, un mandato de interpretar el Derecho autonómico para, en lo posible, hacerlo conforme al estatal y evitar su invalidez o su pura inaplicación.

Todo esto parece obvio en los casos de materias de la competencia exclusiva de una Comunidad Autónoma pero afectadas tangencialmente por las normas dictadas por el Estado en virtud de sus competencias sobre otras materias: así, el hecho de que una Comunidad no pueda aprobar normas sobre turismo que vulneren lo establecido por el Estado sobre procedimiento administrativo común no significa que se reduzca la competencia autonómica sobre turismo; y si en efecto dicta una norma sobre turismo que vulnere una norma estatal sobre procedimiento administrativo común es absurdo decir que esté invadiendo las competencias estatales sobre procedimiento administrativo común: estará ejerciendo sus competencias pero con contenido ilícito. Pero es también cierto en cualquier supuesto de compartición de materias. En especial, es cierto en el caso en que al Estado correspondan las bases y a la Comunidad Autónoma el resto: si ésta aprueba una norma en esa materia (v. gr. medio ambiente) que contradice las bases estatales sobre esa misma materia es contra toda razón decir que está invadiendo la competencia estatal sobre las bases: con toda evidencia estará actuando contra las bases, no ejerciendo la competencia para establecer las bases²². Y lo mismo hay que decir si vulnera una norma del Estado dictada en virtud de las competencias de éste sobre coordinación: decir ante tal vulneración que la Comunidad está asumiendo las competencias estatales de coordinación será una sandez. Y si el Estado aprobara una ley de armonización, afirmar que la norma autonómica que no la respetase está invadiendo las competencias estatales de armonización sería un despropósito que no resiste un análisis serio. Ciertamente es que el TC afirma lo contrario²³ y que lo mismo se desliza incluso entre la doctrina más rigurosa²⁴. Pero hay que erradicar esa idea errónea que es el germen de otros muchos errores, que hipertrofia el principio de competencia, genera confusión y, a la postre, consecuencias funestas. En todos estos casos la relación entre las normas estatales (sean básicas o de coordinación o de cualquiera de las modalidades del art. 150 CE, o incluso leyes orgánicas o hasta tratados interna-

²² Parece una perogrullada o alternativamente un sofisma, pero no lo es: por la naturaleza de las cosas, ninguna Comunidad Autónoma invade las competencias estatales sobre las bases porque no aprueba ninguna norma que presente como bases ni que pretenda ser de aplicación en toda España ni fijar el mínimo común uniforme o algo por el estilo. Por tanto, obviamente, no invade la competencia estatal sobre bases ni incurre en incompetencia. Lo que las Comunidades Autónomas pueden hacer es contradecir las bases en cuyo caso su norma estará viciada por esa contradicción material, no por incompetencia, y será el principio de prevalencia el que determinará su inconstitucionalidad.

²³ El TC ha tendido a ver en estos casos de contradicción de norma autonómica con las bases un supuesto de incompetencia (así, ya con claridad al menos en SSTC 60, 61 y 62/1993, de 18 de febrero).

²⁴ Ejemplo, entre otros, ofrece GARCÍA LUENGO, J., "El desplazamiento...", que afirma en p. 199 que "la normativa autonómica debe respetar el contenido de la normativa básica porque alterarlo sería tanto como invadir el campo de lo básico y quebrar la distribución competencial...". Ciertamente lo primero, pero no lo segundo, aunque lo expresa en términos ("sería tanto como...") que demuestran que realmente no es así, que se trata de una asimilación. Pero no procede esa asimilación.

cionales suscritos por el Estado) y las normas autonómicas no se pueden explicar en virtud del principio de competencia ni dan lugar a vicio de incompetencia; no es que la Comunidad ejerza una competencia que no es suya, que invada las competencias del Estado, sino que ejerce ilícitamente *su* competencia sin salirse de ella.

Por lo mismo, hay que desterrar la idea de que las normas estatales contribuyen de alguna forma a delimitarlas competencias, lo que sobre todo se ha afirmado -y lo que sobre todo importa negar- de las leyes básicas²⁵. Paralelamente se puede y debe depurar y reducir el concepto de bloque de la constitucionalidad²⁶. Asimismo se debe negar que la aprobación de una norma estatal prevalente produzca la preclusión o cierre de un espacio antes abierto a la competencia autonómica²⁷. Prueba irrefutable de

²⁵ Importa aclarar que las normas básicas ni delimitan las competencias ni contribuyen a delimitarlas más concretamente. El TC entiende lo contrario. Sobre esta jurisprudencia vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución...*, pp. 48 y ss. Pero es una idea equivocada. Las normas básicas -como tampoco las normas estatales "plenas" ni las de armonización- no alteran un ápice la competencia estatal ni las autonómicas ni las deslindan. Ciertamente que son canon de constitucionalidad de las normas autonómicas, pero no porque fijen el contorno exacto del ámbito material de las competencias autonómicas sino porque, dejando éste intacto, condicionan el posible sentido de las competencias autonómicas; o sea, no afectan a la posibilidad autonómica de dictar normas sino a la libertad para dar contenido a esas normas. Y, por supuesto, las leyes básicas no establecen límites sólo para la correspondiente legislación de desarrollo sino para toda la legislación autonómica en cualquier materia; por ejemplo, la LRBRL impone límites a la legislación urbanística, ambiental o cualquier otra autonómica. Pero, insistamos, no porque delimite competencias sino porque enmarca el posible contenido de las normas que aprueben las Comunidades en el ejercicio de sus competencias. No es cuestión del principio de competencia sino de la prevalencia del Derecho estatal, de todo el Derecho estatal (salvo el supletorio). El TC coloca equivocadamente todos estos problemas en el terreno de la competencia, y así ha podido ir tirando sin invocar el principio de prevalencia, como explica el mismo FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución...*, p. 433. Forzoso es reconocer que el error del TC ha inducido a otros y que ya no es extraño en la doctrina afirmar que las bases delimitan o, al menos, concretan la delimitación de competencias.

²⁶ En realidad, afirmar si las leyes básicas u otras forman parte del bloque de la constitucionalidad es un problema terminológico y menor. Depende del concepto que se acoja de bloque de la constitucionalidad. Si éste se identifica, como de ordinario se hace, sólo con las normas que atribuyen y delimitan las competencias, entonces las leyes básicas no deben incluirse en el bloque de la constitucionalidad. Si se identifica con todas las normas que el art. 28.1 LOTC permite considerar canon de constitucionalidad, entonces sí entran en ese concepto. Y es que acertadamente el art. 28.1 LOTC se refiere a dos tipos de normas que, además de la Constitución, son canon de constitucionalidad: las dictadas "para delimitar las competencias del Estado y de las diferentes Comunidades Autónomas" y aquellas otras dictadas "para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas". Sólo en este segundo grupo pueden entrar las leyes básicas, las leyes de armonización y otras muchas normas estatales. Las del primer grupo son necesarias para aplicar el principio de competencia; las del segundo para aplicar el de prevalencia.

²⁷ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, Iustel, Madrid, II, 2006, p. 271; y en p. 273 añade: "aunque norma de conflicto (y no de competencia) tiene un efecto final propio de las reglas de competencia, ya que permite a un legislador (el estatal) ocupar un espacio normativo determinado, impidiendo en lo sucesivo a otro (el autonómico) la aprobación válida de normas,

que no se produce tal preclusión es que, tras la nueva norma estatal prevalente, la Comunidad podrá ahora (o incluso deberá) dictar nuevas normas compatibles con la estatal²⁸. Así que la prevalencia, ni siquiera indirectamente, produce efectos sobre el sistema de distribución de competencias.

En suma, por todas las vías queda claro que ni el principio de prevalencia, en sí mismo, ni el hecho de que el Estado apruebe concretas normas prevalentes, afecta ni reduce un ápice a las competencias autonómicas, *quod erat demonstrandum*.

Pero queda también demostrado, y es tan o más importante que lo anterior, que la contradicción entre norma estatal y autonómica puede producirse con frecuencia permaneciendo ambas dentro de sus respectivas competencias y que, entonces, lo que debe aplicarse es el principio de prevalencia, no forzar y deformar todo para, contra viento y marea, aplicar también entonces un principio de competencia deforme.

lo que es equivalente exactamente a una redistribución parcial de las competencias que privara a este último legislador de las que antes tenía”. Sobre esta preclusión, en abstracto, COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual...*, p. 53, explica que “determina que una materia puede ser regulada por más de un ordenamiento, pero la regulación por uno de ellos excluye la posibilidad de que se regule por el otro que por lo general sólo podía hacerlo en tanto que el primer ordenamiento no lo hiciera”. Esa preclusión está prevista en el art. 72 de la Ley Fundamental de Bonn: “En el ámbito de la legislación concurrente, los Länder tienen la facultad de legislar mientras y en la medida que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa”. Pero, además de que eso sólo está establecido para los casos de legislación concurrente que tienen en Alemania un régimen distinto y que no es extensible a los demás en los que también prevalece el Derecho federal, no es normalmente lo que sucede en España ni en los supuestos de leyes básicas ni de coordinación ni de armonización... Mucho menos en otros en los que la norma dictada por el Estado en una materia prevalece sobre la de una Comunidad Autónoma en otra materia, incluso de la exclusiva competencia de ésta. Ese cierre o preclusión sólo se producirá excepcionalmente en el caso en el que la norma estatal, por su contenido concreto, impida toda norma autonómica. Así, cuando el Estado, de conformidad con el art. 149.1.13ª CE, proclamó la más absoluta libertad de horarios comerciales, produjo esa preclusión pese a que tal aspecto estaba en principio comprendido en las competencias autonómicas sobre comercio interior. Pero este efecto sólo será ocasional y admisible muy excepcionalmente.

²⁸ Precisamente sobre estas ideas debe construirse el tratamiento a las normas autonómicas que repiten normas estatales, cuestión sobre la que sigue siendo capital LÓPEZ BENÍTEZ, M., “¿Interdicción de las *leges repetitae*? (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de marzo)”, *RAAP*, nº 6 (1991), pp. 131 y ss. En virtud del principio de competencia, debe entenderse prohibida esta posibilidad: por ir al caso más extremo, se comprende que la Comunidad Autónoma no puede incluir en sus normas un precepto penal ni siquiera aunque sea la fidedigna reproducción de algún artículo del Código Penal porque, con independencia de ello, estaría invadiendo competencias estatales. Pero el principio de prevalencia no prohíbe esta reproducción; así, por ejemplo, siendo el comercio competencia exclusiva de una Comunidad Autónoma, nada impide que reproduzca una norma estatal sobre horarios comerciales dictada de conformidad con el art. 149.1.13ª CE.

V. LA PREVALENCIA COMO REGLA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS Y COMO LÍMITE MATERIAL AL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS AUTÓNOMICAS

Ya se ha dicho que es común afirmar que la prevalencia es una regla de resolución de conflictos entre normas. Es cierto y nos ha servido para descartar que afecte a la distribución de competencias. Pero con eso no se agota la virtualidad del principio ni se capta su esencia ni toda su potencia. Si eso fuese todo, la prevalencia sólo decidiría sobre la aplicabilidad de las normas ya producidas válidamente y que seguirían siendo válidas. Pero no es así o, por lo menos, no es así siempre y sólo así. La verdad, por el contrario, es que la prevalencia es esencialmente otra cosa y, por derivación, sirve en ocasiones para resolver conflictos entre normas. De hecho, la prevalencia ha de ser ya tenida en cuenta y despliega sus efectos antes de que existan dos normas en conflicto.

La prevalencia supone, ante todo, que si una Comunidad Autónoma pretende aprobar una norma sobre régimen local o urbanismo o universidades o cualquier otra materia en que tenga competencias debe hacerlo respetando el Derecho estatal previo y prevalente que exista en ese momento. Si no lo hace así, o sea, si aprueba una norma que no respeta el Derecho estatal preexistente y prevalente, la norma autonómica será ilícita, antijurídica, tendrá un vicio; no un vicio de incompetencia, como ya hemos explicado, pero sí un vicio material por su contenido, por haber ejercido su competencia sin respetar las normas a las que estaba sometida, por vulnerar aquéllas que limitan o disciplinan -las que “regulan o armonizan el ejercicio”, por decirlo en los términos del art. 28.1 LOTC- el ejercicio de su competencia. Háblese de inconstitucionalidad indirecta o mediata o no; de nulidad o no. Esto último lo abordaremos luego. Lo que en este momento hay que subrayar es que la prevalencia juega también aquí, y juega decisivamente, incluso antes de que existan dos normas en conflicto; y cuando ya existan, si la autonómica vulnera la estatal previa, no juega para resolver cuál es de aplicación preferente sino para determinar que una de ellas es ilícita e inválida. Claro está que nada de esto se da cuando estamos realmente ante puras reglas de resolución de conflictos normativos²⁹.

²⁹ Por ejemplo, son impensables estos efectos para las reglas de resolución de concursos opositivos de normas que contiene el art. 8 CPen o para las muchas de Derecho Internacional privado o para las del Derecho interregional civil... Igualmente la regla de resolución de conflicto establecida por el TC según la cual, cuando dos normas prevean para el mismo supuesto pena y sanción administrativa y no puedan acumularse, se ha de aplicar siempre aquélla: esta regla no produce nunca la invalidez de la norma administrativa sancionadora, aunque esté condenada a su inaplicabilidad perpetua. Y, desde luego, nadie comete una ilicitud por aprobar una de esas normas sancionadoras administrativas en las que todo lo subsumible

¿Qué es, pues, en esencia, la prevalencia del Derecho estatal? Es, antes que nada, un límite material al ejercicio de las competencias autonómicas: impone un límite al ejercicio de todas las potestades y competencias autonómicas, límite en cuya virtud en la misma elaboración de sus normas y decisiones la Comunidad debe tener en cuenta el Derecho estatal prevalente; un límite de acuerdo con el cual ni siquiera debe aprobarse la norma autonómica contraria a la estatal. Después, porque es un límite y como consecuencia de ello, juega alternativamente, según los casos, como causa de invalidez o de mera inaplicación -general o singular- de las normas autonómicas incompatibles con el Derecho estatal prevalente. Sólo en este último caso funciona como norma de resolución de conflictos entre normas, función que, como ya se ve meridianamente, no es la suya primigenia ni expresa o capta su sustancia.

Igual que no decimos que la jerarquía normativa sea una regla de resolución de conflictos entre Leyes y Decretos o entre éstos y las Órdenes Ministeriales -aunque a la postre eventualmente pueda coadyuvar a resolver las oposiciones entre esas normas de distinto rango- tampoco la prevalencia del Derecho estatal debe ser vista exclusiva ni aun prioritariamente como regla de resolución de conflictos internormativos. Más que ello es un límite sustantivo o material al ejercicio de las competencias que opera antes de que se ejerzan.

Lo que aquí en el fondo luce es la prevalencia como superioridad del Derecho estatal sobre los autonómicos, conforme a lo que antes explicamos. La prevalencia como mera regla de resolución de conflictos normativos es más bien una concreción de la prevalencia como superioridad.

En cualquier caso, se explique de un modo u otro, la prevalencia del Derecho estatal comporta primordialmente un límite material al ejercicio de las competencias autonómicas. Es también, pero secundariamente, criterio de resolución de conflictos de normas.

en ellas ya lo es en alguna norma penal. Lo mismo puede decirse de las demás reglas que sean sólo resolutorias de conflictos de normas. Pero la prevalencia del Derecho estatal sí es capaz de determinar la nulidad de la norma autonómica que se oponga a una estatal previa y prevalente. Y la autoridad autonómica que aprueba normas contrarias a las estatales prevalente previas sí que comete una indudable ilicitud. Es más, si se dieran los demás requisitos para ello, podría incluso incurrir en delito; así, la autoridad administrativa autonómica que con plena conciencia de ello dicte una resolución (apruebe una norma) manifiestamente contraria al Derecho estatal prevalente podría estar cometiendo un delito de prevaricación.

VI. ¿QUÉ NORMAS ESTATALES PREVALECEAN SOBRE QUÉ NORMAS AUTONÓMICAS?

Toda norma del Estado aprobada en el ejercicio de sus competencias prevalece sobre cualquier norma de las Comunidades Autónomas que éstas pretendan aprobar o que ya hayan aprobado en el ejercicio de las suyas. Con frecuencia se ha negado, cada cual a su manera, esta afirmación³⁰ que, por ello, conviene explicar.

La prevalencia del Derecho estatal lo es de todo el Derecho estatal, de todas sus normas. No importa su rango³¹ ni qué órgano estatal la haya aprobado (las Cortes, el Gobierno, cualquier órgano de la Administración del Estado y de sus entes institucionales como puedan ser sus autoridades independientes, Banco de España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Comisión del Mercado de Valores...). Tampoco importa que se haya aprobado en virtud de una competencia estatal sobre toda una materia o de una competencia en una materia compartida de cualquier forma: es irrelevante que se haya aprobado en virtud del art. 149.1 CE o tenga otro apoyo en el bloque de la constitucionalidad³². También las aprobadas en virtud del art. 150 CE son prevalentes³³. Asimismo las que haya podido dictar por estar reseñadas a las leyes orgánicas y los tratados internacionales, aunque en esto influyan también otros factores. En cualquier caso, la norma estatal aprobada por el Estado dentro de sus competencias se impondrá a las normas autonómicas en virtud de la prevalencia. Así que go-

³⁰ Una síntesis de las distintas posturas doctrinales a este respecto en RUÍZ LÓPEZ, M. A., “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal...”, pp. 146 a 148.

³¹ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, cit., I, p. 528; y el mismo autor en *Tratado...*, II, cit., p. 271. También PAREJO ALFONSO, L., *La prevalencia...*, cit., p. 112.

³² El “Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías” dirigido por García de Enterría en 1981 se centró en destacar la prevalencia de las normas estatales dictadas *ex art.* 149.1 CE. Y eso fue lo que se plasmó en el art. 4 de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico: “Las normas que el Estado dicte en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 149.1 de la Constitución prevalecerán sobre las normas de las Comunidades Autónomas”. Desde luego, es cierto lo que decía (la STC que lo anuló no lo negó) y se dirigía a combatir que la prevalencia quedara obstaculizada por la proclamación estatutaria de numerosas competencias autonómicas exclusivas. Pero no hay que circunscribir la prevalencia a las normas dictadas en virtud del art. 149.1 CE.

³³ Es especialmente acertada a este respecto la exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, I, cit., pp. 382 a 387. Se refieren expresamente como beneficiarias de la prevalencia a las bases, a la legislación estatal en materias en que toda la ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas, a las tres modalidades de leyes estatales previstas en el art. 150 CE, a las que dicten en virtud de la coerción estatal (art. 155 CE)... Pero después se refieren también a los demás supuestos de “superposición de títulos competenciales” producidos porque “los criterios de distribución competencial son necesariamente heterogéneos, de modo que se entrecruzan...”. Vid. también GARCÍA LUENGO, J., “El desplazamiento...”, pp. 200-201.

zan de esta prevalencia las normas estatales sobre nacionalidad, legislación penal, mercantil, laboral, civil, seguridad pública, medio ambiente, metrología, etc.

De otro lado, esa prevalencia afecta a cualquier norma autonómica con independencia de su rango y del tipo de competencia que ejerza la Comunidad Autónoma³⁴. La prevalencia se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento autonómico. En particular, rige también, pese a la literalidad del art. 149.3 CE, en aquellas materias que son por completo de la exclusiva competencia autonómica. Si una materia es de la exclusiva competencia autonómica, el Estado no podrá aprobar normas sobre esa materia y, si lo hace, incurrirá en incompetencia, de modo que no será prevalente (recuérdese: sin competencia no hay prevalencia). Parece que simplemente es en lo que pensó el art. 149.3 CE. Pero el Estado puede, invocando su competencia en otras materias, dictar normas que de alguna forma interfieran o se superpongan sobre la materia de competencia autonómica exclusiva³⁵. Cuando así suceda, la norma estatal prevalecerá sobre las autonómicas dictadas en el ejercicio de una competencia exclusiva sobre una materia³⁶. Hay ya notables ejemplos de ello³⁷.

Así que, en suma, siempre que el Estado permanezca dentro de sus competencias, la prevalencia es de todo el Derecho estatal sobre todo el Derecho autonómico. Lo que, por cierto, es lo mismo que consagran tanto el art. VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América como el art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn, preceptos en los que no se establece a este respecto ninguna distinción.

³⁴ Sólo quedan al margen los Estatutos de Autonomía porque no son sólo parte del ordenamiento autonómico sino también del estatal y sólo están subordinados a la Constitución (al menos, en tanto permanezcan dentro del contenido que les es propio). En esto nuestra prevalencia se diferencia de la primacía del Derecho de la Unión Europea que afecta a las Constituciones de los Estados miembros como demuestra paladinamente la STJUE de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, *Melloni*, ap. 59.

³⁵ Lo apunta con acierto RUÍZ LÓPEZ, M. A., “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal...”, p. 157.

³⁶ Es lo que acaso pretendió excluir el art. 110 EAC de 2006: “El derecho catalán, en materia de las competencias exclusivas de la Generalitat, es el derecho aplicable en su territorio con preferencia sobre cualquier otro”. Pero, aun sin anularlo, la STC 31/2010, de 28 de junio, abortó el intento al afirmar en su f. j. 59 que ese precepto “no impide la aplicación del Derecho del Estado emanado en virtud de sus competencias concurrentes” de modo que “el sentido del precepto se compadece sin dificultad con el art. 149.3 CE, cuyas cláusulas de prevalencia y supletoriedad no se ven menoscabadas” y sin que impida “el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida...”.

³⁷ Basta citar los ejemplos de las Leyes estatales del Comercio Minorista y de Suelo: siendo el comercio interior y el urbanismo materias de la exclusiva competencia autonómica, el Estado, en el ejercicio de sus competencias sobre otras materias, ha aprobado esas leyes que sin ninguna duda prevalecen sobre todas las de las Comunidades Autónomas, incluidas las que hayan aprobado o pretendan aprobar en ejercicio de su competencia exclusiva sobre comercio y urbanismo.

Dicho lo cual se comprende que no cabe constreñir la prevalencia del Derecho estatal a las materias compartidas ni enzarzarse en los interminables –y estériles– debates sobre el concepto de competencias autonómicas exclusivas ni polemizar sobre el uso correcto o abusivo que de él hacen los Estatutos: sean de verdad exclusivas o no, tienen el límite de respetar el Derecho estatal, sea el dictado en esas mismas materias sea en otras distintas. Lo importante para aplicar la prevalencia, en suma, no es si una materia es o no de la exclusiva competencia autonómica sino si el Estado ha aprobado su norma dentro de las suyas, lo que es muy diferente.

Tampoco cabe, en sentido contrario, negar la prevalencia justamente en los casos de materias compartidas ni, más concretamente, en el de bases y desarrollo, como también se ha hecho, para circunscribir la prevalencia a los supuestos, casi marginales en nuestro sistema, de competencias en puro régimen de concurrencia sobre una misma materia³⁸. Todo eso sobra³⁹.

En suma, el principio de prevalencia beneficia a toda norma estatal dictada sobre cualquier materia, en ejercicio de cualquier género de competencia (plena, básica, de coordinación, de armonización... y tenga su fundamentación en el art. 149.1 CE o en cualquier otro precepto del bloque de la constitucionalidad) y se proyecta sobre cualquier norma de las Comunidades Autónomas correspondiente a la misma o a otra materia, incluidas las aprobadas o que se pretendan aprobar en el ejercicio de sus competencias exclusivas.

³⁸ Así, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución...*, cit., pp. 428-429; y el mismo autor en *Sistema...*, I, p. 380; LEGUINA VILLA, J., “Notas sobre los principios...”, cit., p. 233; DE OTTO y PARDO, “La prevalencia...”, cit., p. 68; y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos de la legislación básica sobrevenida en la normativa autonómica”, en *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, p. 206. Pero sí aceptan la prevalencia entre bases y desarrollo, entre otros, PAREJO ALFONSO, L., *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 114-115; TORNOS MÁS, J., “El principio de prevalencia del Derecho estatal”, *Autonomía, pluralidad de ordenamientos y principios de relación*, Generalitat de Catalunya/Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2000, pp. 92 a 94; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 3ª ed., 2015, I, p. 153.

³⁹ Cabría objetar que hay otras explicaciones distintas de la prevalencia para justificar que las normas básicas, las dictadas por el Estado en virtud de sus competencias de coordinación (art. 149.1.13ª, 15ª y 16ª CE) o de acuerdo con cualquiera de los apartados del art. 150 CE imponen un límite a las Comunidades Autónomas: los mismos conceptos de bases o de coordinación o de ley marco o de ley de transferencias o, sobre todo, de ley de armonización podrían justificar la vinculación a su contenido por la legislación autonómica y los límites que entrañan. Así lo apuntó DE OTTO, I., “La prevalencia...”, cit., p. 90. Pero no hay ningún inconveniente, sino todo lo contrario, en explicar esa superioridad y esos límites conforme al mismo principio de prevalencia del que todos estos supuestos no son nada más que una concreción. Máxime si se tiene en cuenta que los conflictos se pueden producir, no sólo entre leyes básicas y su legislación de desarrollo sobre una misma materia, sino también entre leyes básicas sobre una materia y leyes autonó-

Problema específico es si también el Derecho estatal prevalece sobre lo establecido en los Estatutos de Autonomía. La primacía del Derecho de la Unión Europea, como es sabido, no se frena antes las Constituciones nacionales (STJUE de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, Melloni, apdo. 59). Igualmente en los sistemas federales el Derecho de la federación prevalece sobre las Constituciones de los Estados federados⁴⁰. La situación en España es peculiar porque los Estatutos de Autonomía son también aprobados por ley estatal. Aun así, la solución debe estar en la misma dirección, al menos en tanto que los Estatutos desborden las materias que tienen reservadas.

VII. CONSECUENCIAS DE LA PREVALENCIA EN CASOS DE CONFLICTO ¿DESPLAZAMIENTO O NULIDAD DE LA NORMA AUTÓNOMICA?

7.1. Necesidad de distinguir tres supuestos

La cuestión de las consecuencias de la prevalencia está íntimamente relacionada con la de quién puede aplicar este principio y esas consecuencias. Pero para proceder con la máxima meticulosidad en asunto que está resultando tan espinoso, vamos a abordar sucesivamente los dos planos.

Para analizar las consecuencias de la prevalencia, la doctrina ha considerado necesario distinguir diversos supuestos. Así debe hacerse. Ante todo hay que diferenciar dos situaciones: aquéllas en que la norma estatal y la autonómica sólo presentan una oposición ocasional, para determinado supuesto o grupo de supuestos; y aquéllas otras en que su contradicción es completa, abstracta y general⁴¹. O sea, entre el mero “concurso de normas” (aunque concurso conflictivo) y la “colisión opositiva de normas”⁴². En este segundo supuesto hay que distinguir, a su vez, según, la norma auto-

micas sobre cualquier otra: explicar esos dos fenómenos, sustancialmente iguales, conforme a principios diferentes es una complicación innecesaria.

⁴⁰ Explica SOSA WAGNER, F., “Para el debate...”, cit., p. 37, que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 10 de junio de 2009 “recuerda algo que por lo demás es pacífico y es que <<el derecho de la Federación *prevalece* sobre el derecho constitucional de los Länder”. Por lo demás, en Estados Unidos el art. VI de su Constitución aclara expresamente que los jueces están vinculados a las normas federales “no obstante lo que en contrario disponga *la Constitución* o las leyes de cada Estado”.

⁴¹ Por todos, con especial claridad, vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Fundamentos...*, cit., p. 330, que distingue entre, de un lado, “confluencia de facto sobre un supuesto concreto de normas dictadas desde perspectivas competenciales distintas y que, por lo tanto, no se oponen abstractamente entre sí” y de otro, “cuando el conflicto entre las dos normas es frontal y abstracto”.

⁴² Sobre esos conceptos y sus diferencias, vid. VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, 1968, pp. 414 y ss.

nómica contraria a la estatal prevalente sea anterior o posterior a ella⁴³. Analicemos estas distintas situaciones.

7.2 Norma autonómica en concurso conflictivo con norma estatal: desplazamiento de la autonómica en un caso concreto

Hay concursos conflictivos entre normas de un mismo ordenamiento cuando dos o más de ellas resultan aplicables a ciertos supuestos y establecen un tratamiento jurídico incompatible entre sí (si no hay esa incompatibilidad habrá concurso de normas, pero no conflictivo, y se acumularán las consecuencias jurídicas previstas en cada una de ellas). Para su resolución se establecen distintos criterios (especialidad, consunción, subsidiariedad, etc.). También se producen concursos de normas de distintos ordenamientos que ocasionalmente pueden ser conflictivos, esto es, con soluciones no acumulativas sino excluyentes entre sí. En sus respectivos campos de aplicación sólo hay una zona de intersección y en ella no son acumulables los tratamientos jurídicos previstos por ambas. Pues bien, para el caso en que el concurso conflictivo se produzca entre una norma estatal y otra autonómica (ambas, desde luego, aprobadas dentro de sus respectivas competencias), el principio de nuestros desvelos lo resuelve en favor de la estatal. Simplemente en favor de la estatal sin atender al contenido o finalidad de cada norma; y sin que importe lo más mínimo cuál se aprobó antes y cuál después.

En todos estos concursos (sean intraordinamentales o interordinamentales) se produce simplemente el desplazamiento de una norma por la otra: en ese caso concreto, una norma se aplicará y la otra norma no. Nada más: la norma desplazada no tiene ni se le achaca ningún vicio (no vulnera a la otra ni vulnera de ninguna forma el ordenamiento). Por tanto, tampoco se la puede considerar inválida. Además, ni aun en el caso de que la prevalente sea posterior a la relegada, ésta queda derogada sino vigente para ser aplicada en otros muchos casos en que no se produzca la concurrencia. Llevado esto al caso de concurso entre norma estatal y autonómica, diremos entonces que ésta no vulnera a aquélla; que la norma autonómica no tiene ni se le imputa ningún vicio; que, desde luego, no es inconstitucional (ni siquiera con inconstitucionalidad mediata o indirecta); que, aunque la estatal sea posterior, no queda derogada. Sólo queda desplazada o relegada en ese caso pero permanecerá válida y vigente, dispuesta

⁴³ Así lo observó y lo desarrolló ya LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 147 y ss. Y COSCULLUELA MONTANER, L., "El control...", cit., p. 1755, distingue finalmente según la norma autonómica sea anterior a la estatal que contradice (en cuyo caso la deberá inaplicar cualquier tribunal) o posterior (en cuyo caso habrá nulidad que sólo podrá declarar el TC).

a ser aplicada en cualquier otro caso en que no concurra con la estatal. Y, desde luego, si se planteara cualquier recurso o cuestión contra esa norma autonómica, tendría que ser desestimado.

Se trata del supuesto menos problemático de aplicación del principio de prevalencia y hasta da la impresión de que es el único en el que el TC le reconoce su papel sin suplantarle por el de competencia.

Sólo cabe añadir que, en lo posible, debe tenderse a ver concurso de normas y no colisión opositiva cuando concurren estatales y autonómicas; o, incluso, que deben hacerse esfuerzos por considerar que no se trata de concursos opositivos y, por tanto, apurar las posibilidades interpretativas para aplicar las dos normas.

7.3. Colisión de norma autonómica con norma estatal anterior: nulidad de aquella

Ya se dijo que toda norma autonómica debe respetar lo dispuesto en toda norma anterior del Estado dictada dentro de las competencias de éste; y se explicó asimismo que si no lo hace es ilícita, antijurídica; en concreto, inconstitucional, con inconstitucionalidad indirecta o mediata. No por vicio de incompetencia sino por un vicio material que afecta a su contenido. Inconstitucional desde su origen, pues cuando se aprobó ya existía una norma estatal a la que vulnera. Y, siendo todo ello así, la consecuencia ineluctable es la invalidez originaria de tal norma, más en concreto, la nulidad pues tal es el grado de invalidez que atribuye nuestro Derecho a las normas con vicios materiales⁴⁴. Nulidad de la ley o del reglamento o, en su caso, de los actos. Si se plantea recurso o cuestión contra esa ley, reglamento o acto debe ser estimado y declararse su nulidad.

Ahora bien, nulidad y, además, eventualmente, otros efectos en distinto plano. Por ejemplo no cabe descartar la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma por los daños que cause a terceros al incumplir el Derecho estatal o, incluso, la responsabilidad penal de las autoridades administrativas que aprueben esa norma o decisión claramente contraria a las normas estatales prevalentes. No es ocioso aclararlo porque también son efectos de la prevalencia del Derecho estatal y porque, dado que nuestra Constitución no prevé remedios como los que conoce la Unión Europea,

⁴⁴ Así, radicalmente, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...*, p. 330: “si... es la norma autonómica la posterior, la consecuencia será la nulidad de ésta, exactamente igual que en virtud del principio de jerarquía”.

es conveniente tenerlo en cuenta para que no salga siempre completamente gratis el incumplimiento del Derecho estatal.

7.4. Colisión entre norma autonómica y norma estatal posterior: inaplicabilidad general, desplazamiento o derogación y nulidad sobrevenida

Nos ocupamos ahora del supuesto en el que entre la norma autonómica y la estatal posterior hay una contradicción abstracta y general; una contradicción o incompatibilidad igual a la que se requiere entre normas de un mismo ordenamiento para entender que la posterior ha derogado a la anterior; una contradicción tal que en la generalidad de los casos incluidos en la norma autonómica la aplicación de ésta impide la aplicación de la estatal ¿Qué efectos tiene sobre la norma autonómica la estatal posterior? La respuesta es crucial pero controvertida. Expondré primero la respuesta que creo correcta en la más pura ortodoxia. Después, la que se podría estar dispuesto a aceptar: heterodoxa (o de más cuestionable ortodoxia) pero útil. Y por fin la que ha acogido el TC que, como ya se podrá imaginar, es heterodoxa e inconveniente.

a) Desplazamiento general e indefinido de la norma autonómica ¿o derogación?

Toda norma autonómica, aprobada dentro de la competencia de la respectiva Comunidad y sin oponerse a ninguna norma estatal vigente en ese momento (por tanto perfectamente válida y aplicable en su origen), deviene inaplicable e ineficaz en cuanto resulte contraria a cualquier norma posterior aprobada por el Estado en virtud de sus competencias. Dicho de otra forma: la norma estatal posterior contraria a una norma autonómica anterior, dictadas ambas en el ejercicio de sus respectivas competencias, impide desde ese momento la aplicación de ésta. Esto es así por la prevalencia y porque las normas estatales aprobadas en el ejercicio de sus competencias son de aplicación inmediata y, por eso, han de producir con la misma inmediatez la inaplicabilidad de la norma autonómica anterior incompatible con ella⁴⁵; salvo, claro está, que la propia norma estatal disponga otra cosa⁴⁶.

⁴⁵ Es lo que sucede en Alemania y en Estados Unidos donde las nuevas normas federales exigen “su aplicabilidad inmediata” y producen con igual inmediatez “la abrogación de las normas que se le opongan”. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, cit., I. p. 519.

⁴⁶ La norma estatal puede voluntariamente renunciar a su aplicabilidad inmediata. Igual que puede establecer largos periodos de *vacatio legis*, puede también aceptar que durante un tiempo no impedirá la aplicación de normas autonómicas contrarias. A veces esa opción será muy prudente y saludable o hasta necesaria cuando realmente la puesta en aplicación efectiva de la nueva norma estatal requiera de normas autonómicas, para cuya aprobación puede incluso conceder un plazo. Piénsese en una ley estatal que intro-

Según doctrina extendida, no se trata propiamente de una derogación, puesto que se parte de que no hay derogación nada más que entre normas del mismo ordenamiento⁴⁷. En su lugar, en vez de derogación, se habla de desplazamiento de la norma autonómica de suerte que ésta queda vigente aunque inaplicable⁴⁸. Se trata, empero, de un desplazamiento muy peculiar porque no es ocasional para un caso concreto (como sucede en el concurso opositivo de normas) sino de un desplazamiento general y de efectos indefinidos en el tiempo. O sea, de un desplazamiento muy similar a la derogación; un, digamos, sucedáneo de derogación, una cuasi derogación. Tanto que autores hay que sin recato ni circunloquios hablan simplemente de derogación⁴⁹, y lo cierto es que con tal cambio se ganaría en claridad y en seguridad jurídica⁵⁰.

duzca una gran reforma sanitaria o educativa cuya puesta en práctica requiera de una nueva organización administrativa. Esto no sólo será apropiado para las leyes básicas sino también en casos en los que, aunque toda la legislación haya de ser estatal, la ejecución sea de competencia autonómica. Incluso podría aceptarse o hasta exigirse que las leyes del art. 150.3 CE, por su contenido (“principios”) y función (armonizar legislación previa), establezcan un periodo para que las Comunidades Autónomas aprueben la legislación armonizada. Ello al modo en que sucede con las Directivas de armonización. Pero nada de esto obsta a que, por lo común, las leyes estatales sean de aplicación inmediata y, por tanto, impidan inmediatamente la aplicación de las normas autonómicas anteriores incompatibles con ellas.

⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, cit., II, pp. 243-244. Algo distinta es la idea expuesta por DÍEZ-PICAZO, L. M., *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 128 y ss., según la cual no puede haber derogación entre tipos normativos relacionados competencialmente, lo cual no impediría siempre y por sí sólo la derogación entre normas de distintos ordenamientos en la medida en que se aceptara que algunas veces las competencias coinciden.

⁴⁸ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, I, cit., p. 387.

⁴⁹ En esta línea, PAREJO ALFONSO, L., *La prevalencia...*, p. 114; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal...”, cit., pp. 537 y ss. y 565; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de...*, cit., pp. 148-149; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...*, p. 330; DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1982, II, p. 397. Es de particular interés la postura de COSCULLUELA MONTANER, L., “El control...”, cit., p. 1755, porque, aunque parte de que en general no hay derogación entre normas de distintos ordenamientos sino sólo desplazamiento, sí la admite en el caso de leyes autonómicas de desarrollo incompatibles con las bases posteriores. Así en su trabajo “El control...”, cit. p. 1755, sí que admite la derogación. En igual dirección, admite decididamente la derogación implícita RODRIGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos...”, aunque sólo para los casos de las leyes de desarrollo de las básicas. Quizá habría que repensar ese dogma de que no cabe derogación entre normas de dos ordenamientos cuando uno de éstos es una especie de subsistema dentro del otro, cuando puede hablarse de un ordenamiento general y principal frente a otro particular, del ordenamiento del todo frente al de la parte. Además, desde un punto de vista teórico tampoco parece acertado hablar de desplazamiento cuando no se trata de un “concurso de normas” sino de una “colisión opositiva de normas”. Lo cierto es que el art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn (“*Bundesrecht bricht Landesrecht*”), aunque literalmente dice “rompe” o “quiebra”, también se traduce así: “El Derecho federal deroga el Derecho de los Estados”, sin que ello lleve a rasgarse las vestiduras.

⁵⁰ La única diferencia práctica está en que la derogación, conforme al art. 2.2 *in fine* CC, no permite la reviviscencia de las normas “por la simple derogación” de la ley que las derogó, mientras que este peculiar desplazamiento del que hablamos supondría que, una vez derogada la ley estatal que las dejó inapli-

b) Inaplicabilidad general más inconstitucionalidad e invalidez sobrevinida

Aunque parece una forma retorcida de aludir a un fenómeno bastante más simple, acaso pueda decirse que la norma autonómica incompatible con una norma estatal posterior incurre en inconstitucionalidad sobrevinida⁵¹. Los problemas comienzan cuando a esa expresión se anuda la consecuencia jurídica de una invalidez sobrevinida. Nada objetamos en abstracto a la categoría de la invalidez sobrevinida, ni siquiera a su posible aplicación a normas⁵². Pero parece artificiosa para la situación que nos ocupa, igual que lo sería en cualquier caso de derogación por incompatibilidad con una norma posterior. Haciendo la vista gorda, se puede estar dispuesto a aceptar tal invalidez sobrevinida como un efecto añadido al del simple desplazamiento ge-

cables, resurgirían de sus cenizas las normas autonómicas. Por eso no he dicho que se trate de un desplazamiento perpetuo sino “indefinido en el tiempo”; quizás pudiéramos llamarlo, como a la nueva pena de prisión, desplazamiento “perpetuo revisable”.

Hay quien ve ventajas en ese eventual resurgimiento de las normas autonómicas desplazadas. Así, GARCÍA LUENGO, J., “El desplazamiento...”, p. 206: cuando el Derecho estatal vuelva a cambiar, no se producirá un vacío pues automáticamente se tendría ya Derecho regional complementario. Por el contrario, critica con agudeza esta situación MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, II, pp. 272-273. Me parece, en efecto, que esa supuesta ventaja práctica es muy inconveniente pues crea problemas de inseguridad jurídica rayanos en lo esotérico con normas indefinidamente vigentes pero inaplicables que vagan en una especie de limbo a la espera de una eventual y remota reencarnación con la que recuperar alguna vez su eficacia. Imagínese el caos que se crearía si, ante los frecuentes vaivenes de la legislación estatal sobre educación, hubiera que deducir las normas autonómicas que, en estado latente o de hibernación durante mucho tiempo, volvieran a reanimarse por su conformidad sobrevinida con el Derecho estatal nuevo. “La noche de los muertos vivientes” sería un juego de niños comparado con este espectáculo de leyes saliendo de sus tumbas. Y resultaría pobre consuelo el que se nos explicara que no estaban muertas sino dormidas. No me parece que esa ventaja compense los inconvenientes. Entre ellos que se anima, entonces, a que las Comunidades Autónomas no modifiquen formalmente su Derecho a la espera de un posible cambio de la legislación estatal. La inseguridad y el desorden alcanzarían el grado de completo desbarajuste. Pero es que, incluso aunque vuelva a cambiar el Derecho estatal, hacer resurgir a las normas autonómicas antiguas resultaría caótico. Entre otras cosas porque, salvo que lo que haga el Estado sea restablecer pura y simplemente la ley antigua, habría que analizar caso por caso y en operación delicadísima qué partes de las antiguas normas autonómicas son realmente conformes con la nueva normativa estatal. Así que, en conclusión, no se perdería nada bueno si, en vez de desplazamiento, hablásemos sin más rodeos de derogación.

⁵¹ Así, dice RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos...”, cit., en nota de p. 200, que “la inconstitucionalidad sobrevinida es un concepto descriptivo, útil por el fenómeno fáctico que quiere describir (unas leyes constitucionales que, por la razón que sea, pasan a estar en contradicción con la Constitución), pero del que no caben derivar efectos jurídicos *a priori*”. En la misma línea, el voto particular a la STC 1/2003 afirmó que estas normas autonómica contrarias a las estatales posteriores incurren en “inconstitucionalidad sobrevinida”, pero sin sacar de ello más consecuencia que su desplazamiento y no dar un paso más.

⁵² Vid. CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 61 y ss.

neral e indefinido (o sea, al del desplazamiento cuasi derogatorio)⁵³. Y ello por los beneficios que entraña al permitir una declaración terminante y *erga omnes* sobre la incompatibilidad de la norma autonómica con la posterior estatal, declaración que, si la norma autonómica tiene rango de ley, habrá de hacer el TC. Por eso lo veremos luego, cuando analicemos en el siguiente epígrafe quién puede hacer estas declaraciones. Anticipemos sólo que, esto, desde luego, lo ha aceptado el TC.

c) Inconstitucionalidad e invalidez sobrevenida, pero no desplazamiento

Pero el TC ha dado un paso más, un paso fatal: el de entender que hay inconstitucionalidad y nulidad sobrevenidas pero no simultáneo desplazamiento. Sobre todo con especial claridad y consumando todos sus efectos en la STC 66/2011. Se enfrentaba con esta situación: la LRBRL en su redacción originaria de 1985 exigía mayoría de dos tercios del pleno para adoptar acuerdos relativos al cambio de capitalidad de los municipios; la Ley canaria de Régimen Local de 1990, de conformidad con aquella ley básica, exigía exactamente lo mismo, o sea, mayoría de dos tercios (en realidad, reproducía el precepto estatal); el año 2003 se modificó la LRBRL que a partir de ese momento exigía sólo para tales acuerdos mayoría absoluta; todos estaban de acuerdo en que esta reforma era realmente básica, o sea, en que el Estado había impuesto esa mayoría absoluta dentro de sus competencias. Ante ello, cualquiera habría dicho que la norma básica estatal de 2003 había desplazado a la canaria de 1990⁵⁴; los más intrépidos habrían osado aventurar que la había derogado. Y, ya con más apuros, los heterodoxos utilitaristas afirmarían que, además, había una inconstitucionalidad y nulidad sobrevenida, lo que, haciendo de tripas corazón, se puede estar dispuesto a admitir. Pero esta STC afirma:

“la modificación de la ley básica estatal no ha determinado ... el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida”.

⁵³ No se puede ocultar la contradicción que entraña y, además, esta nulidad acabaría con la remota posibilidad de reviviscencia de las normas autonómicas desplazadas cuando cambie el Derecho estatal pues hay que suponer que si son nulas y así se declara ya no podrán volver a la vida.

⁵⁴ Téngase en cuenta que con anterioridad ya la STC 33/1993 había declarado que el listado de la LRBRL sobre supuestos en que era necesaria una mayoría cualificada era “cerrado y exhaustivo” y tenía carácter rigurosamente excepcional” de modo que el legislador autonómico no podía establecer más casos en que fuese necesaria aquella mayoría de dos tercios. Vid CARBONELL PORRAS, E., “Artículo 47” en REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las bases del Régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 1178 a 1180.

Increíble pero cierto, aunque haya que leerlo varias veces para superar la complejidad. O sea, niega el desplazamiento, niega la pérdida de eficacia (o de vigencia y, por ende, la derogación); y, en su lugar, sólo ve la inconstitucionalidad sobrevenida: la advenza categoría que sólo estábamos dispuestos a aceptar como un compañero extravagante de conveniencia, acaba con los demás y se convierte en protagonista único⁵⁵. Naturalmente que esta inconstitucionalidad sobrevenida también dará lugar a su inaplicación; pero no ya por desplazamiento o derogación, sino por nulidad. Esto tiene graves consecuencias respecto a quién pueda apreciar esta nulidad y, en suma, aplicar la prevalencia de la norma estatal posterior. Ahora lo veremos.

VIII. ¿QUIÉN APLICA LA PREVALENCIA DE LAS NORMAS ESTATALES?

8.1. Planteamiento y respuesta general

La cuestión es ésta: ante cualquier tipo de oposición entre norma estatal y autonómica ¿quién puede aplicar las diversas consecuencias expuestas en el epígrafe anterior para las tres diferentes situaciones descritas?

A este respecto, como ahora se verá, hay oposición entre el TS y el TC. El primero confiere amplísimas y casi ilimitadas posibilidades a todos los jueces y tribunales para aplicar el principio de prevalencia, o sea, para prescindir de las normas autonómicas contrarias a normas estatales. El segundo, cuando se trate de normas autonómicas con rango de ley, excluye por completo a los jueces y tribunales y se arroga la exclusiva⁵⁶. Puestos a elegir, parece preferible la del TS que es más respetuosa con el principio de prevalencia y causa menos problemas. Pero como suele ocurrir *in medio consistit virtus* o, por decirlo más llanamente, que ni tanto ni tan calvo, que la solución correcta está a medio camino entre esas jurisprudencias del TS y del TC y, en cualquier caso, requiere más matizaciones de las que hacen uno y otro.

La respuesta que entiendo correcta se puede formular así: cualquiera puede (o hasta debe) aplicar las diversas consecuencias del principio de prevalencia con las solas excepciones que derivan de las competencias atribuidas en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa y al Tribunal Constitucional. Por tanto, sólo aquélla

⁵⁵ Porque, además, el TC parece partir de la idea de que son conceptos excluyentes. Objeta RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos...”, cit., p. 205, que desplazamiento y nulidad sobrevenida “además de ser diferentes, se mueven en planos distintos”, el de la validez y el de la eficacia, de modo que no tienen que ser excluyentes.

⁵⁶ Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., “La reconstrucción del Estado autonómico”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n° 51 (2015), p. 23.

podrá declarar formalmente la nulidad de un reglamento o acto autonómico por contrario a una norma estatal; y sólo el TC podrá hacer juicios de inconstitucionalidad de las leyes autonómicas conforme al monopolio que se desprende de los arts. 153.a) y 163 CE. Son estas excepciones las que inevitablemente dan a nuestra prevalencia del Derecho estatal menos fuerza e inmediatez que la que tiene la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Veamos ahora cómo se concreta esa respuesta general en cada una de las situaciones posibles.

8.2. Todos pueden y deben inaplicar la norma autonómica desplazada en el caso concreto

Es obvia y no cuestionable la solución en el supuesto del mero concurso conflictivo de normas, aquél, recuérdese, en que no se oponen en abstracto sino sólo en un caso concreto: la mera aplicación de la norma estatal y la correlativa inaplicación de la autonómica la tendrá que hacer cualquiera que se enfrente con tal concurso de normas; cualquier juez si en el litigio se le plantea; cualquier órgano administrativo al que corresponda tomar una decisión; y hasta cualquier particular que se encuentre en tal tesitura⁵⁷. A este respecto, donde no hay ningún juicio crítico para la norma autonómica, no hay diferencias entre la prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico y la primacía del europeo sobre el nacional.

8.3. Nulidad de la norma autonómica contraria a la estatal anterior: monopolio del TC si aquélla tiene rango de ley; resistencia del TS

Más complicada es la solución para los supuestos de norma autonómica aprobada en contradicción con norma estatal anterior; esto es, los casos en los que la consecuencia, como ya vimos, es la nulidad (originaria) de la norma autonómica:

- a) Tal nulidad no la pueden apreciar ni las Administraciones ni los particulares que están vinculados por la presunción de validez de leyes, reglamentos y actos administrativos mientras no se declare su nulidad por el procedimiento establecido

⁵⁷ Para esto no hace falta acudir a ningún juez ni al Tribunal Constitucional, aunque sí puede ocurrir que también éste, en alguno de los procesos de su incumbencia, se enfrente con tal situación en cuyo caso será él, como cualquier operador jurídico, el que tendrá que optar en favor de la norma estatal e inaplicar la autonómica. Salvando esto, de ninguna forma ni nunca es necesaria ni pertinente la intervención del TC puesto que en absoluto se trata de enjuiciar la constitucionalidad de ninguna norma sino sólo de elegir correctamente la aplicable al caso. La situación no es distinta de la que se produce en los conflictos en-

- para ello y por quien tenga la competencia⁵⁸. Mientras tanto, tienen que actuar partiendo de que la norma autonómica posterior es válida.
- b) Todos los jueces podrán apreciar la nulidad del reglamento autonómico contrario a norma estatal anterior que por ello deberán inaplicar, pero sólo podrán declarar formalmente esa nulidad los de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁹.
-) Si se trata de una ley o norma autonómica con fuerza de ley, sólo podrá apreciar esa nulidad el Tribunal Constitucional. Cualquier otro juez o tribunal deberá plantear cuestión de inconstitucionalidad: si decide por sí mismo la in-

tre dos normas estatales o entre dos normas autonómicas: quien deba actuar o resolver cualquier procedimiento o proceso deberá seleccionar la norma aplicable y excluir otra, aunque sea una ley. Lo único peculiar es que en los supuestos que analizamos deberá hacerlo en virtud del principio de la prevalencia del Derecho estatal mientras que en otros lo hará en función del de especialidad, subsidiariedad o el que sea. Nada de esto, en definitiva, suscita ningún problema ni duda.

⁵⁸ Ello supone declaración por un juez o tribunal ordinario o por el TC, según lo que de inmediato se dice en el texto. Pero a ello hay que sumar la posibilidad de que la misma Administración autonómica autora del reglamento acuerde su nulidad mediante revisión de oficio (art. 106.2 LPAC) basada en la vulneración del Derecho estatal.

⁵⁹ Su nulidad podrá ser declarada por los órganos de lo contencioso-administrativo. En ese sentido FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución...*, p. 433. Y tanto en recurso directo como indirecto o, a veces, en cuestión de ilegalidad. No parece que esto requiera de especiales explicaciones: los reglamentos son objeto prototípico de los recursos contencioso-administrativo; la nulidad de los reglamentos entra entre las posibles pretensiones del contencioso-administrativo y entre los posibles contenidos de las sentencias; se puede alegar cualquier vicio del reglamento, incluido desde luego éste de su contradicción con una norma estatal anterior; no se trata de reivindicar una competencia... En suma, no se alcanza a imaginar siquiera ningún obstáculo a un proceso contencioso-administrativo contra un reglamento autonómico fundado, sólo o con otros argumentos, en su contradicción con una norma estatal previa.

Y no muy distinta será la situación si se trata de un recurso indirecto contra el reglamento autonómico, esto es, de un recurso contra un acto de aplicación de tal reglamento basado en la nulidad de éste por su contradicción con norma estatal anterior. El Juzgado o Tribunal resolverá apreciando la ilicitud del reglamento y fallando de acuerdo con ello con la única especialidad de que, si no es el competente para declarar su nulidad, planteará después la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal contencioso-administrativo que corresponda para que sea éste el que haga tal declaración. No hay en todo esto nada más que aplicación de las reglas generales sobre los contencioso-administrativos contra cualquier reglamento. Además, cualquier juez de cualquier jurisdicción podrá inaplicarlo de acuerdo con el art. 6 LOPJ. Esto es seguro y para nada de esto es necesaria y ni siquiera posible la intervención del TC. No obstante, al margen de ello, podría intervenir el TC en dos casos. Primero, si el Gobierno impugna el reglamento autonómico por la vía del art. 161.2 CE o plantea un conflicto de competencias (aunque no parece éste la vía adecuada para combatir estas normas autonómicas). Y, segundo, si el juez que esté conociendo del asunto decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero ello sólo cuando la norma estatal que debe aplicar con prevalencia tenga rango de ley y dude si es constitucional; en concreto, dude si ha sido dictada dentro de las competencias del Estado puesto que ello es premisa necesaria para que pueda aplicar el principio de prevalencia. En ningún otro caso debe ni puede plantear cuestión de inconstitucionalidad. Estos dos casos, por tanto, no desvirtúan lo dicho en el texto y, por tanto, la impertinencia general de intervención del TC.

constitucionalidad de la norma y la inaplica por ello (aunque no la anule formalmente), incurre en exceso de jurisdicción e incluso en vulneración del derecho fundamental del art. 24 CE⁶⁰.

Lo expuesto es conforme a la doctrina del TC que consideramos correcta (lo criticable es que va mucho más lejos, como de inmediato veremos). Pero la Sala 3ª del TS se aparta de lo últimamente expuesto. Se sintetiza su postura en la STS de 25 de septiembre de 2013 (rec. cas. 6557) que cita y reproduce otros pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal⁶¹. Se enfrentaba con una Ley valenciana de 2005 que consideró opuesta a una Ley estatal básica de 1998: ésta imponía repetir el trámite de in-

⁶⁰ Así lo dejó ya sentado con claridad la STC 163/1995, que estimó una cuestión de inconstitucionalidad contra una ley andaluza contraria a una ley básica preexistente: excluyó que la regla de la prevalencia del Derecho estatal permitiera a un juzgado o tribunal, sin más, inaplicar aquella. Concretamente dice su fundamento jurídico 4: "... que los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial no pueden pretender una excepción a lo previsto en los arts. 163 y 153.a) CE, así como en el correspondiente precepto estatutario, como consecuencia de un determinado entendimiento de lo previsto, de forma más general y en un diferente contexto constitucional, en el art. 149.3, inciso segundo, *in fine*, CE". Como en este caso, según hemos dicho, la ley autonómica nació ya vulnerando las bases anteriores, esta STC es correcta. Pero en realidad no hizo esa distinción. Es más, su razonamiento, basado en que se trataba de un "control de constitucionalidad", ya se prestaba al error. Pero, aunque tenía el germen del error, en esta STC no se consumó. Asimismo la idea de que si un juez decide por sí mismo inaplicar la ley autonómica posterior a la estatal prevalente sin plantear cuestión de inconstitucionalidad vulnera el derecho del art. 24 CE se ha aplicado en SSTC 178/2004, 58/2004 y sobre todo 187/2012 y 177/2013. También, más recientemente, en la STC 195/2015. Todas ellas, al no hacer las distinciones necesarias (es decir, al no circunscribir lo que afirman a los casos en que la ley estatal prevalente es anterior a la autonómica) tienen una doctrina errónea o que, por lo menos, induce a error. Pero su solución concreta no es equivocada en tanto que se referían a supuestos en que la ley autonómica se había aprobado contradiciendo lo establecido en una ley estatal anterior. Por eso resulta desconcertante el voto particular que formula el Magistrado Xiol a la STC 195/2015. Su argumentación es correcta y concorde en esencia con lo que aquí se viene sosteniendo. Pero parece que es impertinente para el caso que allí se enjuiciaba en el que se oponía legislación autonómica aprobada en el año 2004 a ley estatal aprobada en 1998. Sin embargo dice este voto particular: "El objeto de este recurso de amparo plantea, una vez más, el supuesto de una ley autonómica que, dictada al amparo de una competencia de desarrollo, deviene contraria a la normativa estatal básica por una modificación sobrevinida de ésta". Acaso pueda aceptarse este planteamiento porque la norma autonómica en cuestión era un Texto Refundido y si es que su precepto controvertido provenía de una ley autonómica anterior a 1998, extremo que ni siquiera apunta.

⁶¹ Sobre todo, STS de 13 de mayo de 2013 (rec. cas. 3400/2009) y ATS de 30 de abril de 2013. También son precedentes de interés, aunque sin la argumentación completa sobre lo que nos ocupa, las SSTS de 9 de diciembre de 2008 (rec. cas. 7459/2004), 14 de octubre de 2009 (rec. cas. 5988/2005) y 28 de junio de 2012 (rec. cas. 3013/2010). Algunas de ellas con votos particulares de interés. Además, esta postura del TS no está huérfana de apoyo doctrinal. Así, RUBIO LLORENTE, F., *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, p. 131: "Las leyes autonómicas que regulan materias que han sido también objeto de una ley estatal podrán ser pura y simplemente inaplicadas por el juez ordinario, sin consulta alguna al juez constitucional, en virtud de la cláusula de prevalencia del art. 149.3, asumiendo así, aunque sólo sea con referencia al caso concreto, el control de la ley". Vid. también GARCÍA TORRES, J., "La cláusula de

formación pública si el plan de urbanismo aprobado inicialmente sufre después modificación sustancial, mientras que para la Ley valenciana bastaba notificárselo a los afectados que ya estuvieran personados. El TS, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, decidió aplicar la ley estatal y resolver conforme a ella, inaplicando sin más la ley autonómica posterior. En su argumentación -con tiento y habilidad para dar apariencia de sometimiento al TC- invoca el principio de prevalencia del art. 149.3 CE y afirma que simplemente se ha procedido a seleccionar la norma aplicable, lo que entra de lleno en su función jurisdiccional. Pero sobre todo hay que realzar esta afirmación: “al seleccionar la norma aplicable al caso, *sin incluir ningún juicio de eventual [in]constitucionalidad de normas autonómicas*, no excedemos nuestro cometido”⁶². Eso es lo que, en el fondo, podría sustentar la postura del TS.

Si bien se observa, esta jurisprudencia del TS que abiertamente contradice lo que hemos dicho para el caso de que la norma autonómica tenga rango de ley, lleva en sí una carga de profundidad que conduce también a negar lo que hemos afirmado cuando la norma autonómica es meramente reglamentaria: esa misma selección de la norma aplicable la podrían hacer todos los jueces de todas las jurisdicciones y también las Administraciones o hasta los particulares, que sencillamente deben elegir la norma aplicable. Si todo eso se acepta, como está ínsito en esta jurisprudencia del TS, nuestro principio de prevalencia pasaría a tener la potencia del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea que tiene como corolario, según dijimos, la inaplicación por todos de cualquier norma nacional, sea cual fuere su rango, contraria a cualquier norma europea.

Es tentador. Creo, sin embargo, que esta forma de proceder choca con el sentido de los arts. 153.a) y 163 CE. No hay sólo, aunque así lo quiera presentar el TS,

prevalencia y el poder judicial”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 569 y ss.; y DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Sobre la reconstrucción del Estado autonómico”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 51 (2015), p. 78: la invalidez de una ley autonómica posterior a la estatal contraria “puede ser declarada por el TC, con independencia de que los órganos judiciales la desconozcan e inapliquen”.

⁶² La misma tesis, y respecto a un supuesto prácticamente idéntico, la mantuvo poco después la STS de 27 de febrero de 2014 (rec. cas. 5116/2011). En este caso era la legislación urbanística castellano-manchega de 2004 la que eximía de repetición de la información pública en ciertos casos de modificaciones sustanciales del planeamiento y, por ello, contradecía una Ley estatal anterior, la Ley de Suelo de 1998. Esta STS de 27 de febrero de 2014, citando literalmente la de 23 de septiembre de 2013 y el ATS de 30 de abril de 2013, decide, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la ley autonómica, inaplicarla y declarar la nulidad del Plan de Ordenación de Toledo por vulneración de la Ley estatal. Esta STS tiene particular interés porque después fue anulada por la STC 195/2015, a la que ya nos hemos referimos en una nota anterior.

elección de la norma aplicable e inaplicación de la autonómica. Esta inaplicación se basa en su consideración como inconstitucional, aunque se camufle, aunque no se pronuncie formalmente: se inaplica la ley autonómica porque se la considera incursa en una inconstitucionalidad mediata por contradecir un límite constitucional que tenía cuando se aprobó. Y esto cae dentro del monopolio del TC que no sólo cubre la declaración formal de inconstitucionalidad y nulidad de las leyes sino también cualquier juicio sobre su inconstitucionalidad, aunque sólo sea a los efectos de, por su nulidad, inaplicarla. Si no fuese así, ningún juez tendría nunca que elevar cuestión de inconstitucionalidad: le bastaría no incluir formalmente un juicio de inconstitucionalidad de la ley autonómica (o de otra ley cualquiera) y decir que está sólo eligiendo la norma aplicable para burlar el monopolio del TC.

8.4. Inaplicación por todos de la norma autonómica contraria a la estatal posterior. Negación por el TC

Si se opta, como aquí hemos defendido, por considerar que la norma autonómica devendrá general e indefinidamente desplazada por la estatal posterior, cualquiera que se enfrente con tal colisión de normas deberá simplemente aplicar la norma estatal que es al mismo tiempo prevalente (superior) y posterior. Y ello tanto sea una norma autonómica reglamentaria o tenga fuerza de ley⁶³. No habrá en esa elección de la norma estatal posterior aplicable nada que suponga el enjuiciamiento de una ley autonómica ni de la voluntad del legislador ni atisbo de reproche de inconstitucionalidad ni declaración de ningún género sobre su validez: sólo sobre su aplicabilidad y sólo en función de su contradicción con una norma estatal posterior. Igual que si se tratara de la oposición entre dos leyes estatales o de la que se produzca entre dos leyes autonómicas que se suceden en el tiempo. El hecho de que se produzca entre normas de dos ordenamientos no cambia nada. El que se hable de desplazamiento y no de derogación es intrascendente a este respecto. El hecho de que el conflicto deba resolverse en favor de la ley estatal, que es prevalente, y en detrimento de la autonómica tampoco cambia nada. Y el dato de que sea así en virtud de una regla constitucional -la de la prevalencia del Derecho estatal- también es irrelevante puesto que la Constitución, incluido el principio de prevalencia, es norma de aplicación directa por todos, no sólo por el TC. Así que cualquiera que deba actuar o resolver ante esa norma autonómica contraria a una estatal posterior puede y debe optar sin más por ésta. Y, desde luego, puede hacerlo cualquier juez sin que para ello deba plantear cuestión de inconstitucionalidad⁶⁴. Es más, si sólo este efecto del desplazamiento se ad-

⁶³ Vid. LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de...*, pp. 149 a 151.

⁶⁴ Así lo razona MUÑOZ MACHADO, S., *Informe...*, pp. 138-139, hasta concluir que en estos casos no hay "una evaluación de la validez de las normas en conflicto y por ello no es preciso que el TC se

mite, los jueces no sólo no deberían sino que no podrían suscitar la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁵.

Si se acepta que, además de ese desplazamiento, la norma autonómica adolece de inconstitucionalidad y nulidad sobrevenida -o sea, la tesis heterodoxa y utilitarista de que antes hablábamos- habría que admitir que, junto a la posibilidad de que cualquiera inaplique la norma autonómica, cabe obtener una declaración formal de tal inconstitucionalidad y nulidad. Entonces reaparece la competencia del TC, pero sólo cubre una parte. Si se trata de una norma autonómica reglamentaria, esa declaración de inconstitucionalidad y nulidad sobrevenida podrá hacerla la jurisdicción contencioso-administrativa; y sólo eventualmente el TC si el reglamento es impugnado por la vía del art. 161.2 CE⁶⁶. Pero si se trata de una norma autonómica con fuerza de ley, los arts. 153.a) y 163 CE imponen el monopolio del TC: sólo él podrá declarar la nulidad e inconstitucionalidad sobrevenida de la ley autonómica. La consecuencia práctica es

pronuncie preventivamente”. Igualmente, entre otros, LEGUINA VILLA, J., “Notas sobre...”, cit., pp. 237-238. Tras insistir en el monopolio del TC para declarar la inconstitucionalidad de las leyes autonómicas por su contradicción con leyes básicas, al final excepciona abiertamente los casos en que la contradicción se produzca con una norma estatal posterior porque se tratará sólo de una cuestión de “falta de vigencia”, no de invalidez; porque la “ley básica posterior ... deroga directamente la ley básica anterior e indirectamente también la ley autonómica...”. Así, concluye que “en tal operación ... no hay, como se ve, juicio alguno sobre la validez de las normas en conflicto, sino sólo escrutinio de las normas derogadas, según la regla general del art. 2.2 CC, y elección de la norma vigente y, por tanto, aplicable al caso”. Igualmente, entre otros, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2014, pp. 180 y 325. Está línea también ha contado con valedores en el propio TC, aunque sólo plasmada en votos particulares. El último relevante el de Xiol Rius a la STC 195/2015: tras recordar el principio de prevalencia y de recalcar que “la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas... aprobadas válidamente en su momento”, afirma que esta prevalencia no da lugar a “un supuesto de declaración de nulidad de la norma autonómica cuyo monopolio compete al TC *ex art.* 163 CE” sino que “es un supuesto de inaplicación en que la normativa autonómica resulta desplazada por criterios de prevalencia que, como labor de interpretación y aplicación de normas en conflicto, puede ser desarrollada con naturalidad por los órganos jurisdiccionales...”. Lástima que, como hemos observado antes, este voto parece impertinente para el caso que abordaba la STC 195/2015 y contra la que se formula pues allí no se trataba de una ley estatal posterior a la autonómica sino anterior a ella.

⁶⁵ Ello salvo que el juez dude de la constitucionalidad de la ley estatal; sobre todo, que dude si la ley estatal ha respetado la distribución de competencias pues si no fuese así no podrá prevalecer. Lo observa agudamente COSCULLUELA MONTANER, L., “El control de las leyes autonómicas...”, cit., p. 1755: “... la derogación de la ley autonómica puede apreciarla el Tribunal contencioso-administrativo directamente, salvo que dudando de la validez de la ley estatal deba plantear previamente la cuestión de constitucionalidad...”.

⁶⁶ Todo, sin embargo, sometido a los plazos del respectivo recurso que de ordinario se habrán superado ya, sin que se haya planteado su reapertura tras la aprobación posterior de una norma estatal contradictoria. Tal vez podría lograrse tal declaración de nulidad sobrevenida mediante revisión de oficio por la misma Administración autonómica.

(o sería si es que se aceptara esta construcción) la siguiente: cualquiera puede simplemente inaplicar la ley autonómica; cualquier juez puede inaplicar la ley autonómica pero podría, en vez de ello, elevar cuestión de inconstitucionalidad en cuyo caso el TC pronunciaría formalmente la inconstitucionalidad y nulidad de la ley. Además, claro está, cabría también (si se está en plazo) recurso de inconstitucionalidad contra la ley autonómica que, si prospera, terminaría con igual pronunciamiento de inconstitucionalidad y nulidad sobrevenidas⁶⁷. Ello tendría ventajas: la de permitir al juez en los casos más dudosos someter el juicio al TC; la de permitir un recurso de inconstitucionalidad contra la ley autonómica, si se está en plazo; y la de posibilitar una declaración formal *erga omnes* sobre la ley autonómica con el aumento de la seguridad jurídica que ello entraña⁶⁸. Esto es conforme con jurisprudencia consolidada del TC que por ello ha venido admitiendo tanto cuestiones de inconstitucionalidad como recursos de inconstitucionalidad frente a leyes autonómicas contrarias a normas estatales posteriores⁶⁹. Todo al igual que en su momento se aceptó que las leyes anteriores a la Constitución y contrarias a ella tenían la doble condición de leyes derogadas y de leyes con inconstitucionalidad y nulidad sobrevenidas, y ello con el efecto útil de permitir, por

⁶⁷ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, II, pp. 272-273.

⁶⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, II, cit., pp. 243-244; y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución...*, cit., p. 312.

⁶⁹ Creo que la primera vez en que lo hizo fue en STC 27/1987. En un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley valenciana de 1983 consideró que ésta, aunque inicialmente correcta, tenía un precepto que resultaba contrario a la LRBRL de 1985 y declaró la “nulidad (del precepto autonómico)... con efectos desde la entrada en vigor de la citada Ley de Bases...”. Después, más clara y directamente lo hizo en la STC 1/2003: recurso de inconstitucionalidad contra ley extremeña de la función pública que cuando se aprobó era conforme con la legislación básica pero que, por modificación posterior de ésta, devino disconforme con ella. Estimó el recurso por considerar que esa disconformidad sobrevenida suponía su nulidad sobrevenida. También responde a este esquema la STC 162/2009 al resolver cuestión de inconstitucionalidad contra una ley aragonesa de 1999 contraria a ley estatal de 2003. Igualmente lo ha aplicado en la STC 106/2014 al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la ley cántabra de 2013 que prohíbe el fracking por ser contraria a ley estatal básica aprobada meses después, que lo permite: estima el recurso porque la ley autonómica “resulta incompatible con la legislación básica estatal sobrevenida, lo que determina la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad...”. Estas SSTC no son erróneas en sí mismas en la medida en que cabe aceptar la nulidad sobrevenida, siempre que no se excluya el simultáneo desplazamiento de la norma autonómica y, por tanto, su inaplicación por todos. Lo criticable es que no lo aclarasen y que, por su forma de razonar y por su olvido del principio de prevalencia, incubaron el mal que la STC 66/2011 consumó. Fue esto lo que ya detectó el certero voto particular formulado por tres Magistrados a la STC 1/2003, que ya reclamaba la solución pura en virtud del principio de prevalencia. También cuenta con un voto particular la STC 106/2014, pero de éste nada útil para lo aquí expuesto puede salir: no cambia el planteamiento y no acude de ninguna forma a la prevalencia, sino a la competencia (sacando incluso a relucir la idea del título competencial prevalente). Se sitúa de lleno en la línea aquí repudiada. Algo más que el germen del error hay en la STC 166/2014: ante una ley autonómica que devino contraria a una ley estatal posterior, estimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Hasta aquí nada que objetar. Pero

una parte, que cualquiera pudiera inaplicarlas y, por otra, que pudieran ser objeto de una declaración *erga omnes* de nulidad por el TC⁷⁰. Por las mismas razones y buscando la misma utilidad cabe aceptarlo aquí⁷¹.

Pero, como ya anunciamos, el TC ha optado por considerar que no hay ni desplazamiento ni derogación sino sólo inconstitucionalidad y nulidad sobrevenidas. Con esa premisa, la solución para lo que ahora nos ocupa es esta otra: sólo él, el propio TC, puede resolver estas colisiones frontales entre norma autonómica con rango de ley y norma estatal posterior⁷². Esta solución aparece acabadamente en la ya aludida STC 66/2011. Procede ahora completar el supuesto al que se enfrentó y la solución que le dio. Recordemos que se trataba de la colisión entre una ley canaria de 1990 incompatible con una ley estatal básica de 2003. La Administración aplicó sin más la ley estatal de 2003; contra ello recurrió una asociación de vecinos que precisamente se basaba en la ley canaria; la jurisdicción contencioso-administrativa desestimó el recurso por considerar que la ley canaria era contraria a la estatal posterior y que, por tanto, ésta era aplicable y aquélla había devenido inaplicable. Y contra estas senten-

en su FJ 6 va tan lejos como la 66/2011: no se produce “el desplazamiento de la ley autonómica por la posterior legislación básica estatal opuesta a aquélla, sino su inconstitucionalidad sobrevenida y la necesidad de que dicha consecuencia se declare precisamente por este Tribunal, previo planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad”.

⁷⁰ Todo ello, no sin controversia como revela el voto particular de Rubio Llorente a la STC 4/1981, de 2 de febrero, cuya argumentación, por cierto, podría también servir para criticar la idea de la invalidez sobrevenida de las normas autonómicas contrarias a normas estatales posteriores. Sobre esa jurisprudencia de la derogación y de la nulidad sobrevenida de las leyes preconstitucionales son interesantes CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida...*, cit., pp. 62-63; y DÍEZ-PICAZO, L. M., *La derogación de las leyes*, cit., pp. 310 y ss. No es eso lo que aquí nos ocupa. Nos basta poner de manifiesto que con esa acumulación de consecuencias (derogación y nulidad sobrevenida) lo que en el fondo se buscaba era permitir el control de los jueces y el del TC. Por eso ALEGRE ÁVILA, J. M., “La invalidez sobrevenida de los actos jurídicos: inconstitucionalidad sobrevenida e invalidez sobrevenida de los actos administrativos”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 83 (2012), p. 492, dice que “el sintagma *inconstitucionalidad sobrevenida* no es ... sino un mero *nomen* que apela a una cuestión jurisdiccional...”. Lo mismo es lo que sucede aquí si se predica de las normas autonómicas contrarias a normas estatales posteriores que están derogadas (o desplazadas) y que al mismo tiempo tienen inconstitucionalidad sobrevenida.

⁷¹ Pero aunque se esté dispuesto a aceptarlo por su utilidad práctica conste que se pueden alzar contra él muchas razones teóricas y que, de hecho, con mayor rigor, lo negaron categóricamente los votos particulares a las SSTC 1/2003 y 66/2011, como luego se verá. Y en la doctrina lo rechaza radicalmente GARCÍA LUENGO, J., “El desplazamiento...”, sobre todo, pp. 194 a 197, hasta concluir en p. 209 que este concepto está “huérfano de cualquier lógica jurídica”.

⁷² Se supone, aunque no lo dice el TC, que si la norma autonómica en colisión con la estatal posterior es reglamentaria no se da el monopolio del TC. Se tratará también -cabe deducir- de un reglamento devenido inconstitucional y nulo. Pero eso lo podrá declarar la jurisdicción contencioso-administrativa y apreciar cualquier otro juez que, en virtud del art. 6 LOPJ, podrá simplemente inaplicarlo, ahora no por considerarlo desplazado o derogado, sino por considerarlo “contrario a la Constitución, a la ley o al principio

cias la asociación vecinal pidió amparo por vulneración del art. 24 CE. Pues bien, la STC otorgó el amparo con este razonamiento: como no hay desplazamiento, sino inconstitucionalidad, y como se trata de una ley, sólo el TC puede decidir su contradicción con la norma estatal posterior. Por tanto, el Juzgado y el Tribunal de lo Contencioso debieron plantear la cuestión de inconstitucionalidad. No hacerlo supone -exactamente igual que si estuviera ante una ley autonómica posterior a la estatal- “menoscabar la posición ordinal de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control”; también exceso de jurisdicción; dictar una sentencia no fundada en Derecho; y, por fin, violación de derecho fundamental del art. 24 CE⁷³.

Los diversos elementos de esta argumentación se han ido gestando a lo largo del tiempo en la jurisprudencia del TC: algunos ya tenían en potencia la solución errónea de esta STC 66/2011⁷⁴. Además se han vuelto a reiterar en SSTC posteriores⁷⁵. Pero es la STC 66/2011 la que lleva esta fundamentación hasta sus últimas consecuencias.

de jerarquía normativa”, por decirlo con las mismas palabras del art. 6 LOPJ. En ese sentido, COSCULLUELA MONTANER, L., “El control...”, cit., p. 1745.

⁷³ Ya se puede imaginar lo sucedido en ese caso concreto después de esta STC 66/2011: el asunto volvió al Juzgado tinerfeño que planteó la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por STC 159/2012, de 17 de septiembre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de aquél precepto canario. Es de suponer, aunque no nos consta, que finalmente el Juzgado de Tenerife dictó sentencia en el mismo sentido de la primera

⁷⁴ Así, el progresivo abandono del principio de prevalencia y la admisión de recursos de inconstitucionalidad y de cuestiones de inconstitucionalidad contra las leyes autonómicas incompatibles con normas estatales posteriores sin la más mínima alusión a que también cabía la simple inaplicación de la ley autonómica aparecen ya en las SSTC 27/1987, 163/1995, 173/2002, 1/2003, 58/2004 y 162/2009. Incluso así, podía seguir pensándose que cualquiera podía inaplicar esa ley autonómica incompatible con la estatal posterior y que el TC no lo declaraba porque no era lo que se le planteaba en el caso. O sea, cabía sostener que el TC simplemente acogía la vía heterodoxa de sumar inaplicación e inconstitucionalidad sobrevenida y que, por tanto, admitía su propia competencia sin perjuicio de la mera inaplicación por todos.

⁷⁵ Concretamente SSTC 187/2012, 177/2013, 106/2014, 166/2014 y 195/2015: en todas ellas se discurre en la misma línea que la STC 11/2011. Pero con diferencias sobresalientes. Tres de ellas (las SSTC 187/2012, 177/2013 y 195/2015) se ocupan de casos en que la ley estatal era anterior de modo que, como observa certeramente RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos...”, cit., pp. 205-206, nota 10, es correcto que el TC acepte su competencia y excluya la de los jueces y tribunales ordinarios. En el caso de la SSTC 106/2014, se trata de una ley autonómica originariamente válida (la ya aludida Ley de Cantabria de 2013 que prohibía el *fracking*) que después devino incompatible con una ley estatal posterior. Pero lo que resuelve es un recurso de inconstitucionalidad y no hay inconveniente en admitirlo y estimarlo, si se acepta la solución heterodoxa pero útil de acumular desplazamiento y nulidad sobrevenida: el TC puede resolver el recurso y declarar la inconstitucionalidad y nulidad sobrevenidas de la ley autonómica sin que ello niegue que cualquier juez o tribunal pueda simplemente inaplicarla por darla por desplazada. Y en el caso de la STC 166/2014 se trataba de resolver una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley autonó-

Esta solución no tiene, que sepamos, parangón en el Derecho comparado. Desde luego, claro está, sólo puede existir cuando hay un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Por tanto, no es siquiera imaginable en los Estados Unidos. Tampoco es ni remotamente similar a lo que se acepta para hacer valer la primacía del Derecho de la Unión Europea respecto a los nacionales que impone que cualquier juez deba inaplicar toda norma -incluidas las que tengan rango de ley y hasta constitucional- contraria a aquél. Pero es que ni en Alemania -con un TC que, como el nuestro, tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes- rige nada similar sino que se acepta que los jueces y tribunales ordinarios pueden por su propia autoridad y en ejercicio de su normal función jurisdiccional inaplicar la norma de uno de los *Land* incompatible con el Derecho Federal posterior⁷⁶.

Los comentaristas de esta STC 66/2011, todos críticos, han puesto de relieve tanto los defectos de su razonamiento y solución, como sus lamentables consecuencias⁷⁷. Por lo que a lo primero se refiere, ante todo esta jurisprudencia -y especialmente la STC 66/2011- prescinde del principio de prevalencia, como bien observó el impecable voto particular del Magistrado Delgado Barrio⁷⁸ y la doctrina⁷⁹. Tanto que, a fuer de exactos, no es que el TC se haya arrogado la exclusividad de la aplicación del principio de prevalencia frente a leyes autonómicas; es más bien que lo ignora por completo y que lo que debería resolverse conforme a la prevalencia lo plantea y resuelve como un problema de incompetencia (de una absurda incompetencia sobrevenida)⁸⁰; es la apreciación de esa incompetencia y la declaración de su consecuencia, la nulidad, lo que

mica devenida contraria a la estatal posterior, cuestión que no hay inconveniente en admitir y estimar sin perjuicio de aceptar que el juez que la planteó también pudo simplemente inaplicar la ley autonómica. Así que, insistamos, sólo en la STC 66/2011 se consuma plenamente y se aplica la conclusión inadmisibles.

⁷⁶ Ello, por cierto, pese a que la literalidad del art. 100.1 in fine de la Ley Federal de Bonn pudiera dar pábulo a otra solución cuando dispone que ese monopolio del TC federal “rige también cuando se trate ... de la incompatibilidad de una ley de un *Land* con una ley federal”. Se ha entendido que esto sólo rige cuando esa norma federal sea anterior a la ley del *Land*, no cuando sea posterior pues en este último caso “no se está cuestionando la autoridad del Legislador estatal sino fijando el Derecho vigente”. Lo explica así GARCÍA LUENGO, J., “El desplazamiento...”, p. 197, con cita de jurisprudencia y doctrina alemanas.

⁷⁷ GARCÍA LUENGO, J., “El desplazamiento...”, pp. 191 a 203 y 209; RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos de la legislación...”, cit., pp. 205 a 213; RUÍZ LÓPEZ, M. A., “La cláusula de prevalencia...”, cit., sobre todo pp. 160 y ss.

⁷⁸ Literalmente afirmaba, con todo acierto y rotundidad, que la solución de la STC 66/2011 “prescinde del mandato constitucional de prevalencia” y que “el abandono del principio de prevalencia es, ante todo y sobre todo, una inaplicación de la Constitución”. A este respecto no razona más ni hacía falta porque, en efecto, la solución de la sentencia es flagrantemente contraria al principio de prevalencia.

⁷⁹ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos de la legislación...”, cit., pp. 205-206.

⁸⁰ Por ello, con razón, MUÑOZ MACHADO, S., *Informe...*, p. 136, presenta esta jurisprudencia como consecuencia de plantear estos problemas como problemas de incompetencia.

el TC se arroga en exclusiva. Además parte de la premisa insostenible, como ya se explicó, de que en estos casos hay inconstitucionalidad y nulidad pero no desplazamiento ni derogación; y, siendo tal premisa errónea, lo es su conclusión. También hurta a los jueces su función jurisdiccional⁸¹ al desorbitar el ámbito y el sentido del monopolio del TC⁸² que, como es obvio, se estableció para que los jueces ordinarios no pudieran enjuiciar la constitucionalidad de las decisiones de los legisladores, no para que no puedan decidir que una ley posterior debe aplicarse en vez de la anterior contraria. Porque no es ya que se prescindiera de la prevalencia del Derecho estatal sino hasta del elemental principio de que la ley posterior impide la aplicación de la anterior incompatible con ella.

En cuanto a lo segundo, a sus consecuencias, se ha dicho que son negativas para los litigantes del pleito concreto -que se alargará con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad- hasta el punto de poder constituir una vulneración del derecho a obtener justicia en un plazo razonable⁸³. Lo son, explican también los autores, para el propio funcionamiento del sistema porque supone que la real y efectiva entrada en vigor de la nueva norma estatal se podrá posponer hasta un remoto pronunciamiento del TC⁸⁴. Mientras tanto tendrá una fuerza potencial, pero en letargo. Y es que si los jueces han de plantear cuestión de inconstitucionalidad, todos los demás, incluidas las Administraciones, que no pueden plantear tal cuestión ante el TC ¿qué deben hacer? ¿qué debería hacer un empresario ante una norma estatal que liberalice por completo los horarios comerciales o las rebajas entretanto las leyes autonómicas anteriores no se modifiquen para adaptarse a la nueva legislación estatal? ¿y qué deberán hacer las Administraciones encargadas de hacer cumplir esa regulación comercial? ¿ignorar la liberalización hasta que el legislador autonómico apruebe una nueva ley

⁸¹ Por ello objeta GARCÍA LUENGO, J., “El desplazamiento...”, p. 195, que “los Jueces y Tribunales ordinarios tienen el monopolio constitucional de la jurisdicción” que comprende “la labor de juzgar la vigencia de la norma y su aplicabilidad a cada caso concreto”, monopolio que esta jurisprudencia constitucional aniquila.

⁸² MUÑOZ MACHADO, S., *Informe...*, cit. pp. 136-137.

⁸³ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos de la legislación...”, cit., p. 208. GARCÍA LUENGO, J., “El desplazamiento...”, pp. 203-204. También el voto particular de Delgado Barrio hablaba de “graves e inconvenientes consecuencias prácticas” y lo justificaba poniendo de relieve que se daba lugar a “un complejo peregrinaje jurisdiccional -de ida al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de vuelta al Tribunal Constitucional y otra vez de ida a dicho Juzgado- que ha de conducir a que se dicte una nueva sentencia con el mismo fallo que ahora anulamos”. Sólo cabe objetar que, además de este absurdo peregrinaje judicial y del retraso para los litigantes y para la justicia, hay efectos aún más nocivos para el funcionamiento de todo el sistema y para las posibilidades del legislador estatal, consecuencias desastrosas contra las que el voto particular no alertó.

⁸⁴ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Sobre los efectos de la legislación...”, cit., pp. 208-209

adaptada? Y, al margen de ese ejemplo ¿es que hay que seguir aplicando como si nada las leyes autonómicas urbanísticas claramente incompatibles con la Ley 8/2013 de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas? ¿o todas las leyes autonómicas que han devenido incompatibles con la LRBRL tras la reforma introducida por la Ley 27/2013? ¿o las que resulten contrarias a las nuevas Leyes de Procedimiento Administrativo Común o de Régimen Jurídico del Sector Público? Los ejemplos pueden multiplicarse. La respuesta implícita en esta jurisprudencia es que, en efecto, habrá que seguir aplicando la ley autonómica a la que, sorprendentemente, se le da una preferencia transitoria, todo hasta provocar algún proceso en el que un juez plantee la cuestión de inconstitucionalidad y permita al TC pronunciarse para, tras ello, deshacer todo lo hecho. A la postre, por tanto, no sólo se sobrecarga de trabajo al TC, que a duras penas y con retraso puede con lo que realmente le corresponde, sino que se multiplica absurdamente la litigiosidad obligando a todos a suscitarse procesos para que los jueces eleven cuestión de inconstitucionalidad.

Lo peor es que, en el fondo, esta jurisprudencia acaba hasta con la aplicabilidad directa de las normas estatales. Y, sobre todo, nótese que la capacidad del legislador estatal para alterar efectivamente el Derecho, afrontar situaciones coyunturales o imponer nuevas políticas queda muy mermada. Tal vez conseguirá imponer efectivamente sus reformas cuando ya se hayan aprobado las siguientes. Y, entonces, vuelta a empezar. En cualquier caso, da un arma a las autoridades autonómicas que quisieran obstruir la efectiva vigencia de las leyes estatales que puede conducir a situaciones aberrantes. Y en un hipotético escenario de deslealtad institucional generalizada, esta jurisprudencia será fatal.

IX. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTA

No todo lo que aquí se ha contado es la historia de lo que pudo ser y no fue. No es la historia virtual de nuestro principio de prevalencia. Pero sí hemos ido viendo su potencial y cómo ha sido desperdiciado. Ni respetándolo y aplicándolo en toda la medida en que aquí se ha defendido podrá equiparse en fuerza y virtualidad al principio de primacía de la Unión Europea. Pero es el caso, como creo haber demostrado, que por una suma de desviaciones y errores, se han malogrado las muchas posibilidades que sí tenía y que se desprenden de la misma Constitución. Todo hasta llegar a la situación paradójica, por no decir ridícula, de que nuestro principio de prevalencia, el de un Estado con una Constitución que lo proclama, no es ya casi nada, al tiempo que el de primacía de la Unión -que no es un Estado y que en ningún Tratado lo proclamaba- es de fuerza irresistible. Urge recuperar el principio de prevalencia, restablecerlo en toda su dimensión y operatividad.

Desde luego, se puede y se debe hacer aunque no se modifique la Constitución. Es más, todo lo aquí defendido es lo que, como también se ha ido viendo, sostuvo la buena doctrina, acaso con ocasionales desfallecimientos por contaminación. Pero si una reforma de la Constitución se emprendiera, debería incluir sin ninguna duda una nueva formulación del principio. Así, por lo pronto, estaría más justificado y sería más fácil romper con la situación creada, acabar con la inercia y superar la jurisprudencia que poco a poco lo ha ido dilapidando, carcomiendo hasta dejarlo reducido a polvo, ceniza, nada. Sería, además, una oportunidad de redactarlo más correctamente en un precepto dedicado sólo a él⁸⁵.

No se trata de hacer aquí una propuesta concreta. Cualquiera, inspirada en los referentes que ofrecen la Constitución de los Estados Unidos o la Ley Fundamental de Bonn o la misma Unión Europea -aunque en este caso no hay un concreto precepto que lo plasme-, serviría. Bastaría con decir que el Derecho del Estado aprobado en virtud de sus competencias (o, tal vez, “aprobado conforme a la Constitución”, que es más amplio y más parecido a lo que dice la Constitución americana) prevalece (o, quizá, mejor, “prima”, para huir hasta de los mismos términos, escapar más fácilmente de los errores anteriores y evocar el modelo de la Unión Europea) sobre el de las Comunidades Autónomas y todos están obligados a observarlo (de nuevo, al modo de la Constitución de EEUU). Con esa o parecida redacción, lo que en otros preceptos se establezca sobre el monopolio del TC hará el resto y compatibilizará esta prevalencia o primacía o superioridad del Derecho estatal con nuestro sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. Por otro lado, no debería suscitar reticencias en tanto que sólo se trata de recoger lo mismo que en Constituciones de Estados Federales sólidos o en la Unión Europea, que, se supone, no es propiamente ni eso.

Un precepto de este género sería mucho más útil e importante que mejorar la distribución de competencias y mitigaría sus defectos e insuficiencias que, por mucho que se perfeccione, inevitablemente tendrá. También paliaría ciertas carencias de nuestra Constitución como la inexistencia de un deber expreso de acomodación del Derecho atómico al estatal y de instrumentos de coerción para hacerlo cumplir al modo en que

⁸⁵ No resultará difícil mejorar su actual consagración en el art. 149.3 CE que, forzoso es reconocerlo, no es modélica. Por lo pronto, aparece en una oración subordinada, pese a ser un principio clave, sin que su contenido guarde ninguna relación con la oración principal. Súmese a lo anterior que lo circunscribe a “caso de conflicto” y a los supuestos en que no haya “exclusiva competencia” de las Comunidades Autónomas, todo lo cual sobra y crea confusión. Y ello en un precepto, ese art. 149.3, abigarrado en el que, además, aparece, en primer lugar, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman en sus Estatutos las competencias sobre las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución y, al final, la supletoriedad del Derecho estatal respecto al de las Comunidades Autónomas. Así, suma a los defectos de su inspirador (el art. 21 de la Constitución Española de 1931), otros cuantos. Con independencia

conocen, no ya los Estados Federales, sino hasta la Unión Europea⁸⁶. Carencias que, sumadas a la eliminación de un verdadero principio de prevalencia, colocan al Estado, frente a las Comunidades Autónomas, en una posición de postración frustrante en cualquier sistema que pretenda ser tal.

En conclusión, con o sin reforma constitucional, la búsqueda de la prevalencia perdida hasta rescatarla del triste destino que se le ha asignado es misión indeclinable, prioritaria y urgente. La reforma de la Constitución sería una oportunidad para hacer más fácil esa tarea que en todo caso hay que emprender.

X. ADENDA. LA RECTIFICACIÓN PARCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SUS SENTENCIAS 102, 116 Y 127/2016

1- Actualizado hasta abril de 2016 el anterior estudio y entregado ya a la imprenta, se han producido las SSTC 102, 116 y 127/2016, de 25 de mayo, 20 de junio y 7 de julio. Aun con el comedimiento propio que aconseja estar en fase de corrección de una galerada, es necesario dar aquí noticia de la novedad que esas sentencias entrañan.

de que quizá esta redacción nefasta sirva de atenuante para los responsables del abandono del principio de prevalencia, queda claro que, en efecto, vale la pena en una eventual reforma de la Constitución intentar una proclamación más clara.

⁸⁶ Repárese que no hay en nuestra Constitución nada equiparable al art. 4.3 TUE: "... Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión". Tampoco hay nada similar al recurso por incumplimiento con posibilidad a la larga de imposición de multas coercitivas y "sumas a tanto alzado" (art. 260 TFUE). Por no haber, ni siquiera hay un deber de adaptar o derogar formalmente las normas autonómicas incompatibles con las estatales posteriores. Naturalmente la situación es por completo diferente en el Derecho europeo y el Tribunal de Justicia sí entiende que existe un deber de los Estados de purgar sus ordenamientos, incluso derogando formalmente sus normas contrarias a las comunitarias (SSTJ Comisión c. Italia de 15 de octubre de 1986 y *Provincia de Bolzano* de 11 de junio de 1989). Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, II, p. 276. Sólo alguna vez el TC ha apuntado tímidamente en esa dirección. Por ejemplo, en la STC 27/1987, que declaraba la inconstitucionalidad sobrevenida de una ley autonómica por su contradicción con una ley estatal posterior, se leía: "... debiendo proceder, en su caso, las Cortes Valencianas a adaptar las correspondientes previsiones legales a lo dispuesto en esta Ley" estatal. Aun más tímidamente la STC 158/2011 dice que la modificación de las bases comporta para las normas autonómicas "su necesaria adaptación a la nueva legislación básica". Pero más que un mandato parece un pío consejo. Y ahora, con su jurisprudencia que prescinde de la prevalencia y que niega la mera inaplicación de la ley autonómica contraria al Derecho estatal hasta que el propio TC la declare nula, un pío consejo sólo para Comunidades Autónomas muy leales.

Las tres sentencias se refieren sólo a uno de los tipos de conflictos entre normas autonómicas y estatales de los que hemos hablado: al que se produce entre leyes autonómicas anteriores que devienen contrarias a normas estatales posteriores.

2- Al margen quedan los otros géneros de conflictos normativos que hemos analizado. En concreto, el de la ley autonómica contraria a normas estatales anteriores; es decir, el de la ley autonómica que desde el mismo momento de su aprobación era ya contraria a la legislación estatal. A este respecto no hay novedad alguna. Al contrario, las seis sentencias dictadas últimamente a este respecto (SSTC 92, 93, 98, 113, 114 y 115/2016) mantienen la solución consolidada: la ley autonómica es nula (con nulidad originaria) por inconstitucionalidad indirecta; y tal nulidad sólo podrá declararla el TC de suerte que los jueces tendrán que plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Las seis se ocupan del mismo caso que la STC 195/2015, de 21 de septiembre, el de la aprobación del Plan de Ordenación de Toledo, del que ya hemos dado cuenta. La contradicción analizada se producía entre una ley urbanística castellano-manchega de 2004 y la ley estatal del Suelo de 1998: ésta exigía la repetición del trámite de información pública siempre que hubiera modificaciones sustanciales mientras que la autonómica posterior eximía de tal trámite en ciertas condiciones y supuestos que precisamente se habían dado en la tramitación del Plan de Toledo. Los Tribunales Contencioso-Administrativos simplemente inaplicaron la ley autonómica sin plantear cuestión de inconstitucionalidad (exactamente igual que ya había hecho la STS de 25 de septiembre de 2013 respecto a la legislación urbanística valenciana, según hemos explicado). E, interpuestos recursos de amparo, las seis SSTC citadas, igual que la 195/2015, los estiman y declaran violados los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías por no haberse suscitado la cuestión de inconstitucionalidad. Esta solución es, como hemos venido defendiendo, correcta. Cosa distinta es que en su fundamentación se deslicen ocasionalmente argumentos erróneos y excesivos que llevarían a extender la misma solución a supuestos distintos en los que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

3- Pero volvamos al tipo de conflictos en el que sí hay novedades, el de las leyes autonómicas que cuando se aprobaron no vulneraban ninguna norma del Estado pero que, después, por la modificación de la legislación estatal, resultan contrarias a ésta. Las tres SSTC 102, 116 y 127/2016 se refieren a los mismos hechos: dos municipios coruñeses (Oza dos Ríos y Cesuras) tramitaron un procedimiento de fusión voluntaria. En Cesuras 7 concejales votaron a favor de la fusión y 4 lo hicieron en contra. Según la LRBRL, desde su modificación en 2003, para esta clase de acuerdos plenarios bastaba la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación sin ningún otro requisito. En cambio, la Ley gallega de Administración Local de 1997, además de esa mayoría absoluta, exigía que votasen a favor dos tercios del número de he-

cho. Lo hacía así porque reproducía la redacción inicial, la de 1985, de la LRBRL. Aunque en el caso no se alcanzaron esos dos tercios, la *Xunta*, aplicando la redacción vigente de la LRBRL y marginado por sí misma la de la ley autonómica, dio por conseguida la mayoría necesaria y aprobó la fusión. Interpusieron tres diferentes recursos contencioso-administrativos contra tal aprobación autonómica los concejales discrepantes de Cesuras y de Oza. Y en los tres procesos contencioso-administrativos el TSJ de Galicia, de acuerdo con la jurisprudencia anterior del TC (en especial, con la STC 66/2011), se creyó obligado a plantear cuestiones de inconstitucionalidad que son las resueltas por las SSTC 102, 116 y 127/2016, todas ellas plenamente coincidentes hasta el punto de que, en realidad, las dos últimas transcriben los fundamentos de la primera. Como se ve, la fortuna ha querido que se tratase de un caso prácticamente idéntico al de la STC 66/2011: así se hace más evidente el cambio de jurisprudencia. Como es la STC 102/2016 la que marca la pauta, sigámosla para exponer la novedosa solución.

4- La rectificación es formal y expresa. Así, en su FJ 2, esta STC 102/2016, tras recordar su doctrina anterior, dice: “Este Tribunal considera, sin embargo, que según los argumentos que se exponen a continuación, *debe apartarse de la doctrina antes indicada...*”.

En esencia, la rectificación consiste en permitir que cualquiera inaplique la ley autonómica devenida contraria a la legislación estatal sin necesidad de pronunciamiento del TC.

Pero para calibrar exactamente el cambio es necesario enfrentar diversas cuestiones ¿En qué fundamenta el TC su rectificación? ¿Qué ámbito material tiene? ¿Se produce desplazamiento e inconstitucionalidad o sólo desplazamiento? ¿Se puede y debe resolver sin acudir al TC o sigue cabiendo que los jueces planteen cuestión de inconstitucionalidad?

5- Por lo que se refiere al fundamento, el TC apunta varios argumentos: la imposibilidad de que ciertos sujetos planteen cuestión de inconstitucionalidad; lo que sucede con reglamentos ejecutivos que devienen contrarios a leyes posteriores; y lo que sucede con las leyes nacionales que resultan contrarias a normas europeas posteriores. Además, en la misma dirección hay unas afirmaciones muy valiosas en sí mismas: “... el legislador autonómico (...) *debe acomodarse a la modificación de la legislación estatal básica...*”; la Comunidad Autónoma tiene un “*deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica*”. Y tras ello aparece el principio de prevalencia:

“En fin, es la solución que se corresponde con lo dispuesto en el art. 149.3 CE que atribuye a las normas del Estado prevalencia...”.

Por lo pronto, ya es novedad de bulto que se hable expresamente de la prevalencia. También es relevante que se invoque respecto a la relación bases/desarrollo para la que algunos habían negado que tal principio fuese de aplicación. Pero es que, además, se hacen varias explicaciones sobre la prevalencia que, a la postre, se convierte en protagonista:

* Se afirma que está destinada, “no a fijar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino a solucionar los conflictos que puedan producirse en aplicación de las normas respectivas...”, lo que es correcto.

* Se dice que de esta regla de la prevalencia son “destinatarios los aplicadores del Derecho sin distinción”, lo que cual es acertado y relevante.

* Se dice asimismo que la prevalencia “proporciona una herramienta útil para que las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los de las Comunidades Autónomas puedan desarrollarse con fluidez...”. Tras el olvido constante del principio de prevalencia, el que se afirme que es “una herramienta útil” es un paso que debe celebrarse.

6- El ámbito material de la nueva solución ésta está limitado por varias vías.

En primer lugar, se circunscribe a las relaciones entre norma básica y norma autonómica de desarrollo, dictadas ambas en virtud del mismo título competencial. Y ello porque se considera que sólo en tal caso opera el principio de prevalencia. Se excluyen del ámbito de la prevalencia los conflictos entre normas estatales y autonómicas dictadas en virtud de títulos diferentes:

“... en los supuestos en que con apoyo en títulos competenciales distintos, Comunidad Autónoma y Estado aprueban productos normativos incompatibles, el conflicto planteado se resuelve sin traer a colación el art. 149.3 CE, en favor del título competencial considerado más específico...”.

No comparto esta afirmación. Por supuesto que, antes de aplicar la prevalencia, debe comprobarse que las dos normas se han dictado con competencia. También puede aceptarse que para resolver lo anterior se tenga en cuenta a veces y entre otros criterios el de la mayor especialidad de un título competencia. Pero, una vez hecho así, puede suceder -y sucede con normalidad- que las dos normas se hayan dictado dentro de las respectivas competencias. Y si ello ocurre no hay ninguna razón para que no despliegue sus efectos la prevalencia del Derecho estatal. La afirmación recién transcrita del TC supone una reducción injustificada y errónea del significado y ámbito del

principio de prevalencia del Derecho estatal que, además, es amplia y resulta muy inconveniente. Para el caso concreto que se resolvía no se dejan sentir los efectos perniciosos de tal restricción, pero se evidenciarán con frecuencia en otros muchos supuestos. Lo cierto es que, excluida la prevalencia de la relación entre normas estatales y autonómicas aprobadas en diversas materias, en esos mismos casos queda excluida por completa la nueva solución y se mantiene, como antes, la necesaria intervención del TC.

Pero es que, además, en segundo lugar, la STC 102/2016 introduce otra restricción a la nueva solución: la confina a las llamadas *leges repetitae*. De hecho, hace consideraciones específicas sobre ellas en los FJ 5 y 6 para explicar que no hay siempre inconstitucionalidad cuando las leyes autonómicas de desarrollo reproduzcan normas estatales básicas, que a veces ello sólo merecerá, si acaso, “reproches de técnica legislativa” sin perjuicio del “carácter superfluo de la legislación reproductora”. Con ese punto de partida, sólo admite su nueva solución para tales casos. De hecho, comienza aclarando que cambia su jurisprudencia para “un caso como el que da origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad en que la *legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica*, y ésta se modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica” (FJ 2). Y después explica que el supuesto analizado es peculiar porque se trata de un precepto básico que se introdujo en la ley autonómica de desarrollo “por puro mimetismo”. Parece, por tanto, que sólo en tales hipótesis (la de las normas de desarrollo que reproducen normas básicas) admite que no se plantee la cuestión de inconstitucionalidad. Ningún fundamento se ofrece para esta segunda restricción que sólo parece obedecer al hecho de que eso era lo que se presentaba en el caso concreto y quizá al miedo a la inseguridad que produce que cualquiera puede por su cuenta inaplicar leyes autonómicas: sólo en el caso de las *leges repetitae* la operación es tan simple que no hay riesgo de inseguridad. Pero lo cierto es que, le guste o no al TC y aunque en efecto esto provoque inseguridad, todos los sujetos (sobre todo las Administraciones) que se encuentran con normas estatales y autonómicas contradictorias tienen que elegir una e inaplicar otra sin que, salvo los jueces, puedan plantear la cuestión de ilegalidad. Así que esta restricción del TC no soluciona el problema sino que deja a todos, salvo a los jueces, ante un callejón sin salida.

Tal vez pudiera verse otra restricción a la nueva solución en su argumentación basada en que sólo los jueces pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad:

“El operador jurídico primario (...) tiene necesariamente que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes en conflicto y no tiene legitimación para suscitar cuestión de inconstitucionalidad...”.

En el caso enjuiciado, ese “operador jurídico primario” era una Administración. Pero, además de que ello es muy frecuente, en otros supuestos el operador jurídico primario será un sujeto privado que tampoco puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad: así, cuando se trate de normas de Derecho privado e incluso de Derecho Administrativo (incluido el Tributario y el de la Seguridad Social) cuando, como es normalísimo, quien primero ha de observarlas es un particular. Así que esta supuesta restricción de la excepción tiene ínfimas consecuencias prácticas. Como máximo, podrían quedar excluidas las normas procesales que primeramente deban ser aplicadas por jueces que sí pueden elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Así que el argumento de la falta de legitimación para suscitar cuestión de inconstitucionalidad no añade una restricción adicional a la nueva solución y es sólo un argumento complementario que, como dice la misma sentencia, “pone de manifiesto de un modo más patente las consecuencias inconvenientes a que conduce la aplicación de nuestra doctrina” (FJ 3).

Sea como fuere, lo cierto es que no hay un abandono completo de la jurisprudencia anterior sino sólo una rectificación parcial. Se mantiene aquélla con una excepción para las leyes autonómicas de desarrollo que reproducen preceptos básicos después modificados⁸⁷. Una excepción que, aunque significativa, si se interpreta estrictamente, tendrá un ámbito reducido.

7- Pero, exactamente ¿qué sucede en esos supuestos en que se admite la excepción? Lo aborda la STC en su FJ 6. Tal y como hemos hecho antes, distingamos entre los efectos materiales (desplazamiento o derogación o nulidad) y la cuestión de quién puede aplicarlos (todos, los jueces o el TC).

Respecto a lo primero el TC habla claramente de inaplicación y desplazamiento de la ley autonómica. Y rechaza la derogación. Lo sorprendente es que rechaza también la inconstitucionalidad y nulidad sobrevenidas:

“Es este uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse (...) inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal”.

⁸⁷ Coinciden así estas tres SSTC con la rectificación propuesta por GONZÁLEZ SANFIEL, A. M., “Desplazamiento *versus* inconstitucionalidad sobrevenida (La lucha encubierta entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional)”, en BAÑO LEÓN, J. M. (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, 2016, II, p. 1638, estudio valioso que por razones temporales no pudo tenerse en cuenta en la redacción inicial de este artículo.

Que rechace la derogación obedece a doctrina relativamente extendida por más que aquí antes hayamos subrayado que este desplazamiento es muy similar a una derogación. Lo asombroso es que también niega la nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida. En teoría, me parece correcta esa negación, pero supone un apartamiento de la precedente doctrina del TC que no era necesario y que quizá case mal con su mantenimiento general: si en los otros casos el TC va a seguir sosteniendo que la norma estatal posterior incompatible con una ley autonómica anterior produce la inconstitucionalidad y nulidad sobrevenida de ésta, no se entiende muy bien que en este caso no se produzca ese efecto. En este contexto, habría sido más razonable afirmar la nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, aunque simultánea al desplazamiento.

8- En cuando a los sujetos que pueden realizar la valoración de la contradicción entre norma estatal y autonómica y aplicar la prevalencia, la respuesta de la STC 102/2016 es corolario de lo que acabamos de señalar. Obvio es que si hay desplazamiento la “cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal (...) resulta (...) innecesaria”. Pero, ¿además de innecesaria es improcedente? En efecto, eso afirma ahora el TC: como sólo hay desplazamiento y no inconstitucionalidad y nulidad sobrevenidas, no puede intervenir el TC y, en suma, las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas se declaran inadmisibles. Se completa en el FJ 7 con un argumento discutible o sólo tautológico: como la ley autonómica “no resulta aplicable al caso (...) debemos declarar la inadmisibilidad” de la cuestión. O sea, queda desterrada la solución heterodoxa que aquí estábamos dispuestos a aceptar por la utilidad que tenía conseguir una declaración *erga omnes* sobre la incompatibilidad de la ley autonómica con el Derecho estatal subsiguiente. De nuevo hay que decir que en principio es una opción razonable, incluso la más pura y conforme a la prevalencia. Lo dudoso es que encaje bien con el mantenimiento de la jurisprudencia anterior en otros ámbitos. Ahora va a haber unos casos en los que es imprescindible plantear la cuestión de inconstitucionalidad so pena de incurrir en violación del derecho a la tutela judicial efectiva; y otro (el de las leyes de desarrollo que repitan preceptos básicos) en los que la cuestión de inconstitucionalidad ni siquiera cabe. No habrá supuestos en que el juez pueda optar entre solucionar el problema por sí mismo (mediante la prevalencia y la inaplicación) y plantear la cuestión ante el TC: en un caso deberá optar por aquella y en los demás por ésta.

9- Por tanto, el TC rectifica sólo en parte: no abandona por completo su jurisprudencia anterior. Sólo introduce una excepción muy reducida. Pero también muy significativa. Abre una brecha que debe ampliarse. Y espero y auguro que así se hará porque hay en estas sentencias elementos capaces de propiciar una rectificación más amplia y radical, la que supondrá rescatar de su olvido y revitalizar el capital principio de la prevalencia del Derecho estatal. Más aun: la situación, con su distinción artificiosa entre unos casos y otros, ha quedado en un punto de equilibrio inestable que

no podrá mantenerse por mucho tiempo y la lógica y la Constitución impondrán que el equilibrio estable se alcance con la plena asunción de la prevalencia del Derecho estatal y todas sus consecuencias.

10- Si las tres SSTC son iguales, también lo son en esencia los votos particulares. Lo llamativo y preocupante es que ha ido aumentando el número de Magistrados discrepantes. En la primera, STC 102/2016 -que es del Pleno porque acordó recabar para sí el conocimiento del asunto-, de los once Magistrados sólo Asúa Batarrita emitió voto particular al que nadie se adhirió. En la segunda, STC 116/2016 -que es de Sala-, de los cinco Magistrados que la componían, entre los que no estaba Asúa, dos emitieron voto particular que consiste sólo en asumir el que aquélla había formulado a la sentencia anterior. En la tercera, STC 127/2016 -otra vez del Pleno que asumió la competencia a propuesta de la Sala-, de los once Magistrados cinco suscribieron el voto particular que formuló Asúa. O sea, que la sentencia salió adelante por seis votos contra cinco. Si esto sigue así, no habrá una cuarta sentencia en la misma acertada dirección. Esperemos que no siga el contagio y el TC consolide y amplíe la línea de estas sentencias. Por lo demás, de esos votos particulares sólo nos interesa ahora destacar que son perfectamente conscientes de la relevancia del cambio y de que se trata en definitiva de una “nueva interpretación de la cláusula de prevalencia”. También observan que es difícil que el cambio jurisprudencial se quede en los estrictos límites a los que por ahora se le somete y que “se deja abierta la puerta a la aplicación de este cambio doctrinal a otros supuestos”. Ojalá que en esto acierten y que, en efecto, el TC abra amplia y definitivamente esa puerta hasta recuperar el principio de prevalencia en su plenitud.

El modelo privado de empleo público en Italia: su actual régimen jurídico tras las últimas reformas

Ana Isabel Olmedo Gaya

Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Granada

SUMARIO: I. La introducción de elementos de racionalización y de flexibilidad en el empleo público. II. El proceso de laboralización de la función pública italiana: 1. Retrospectiva histórica del empleo público en Italia desde sus orígenes hasta la implantación del modelo publicista. 2. La irrupción del modelo privado de empleo en las Administraciones públicas italianas y su actual régimen jurídico. III. Régimen jurídico de la relación de empleo en las Administraciones públicas italianas: 1. Sistemas selectivos. 2. Evaluación del desempeño y sistema retributivo. 3. La regulación de los deberes, régimen disciplinario e incompatibilidades. 4. La movilidad de los empleados públicos. 5. Los dirigenti. IV. CONSIDERACIÓN FINAL

RESUMEN:

El empleo público constituye una de las materias del Derecho Administrativo sobre las que más se ha centrado el afán de reforma administrativa de los gobiernos y los legisladores italianos. En el presente estudio nos proponemos analizar la experiencia italiana en el proceso de cambio y transformación de su modelo continental de empleo público que ha llevado a su función pública hacia el ámbito del Derecho Laboral. Tras el estudio de la retrospectiva histórica del Derecho de la función pública italiana, abordaremos su actual régimen jurídico, haciendo especial referencia a las más recientes reformas normativas.

SUMMARY:

Public employment is one of the subjects of Administrative Law on which most effort has been focused on administrative reform by Italian government and legislators. In the present study we are to analyze the Italian experience in the process of change and transformation of the continental model of public employment that has led its public service to the field of labor law. After engaging in a retrospective historical study of Italian public service law, we will look at its current legal regime, making special reference to the most recent regulatory reforms.

PALABRAS CLAVE:

Empleo público, Italia, reforma, racionalización y flexibilidad.

KEYWORDS:

Public employment, Italy, reform, rationalisation and flexibility.

I. LA INTRODUCCIÓN DE ELEMENTOS DE RACIONALIZACIÓN Y DE FLEXIBILIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO.

Los contenidos atinentes al buen gobierno y a la buena administración son un paradigma ineludible en nuestros días al enfrentar cualquier reforma de la Administración¹. Pero una buena administración exige, como indicó el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, una adecuada configuración y gestión del empleo público.

De esta forma, y desde hace algunos años, venimos asistiendo a diversas propuestas de modernización y reforma de las Administraciones Públicas europeas, no solo por razones coyunturales de reajuste en el gasto público, sino también porque toda economía que pretenda ser competitiva necesita dotarse de una Administración moderna y eficiente, capaz de desarrollar con excelencia sus cometidos y funciones. Pero es que, además de por dichas causas de índole económica, la imperiosa necesidad de reforma de la Administración pública deriva, como también ha puesto de manifiesto el profesor LAVILLA RUBIRA, de la propia complejidad de la organización administrativa, de su incapacidad para cumplir plenamente el fin al que está objetivamente vocada y de la aparición en su seno de conductas desviadas².

¹ Así lo ha puesto de relieve el profesor CASTILLO BLANCO, subrayando las garantías que han de otorgarse al respecto. CASTILLO BLANCO, F. (2015), "Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 171.

² Así lo resaltó el profesor LAVILLA RUBIRA en una conferencia titulada "La reforma de la Administración pública: ¿mito o realidad?", y que impartió en Granada el día 5 de marzo de 2015 en unas entrañables Jornadas sobre La reforma y racionalización de la Administración pública, y que fue publicada en la obra colectiva CASTILLO BLANCO, F. A. y MONEREO PÉREZ, J. L. (directores) (2015): *Reestructuración de las Administraciones públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada. Afirma el autor citado que la reforma de la Administración pública es un mito en el sentido de que nunca se alcanzará plenamente, de que será siempre una asignatura pendiente (p. 5).

Pero en todo caso, y cualesquiera que sean las causas que empujan al cambio y reforma de las Administraciones públicas, lo cierto es que cualquier reforma de calado que se plantee abordar requiere de forma inexcusable, como decíamos, acometer mejoras relativas al empleo público, ya que el objetivo de una “buena Administración”, a la que se refiere la Europa a la que pertenecemos, no puede lograrse con un sistema de empleo público que presente carencias y deficiencias que necesiten ser subsanadas. Resulta, por ello, necesario, para conseguir ese cambio, la introducción de elementos de racionalización y flexibilidad en el marco jurídico de los empleados públicos en aras a conseguir un sistema moderno de gestión de los recursos humanos en el sector público.

Sobre las reformas necesarias existe un amplio consenso entre los especialistas, que se puede sintetizar, siguiendo al profesor SÁNCHEZ MORÓN, en tres líneas de cambio: en primer lugar, deberíamos contar en el futuro con una Administración o un sector público más reducido, en sus funciones y en sus efectivos, concentrado en los servicios públicos esenciales y en las funciones regulatorias; en segundo lugar, deberíamos avanzar decididamente hacia una mayor profesionalización de la gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas; y, sobre todo, en tercer lugar, se debería configurar un régimen de empleo público mucho más flexible que el actual, ya que la flexibilidad es condición imprescindible para incrementar la productividad³.

En este contexto, en los últimos años el empleo público se ha encontrado inmerso en un proceso de cambio y modernización que, tras el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) -cuya redacción vigente se contiene en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP)-, ha te-

³ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2014): *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, pp 61 y 62. Señala el profesor SÁNCHEZ MORÓN que la adecuación del volumen de las Administraciones públicas a los recursos disponibles no se logrará sólo con las restricciones de la oferta de empleo público o con precisas reformas legales, sino que también necesita de una planificación de los recursos humanos, dada la relevancia de los gastos de personal como componente del gasto público. Además, por lo que se refiere a la planificación, es necesario, por un lado, poner coto al acceso al empleo público mediante procedimientos que no se ajustan a los principios de igualdad, mérito y capacidad y, por otro lado, que la gestión de los recursos humanos se atenga a criterios objetivos de eficiencia y no a preferencias o negociaciones políticas y cálculos electorales. En fin, y en coherencia con lo anterior, el régimen jurídico del empleo público debe reformarse con reglas más flexibles de ordenación y gestión, que afectarán a los derechos y obligaciones del personal tanto laboral como funcionario, siendo deseable que gane también en profesionalidad, inclusive en los niveles directivos, y en respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso y en la carrera. Véase SÁNCHEZ MORÓN, M. (2014), op. cit., pp 62 y 63.

nido su manifestación en distintas Leyes autonómicas dictadas en su desarrollo. Con peor o mejor resultado, estas normas ponen de manifiesto que el cambio impulsado por el EBEP se abre paso lentamente, pero parece que de forma inexorable, e instituciones como la evaluación del desempeño, la dirección pública y la carrera profesional de los empleados públicos -auténticos vectores de las reformas impulsadas- están hoy, como digo, con mayor o menor acierto, presentes en todas éstas.

Las manifestaciones de este proceso de cambio, que es compartido en la mayoría de los países europeos, tienen distinto alcance según el país que tomemos de referencia, ya que las transformaciones nacionales producidas en el empleo público han sido de escala e intensidad muy diversas⁴. No obstante lo anterior, si bien las transformaciones del empleo público varían de unos países a otros, no es menos cierto que se mantienen algunos rasgos comunes⁵.

De esas experiencias de cambio podríamos señalar a Italia como el país que ha experimentado la transformación más radical en el ámbito del empleo público, ya que ha optado por una intensa laboralización de la relación de servicios. Sin lugar a

⁴Así, por ejemplo, mientras que en Italia se ha experimentado la transformación más radical, optando por la laboralización de la relación de servicios, en Francia, aunque se han adoptado medidas individuales de reforma (algunas de ellas recientes, como la relativa a la evaluación del desempeño profesional, cuya entrada en vigor ha tenido lugar en enero de 2012), la función pública sigue respondiendo al modelo estatutario público de sistema cerrado de carrera, estructurado en cuerpos de funcionarios y con centralización de las competencias sobre función pública y gestión. Sobre las últimas reformas de la función pública en Francia, pueden consultarse los estudios de CANTERO MARTÍNEZ, J. (2011), “La reforma de la función pública francesa (parte I)”, *Boletín de Función pública del INAP* n° 3, pp. 46 y ss; CANTERO MARTÍNEZ, J. (2011), “La reforma de la función pública francesa (Parte II)”, *Boletín de Función pública del INAP* n° 4, pp. 53 y ss.; Y BOLETÍN DE FUNCIÓN PÚBLICA DEL INAP (2012), “La evaluación del desempeño en la Administración pública francesa”, pp. 15 y ss. Asimismo, sobre los distintos modelos de empleo público en Italia, puede consultarse mi estudio OLMEDO GAYA A. (2003), “El proceso de evolución histórica de la función pública en España y modelos comparados de función pública”, en la ob. colect. CASTILLO BLANCO (dir.): *Lecciones de función pública*, Editorial Cemci. Serie Análisis y Comentarios, Granada, pp. 47 a 86.

⁵Esta realidad se comprueba en los sistemas de selección, ya que se requiere un mínimo de formalización, siendo necesaria la publicación de las vacantes, lo cual diferencia el acceso al empleo público del propio del sector privado. Ahora bien, tras dicha convocatoria, cada uno de los países incorpora sus propios instrumentos particulares para garantizar los principios de mérito y capacidad. Así las cosas, mientras que, por ejemplo, el modelo británico insiste en la profesionalidad e independencia de los órganos de selección, el modelo alemán inclina la balanza en aras a una mayor garantía de formación de los candidatos durante un proceso graduado en etapas prolongadas de forma directamente proporcional a la categoría a la que se desea ingresar. Por su parte, el modelo francés establece el concurso como principal instrumento de selección.

dudas, el empleo público constituye uno de los sectores del Derecho Administrativo sobre los que más se han centrado las ansias de reforma administrativa de los gobiernos y los legisladores italianos⁶. Pues bien, en la páginas que siguen nos proponemos abordar precisamente el análisis de la experiencia italiana en este proceso de cambio y transformación de su modelo continental de empleo público, haciendo especial hincapié en las reformas acometidas en la década de los noventa, toda vez que han supuesto la definitiva reconducción de su función pública hacia el ámbito del Derecho Laboral. Asimismo, analizaremos su régimen jurídico actual y las más recientes reformas normativas en la materia.

Para ello, comenzaremos con una breve retrospectiva histórica en la que se evidencia cómo la función pública italiana, si bien desde comienzos del siglo XX responde al modelo clásico estatutario y unilateralista, con las reformas acometidas principalmente con el Decreto Legislativo n° 29 de 1993⁷ se ha reconducido casi por completo al ámbito del Derecho privado. Este tránsito de la relación de empleo público italiano del Derecho público al Derecho privado, y de la ley al contrato⁸, ha sido definido por el profesor CASSESE como el más importante cambio del Derecho Administrativo del siglo XX en Italia⁹. A resultas de ello, comprobaremos cómo con la laboralización del empleo público italiano el protagonismo de las fuentes de carácter unilateral, la norma de rango legal, se ha visto reducido notablemente con la negociación colectiva y la mayoría de los conflictos que se suscitan en materia de empleo público se ha trasladado a la competencia del juez ordinario.

⁶ Así lo resalta FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2013): *Pasado, presente y futuro de la función pública. Entre la politización y la patrimonialización*, Cívitas, Madrid, p. 125.

⁷ Concretamente, con la aprobación del Decreto Legislativo n° 29 de 3 de febrero de 1993 (aprobado por el Gobierno italiano en virtud de la delegación recogida en la Ley 421 de 1992, de 23 de octubre, de delegación del Gobierno para la racionalización de la sanidad, el empleo público, la previsión social y las haciendas territoriales) se ha iniciado un proceso de privatización del empleo público italiano.

⁸ Sobre este aspecto puede consultarse el estudio de M. D'ANTONA, (1997) "La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto", en S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè. Con el Decreto Legislativo 29/1993 se excluye del ámbito material de reserva de Ley lo relativo a las relaciones de trabajo con la Administración pública. De esta manera, las relaciones se *contractualizan* o *privatizan* y pasan a regirse por normas contractuales. No obstante, hay determinados ámbitos objetivos y subjetivos de la relación funcional que, como veremos, no han sido privatizados.

⁹ CASSESE, S., (1997) "Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego", in S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico...*, op. cit., pág. 77. Asimismo, puede consultarse el reciente estudio del profesor CASSESE, S. (2013), "Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?", *Giornale di Diritto Amministrativo* fasc. 3, pp. 313-316. Sobre la reforma

II. EL PROCESO DE LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ITALIANA

1. Retrospectiva histórica del empleo público en Italia desde sus orígenes hasta la implantación del modelo publicista

Ciertamente, la mayoría de los estudios que desde el Derecho comparado se han realizado coinciden en señalar que la relación de trabajo de los empleados públicos en Italia ha pendulado entre una concepción privatista y una publicista¹⁰.

De esta forma, hasta finales del siglo XIX los empleados públicos de Italia estuvieron sujetos al Derecho privado, si bien con algunas excepciones acordes con la especificidad de las Administraciones públicas. La relación jurídica entre los empleados y las Administraciones públicas a las que pertenecían y, en particular, los aspectos patrimoniales eran, según la jurisprudencia de la época, de “índole civil” y por ello estaban regulados básicamente por normas de Derecho privado. Correspondía,

del empleo público en Italia véanse, entre otros, a M. CLARICH e D. IARIA, (1994): *La riforma del pubblico impiego*, Maggioli, Rimini; M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di) (1993), *Il lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna; M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di) (1993), *L'impiego pubblico nel Diritto del lavoro*, Giapichelli, Torino; M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di) (1995), *Lo <<spazio negoziale>> nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna; L. VANDELLI, C. BOTTARI, O. ZANASI (1995) *Organizzazione amministrativa e pubblico impiego*, Maggioli, Rimini; F. CARINCI (a cura di) (1995), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè; G. CECORA e C. D'ORTA, *La riforma del pubblico impiego*, Il Mulino, Bologna, 1994; S. BATTINI e S. CASSESE (1997) (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano. En relación con las reformas operadas en 1997 y 1998, véanse M. D'ANTONA (1998), “Lavoro pubblico de Diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle <<leggi Bassanini>>”, *Lav. pubbl. amm.* n° 1, pp. 35 y ss.; y “Federalismo administrativo y privatización del empleo público en Italia”, en la ob. colect. *Régimen jurídico de los funcionarios públicos. Análisis y perspectivas*, IAAP, Sevilla, 2001; G. D'AURIA (1998), “Riforma amministrativa e riforma del lavoro pubblico”, *Lav. pubbl. amm.* n° 6, pp. 1267 y ss.; F. CARINCI E M. D'ANTONA (2000) (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano; A. CORPACI, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (1999) (a cura di), “La riforma della organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche”, en *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova. VISCOMI, A. (2013), “Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, fasc. 137, pp. 53-89. De la doctrina española consúltese, entre otros a SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), “Sobre la reforma administrativa italiana del periodo de transición con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público”, *Revista de Administración Pública* n°134, pp. 471 y ss.; MARINA JALVO, B. (1995), “Sobre las últimas reformas italianas del empleo público”, *Revista de Administración Pública* n° 137.

¹⁰ Sobre la evolución de la normativa relativa a la función pública italiana pueden consultarse, entre otros, los estudios de ORTEGA, L. (1981), “La función pública en el ordenamiento histórico italiano”, *Revista de Administración Pública*, 86, pp. 71-177; y SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), op. cit., pp. 471 y ss.

por tanto, a la jurisdicción ordinaria la resolución de las posibles controversias que se suscitaran en la materia.

Este panorama cambió en los primeros años del siglo XX, cuando el empleo público pasa a integrarse en el ámbito publicista, de modo que, junto a adquirir singularidades diferentes a las del empleo privado, las controversias que se suscitan en relación con los empleados públicos pasan a ser competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta irrupción de la concepción publicista de principios del siglo XX tuvo lugar por diversas razones. De un lado, por una urgente necesidad de que a los empleados públicos se les reconocieran algunas garantías que impidieran la injerencia de la política en la Administración Pública, así como para asegurar una mayor imparcialidad de la actividad administrativa. De otro lado, la consideración de que un estatuto especial de los empleados públicos podría poner límites al derecho de huelga y a la sindicalización del sector, en el intento de separar el empleo público del empleo privado¹¹.

Concretamente, la primera normativa basada en la concepción publicista se recoge en el Texto Único de 22 de noviembre de 1908 n.º 693, posteriormente reformado en el año 1923. Asimismo, hay que añadir el Texto Único aprobado por el d.p.r. de 10 de enero de 1957 n.º 3, del *Statuto degli impiegati civili dello Stato*, que estuvo en vigor hasta finales de los años noventa del siglo pasado.

La Constitución italiana de 1947 recoge en parte esta concepción publicista del empleo público, ya que, si bien no contiene una disciplina orgánica del mismo, prevé, en sus artículos 97 y 98, una serie de normas sobre el acceso mediante concurso; sobre la responsabilidad de los funcionarios; sobre la imparcialidad en el ejercicio de las funciones; y sobre el principio de separación entre política y Administración¹².

¹¹ Véase CLARICH, M. (2013): *Manuale di Diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, pp. 387 y 388. Asimismo, señala este autor que la exclusión de la relación de empleo público de las reglas del Derecho común era también coherente con la concepción panpublicista no paritaria entre el Estado y el ciudadano que se estaba afirmando en aquellos años. Como los empleados públicos son titulares de funciones públicas, también su relación de empleo debe regularse por normas de Derecho público, adquiriendo el empleado público un status que lo diferencia de los ciudadanos (p. 388).

¹² El artículo 97 de la Constitución italiana dispone lo siguiente:

“Los cargos públicos se organizarán según las normas de la ley, de modo que se garantice el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración.

En las disposiciones relativas a las oficinas públicas se determinarán su ámbito de competencia, las atribuciones y las responsabilidades de los funcionarios.

Asimismo, en sus artículos 35 y siguientes, la Constitución italiana recoge las garantías reconocidas en general en aras de la tutela de los empleados y, por tanto, también de los empleados públicos.

En su conjunto, podemos decir que la Constitución italiana configura un diseño del empleo público con características específicas respecto al empleo privado, si bien no impone necesariamente un estatuto integral de Derecho público (Sentencias de la Corte Constitucional de 25 de julio de 1996, n.º 313; y de 16 de octubre de 1997, n.º 309).

Por su parte, las reformas de los años sesenta del siglo pasado confirmaron la naturaleza iuspublicista de la relación laboral de los empleados públicos, si bien atenuaron los vínculos de jerarquía introduciendo las primeras normas sobre la separación entre dirección política y gestión administrativa.

2. La irrupción del modelo privado de empleo en las Administraciones públicas italianas y su actual régimen jurídico

La concepción publicista que había sido recogida en el Texto Único de 1957 entra en crisis debido principalmente a dos causas: en primer lugar, se alcanza un reconocimiento más intenso de los derechos sindicales en el empleo público y, con ello, se introducen mecanismos de negociación colectiva; en segundo lugar, se considera, como también sucede en otros sistemas de empleo público europeo y en concreto en España con la legislación de 1964, que el sistema de empleo debe ser menos rígido, de modo que se promueva la flexibilidad y la eficiencia en la gestión de la Administración Pública en coherencia con una visión más empresarial de la misma¹³.

Con las reformas de los años 80 se supera el sistema de carrera, en el que habían sido incluidos los dependientes públicos desde el Texto Único de 1953 y se introduce el sistema llamado de la “qualifiche funzionali”; sistema que se sustenta so-

En los empleos de la Administración se ingresará mediante concurso salvo en los casos establecidos por la ley.”

Por su parte, el artículo 98 de la Constitución italiana es del tenor siguiente:

“Los empleados públicos estarán al servicio exclusivo de la Nación.

Si son miembros del Parlamento, no podrán obtener ascenso alguno, a no ser por antigüedad.

La ley podrá establecer limitaciones al derecho a afiliarse a los partidos políticos para los magistrados, los militares de carrera en servicio activo, los funcionarios y agentes de policía y los representantes diplomáticos y consulares en el extranjero.”

¹³Véase CLARICH, M. (2013), op. cit., p. 390.

bre el contenido, el objeto y la calidad de la actividad desarrollada. Concretamente, con la aprobación de la Ley Marco 93/1983, de 29 de marzo, se dispone la aplicación de la negociación colectiva al conjunto de los funcionarios de carrera, configurándose el primer modelo general de la misma. No son ajenas a esta reforma las que en paralelo se producen en nuestro país en la década de los ochenta, bien que con distinto alcance.

No obstante, dicha Ley Marco presentaba numerosos puntos críticos, que FUENTETAJA PASTOR sintetiza en tres: en primer lugar, en su intento de abarcarlo todo, propició sucesivas fugas, en el sentido de que numerosos entes e institutos se sustrajeron a la disciplina general contenida en la misma en busca de una particular privatización de las específicas relaciones de empleo existentes en su caso; en segundo lugar, en cuanto se intentó dar respuesta a las previsiones legislativas, la distinción entre áreas reservadas a la negociación colectiva y áreas reservadas a la ley entró en crisis y el resultado fueron las continuas invasiones mutuas de los respectivos ámbitos competenciales, aunque normalmente en beneficio de la negociación colectiva, ante la que se plegaban las instancias políticas a pesar de las flagrantes vulneraciones de la legalidad; por último, y en tercer lugar, los efectos causados por la negociación colectiva diseñada en la Ley Marco pusieron de relieve que, por un lado, resultaba imposible a la Administración dirigir el proceso de contratación de modo que pudiera respetar las previsiones presupuestarias y, por otro, las confederaciones sindicales eran incapaces de afrontar de modo adecuado la proliferación de intereses particulares y la formación de sindicatos corporativos, sin poder responder a una progresiva crisis de representatividad¹⁴.

Con posterioridad a la Ley Marco de 1983 con el Decreto Legislativo n° 29 de 1993, cuyos contenidos se recogen en el Decreto Legislativo n° 165 de 2001 sobre empleo público, tuvo lugar una privatización o laboralización de la relación de servicios de los empleados públicos, esta vez mucho más acusada¹⁵. Dicha reforma, que se caracterizó porque la tramitación desde la propuesta oficial a la aprobación nor-

¹⁴ Así lo pone de relieve FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2013): *Pasado...*, op. cit., pp. 125 y 126. Asimismo, sobre el fracaso de la Ley Marco de 1983 puede consultarse el estudio que del mismo realiza CANTERO MARTÍNEZ, J. (2001): *El empleo público: entre Estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, pp. 151-158. En este estudio, la profesora CANTERO MARTÍNEZ aborda la problemática de las relaciones entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo en el ámbito del empleo público, realizando un detallado estudio sobre la evolución histórica, legal y jurisprudencial de la laboralización de la función pública, así como un interesante análisis de Derecho comparado entre España, Francia e Italia.

¹⁵ Como señala SÁNCHEZ MORÓN, con la laboralización llevada a cabo por el Decreto Legislativo de 1993 se trata de ampliar los aspectos de la relación de servicio de los empleados públicos some-

mativa definitiva fue extraordinariamente fugaz, supuso un cambio del régimen jurídico de la relación de servicio de la mayoría de los empleados públicos, laboralizando ésta, y se enmarcaba dentro de un diseño más amplio de reestructuración de la Administración pública dirigido, de un lado, a aumentar su eficiencia y, de otro, a disminuir y contener el gasto público¹⁶.

Concretamente, este cambio de régimen jurídico llevado a cabo por el Decreto Legislativo 29/1993 se realizó, principalmente, mediante tres grupos de disposiciones¹⁷, a saber: un primer grupo de normas que modifican la naturaleza jurídica de la relación, sustituyendo los tradicionales calificativos iuspublicistas, obra de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica, por expresos calificativos iusprivatistas de Derecho positivo¹⁸; en segundo lugar, el Decreto Legislativo 29/1993 dicta una disciplina de las fuentes de reglamentación de la relación de trabajo que, por un lado, resulta coherente con la naturaleza contractual de la misma, y, por otro, salvaguarda la efectiva igualdad normativa entre trabajo público y privado; por último, la privatización se completa con normas sobre la tutela judicial que, con algunas excepciones, transfieren al orden social de la jurisdicción la competencia sobre las controversias relativas a la relación de trabajo de los empleados de las Administraciones Públicas¹⁹.

tidos a la contratación o negociación colectiva, puesto que dicha negociación de los funcionarios no suponía una novedad absoluta, al haber sido ya instituida por la Ley Marco de 1983. SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), op. cit., pp. 486

¹⁶ Y es que, como señala CANTERO MARTÍNEZ, sería ingenuo pensar que el fracaso de la Ley Marco de 1983 fue el único motivo que movió al legislador italiano a optar por la vía de la privatización. Así, entre otras causas, apunta la necesidad de contener el gasto público en un período de grave crisis política o el deseo de aumentar la eficacia y la eficiencia de las Administraciones públicas italianas. CANTERO MARTÍNEZ, J. (2001), op. cit., pp. 151 y ss.

¹⁷ Véase BATTINI, S., (2000) "Il personale", en S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, Giuffrè Editore, p. 368.

¹⁸ Las relaciones de trabajo y el empleo de los empleados de las Administraciones del Estado y de otros entes pasan a ser regulados mediante contratos individuales y convenios colectivos sujetos a la disciplina del Derecho Civil y Derecho Laboral. Y es que con el Decreto Legislativo 29/1993, en cuanto al régimen jurídico que regula a los empleados públicos, se da prevalencia a la negociación colectiva, derogándose el principio de reserva de Ley; en cuanto a los actos, se impone la naturaleza iusprivatista de los actos de constitución, disciplina, modificación y extinción de la relación de empleo; en cuanto a las potestades, se afirma que las Administraciones públicas actúan con potestades de empresario privado; y, en relación al plano procesal, se trasladan de la jurisdicción contencioso-administrativa a la social todas las controversias sobre la relación laboral de los empleados públicos en las materias y para las categorías no sometidas a régimen estatutario.

¹⁹ Sobre la tutela jurisdiccional del empleo público en Italia, pueden consultarse, entre otros, los estudios de BRIGUGLIO, A., "La Cassazione e le controversie in materia di pubblico impiego trasferite a

Coherentemente con esa filosofía, el Decreto Legislativo n° 80 de 1998 atribuyó al orden social la tutela de los derechos inherentes a la constitución, al desarrollo y a la extinción de la relación de trabajo, con el poder de adoptar frente a las Administraciones Públicas todas las medidas, constitutivas, de aseguramiento y de condena, requeridas por la naturaleza de los derechos tutelados²⁰.

No obstante lo anterior, debemos precisar que de la privatización se excluyeron, y lo están todavía ahora, algunas categorías de dependientes públicos que conservan el régimen de Derecho público. Así, quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de reforma las siguientes categorías de personal: magistrados, abogados del Estado, fiscales, personal militar y de las fuerzas de policía, personal de la carrera diplomática y prefectural a partir de la categoría de viceconsejero de prefectura y profesores e investigadores universitarios²¹.

Al proceso de laboralización del empleo público llevado a cabo por el Decreto Legislativo 29/1993 se ha sumado, con posterioridad, un conjunto de legislación delegada dictada de acuerdo con la Ley de Delegación 59/1997, de 15 de marzo, aprobándose finalmente el Decreto Legislativo 165/2001, de 30 de marzo, sobre “Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”, que contiene el actual marco normativo que regula la relación laboral de los empleados públicos.

Dicho Decreto Legislativo 165/2001 ha sido modificado por el Decreto Legislativo 150/2009 (conocida como Ley Brunetta²²), que ha redimensionado la inci-

la giurisdizione ordinaria”, *Riv. dir. proce.*, pp. 1027 y ss.; CORPACI, A. (1996), “Quale tutela giurisdizionale per il pubblico impiego?”, *Riv. giur. lav. I*, pp. 309 y ss.; VACCARELLA, R. (1998), “Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego”, *Arg. dir. lav.*, pp. 715 y ss.; FIGORILLI, F. (2002): *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino.

²⁰ Así lo pone de relieve D’ANTONIA, *Federalismo administrativo y privatización...*, op. cit., pág. 27. En relación con la competencia jurisdiccional sobre las controversias relativas a la relación de empleo de los empleados públicos se pronunciaba el art. 68 del Decreto Legislativo n. 29 del 1993, posteriormente sustituido por el art. 33 del Decreto Legislativo n. 546 del 1993 y después por el art. 29 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998 sucesivamente modificado por el art. 18 del Decreto Legislativo n. 387 del 1998. En la actualidad, esta cuestión se regula por el artículo 63 del Decreto Legislativo 165/2001. Sobre la competencia jurisdiccional en materia de empleo público puede consultarse el estudio de SCIPIO, G. M. (2012), “Pubblico impiego e giurisdizione: un’annosa questione”, *Temi romana* fase. 1-3, pp. 54-56.

²¹ Sobre tales categorías, véase BATTINI, S., op. cit., pp. 510 y ss.

²² Sobre dicha reforma pueden consultarse, entre otros, el estudio de GARDINI, G. (a cura di) (2012), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna; y, DANZA, M., (2012), “Il proces-

dencia de la negociación colectiva sobre la relación de empleo, trazando un nuevo reparto entre las materias reservadas a la Ley estatal y las materias reservadas a la negociación colectiva entre la Agencia para las Relaciones Sindicales (ARAN) y las delegaciones sindicales.

De esta forma, y con estas últimas reformas, a la negociación colectiva le corresponde determinar los derechos y las obligaciones sobre la relación de empleo y las relaciones sindicales. Se encuentran excluidas de la misma, entre otras, las materias relativas a las formas de acceso al empleo público, las sanciones disciplinarias, la valoración del rendimiento para la determinación de las retribuciones complementarias o del tratamiento económico accesorio, la movilidad, las progresiones económicas y, en cuanto al personal directivo se refiere, el nombramiento y la revocación de los cargos directivos.

La reforma introducida con la Ley Brunetta de 2009 persigue también, en el contexto de crisis fiscal que comienza en ese momento en Europa, el objetivo de la racionalización del gasto público y, junto a ello, optimizar la productividad del empleo público, la eficiencia y la transparencia a través de normas que recogen un sistema de evaluación del desempeño de los empleados públicos que modifica el sistema de controles internos del Decreto Legislativo 286/1999. Y es que, en efecto, con el Decreto Legislativo 150/2009 se han introducido importantes modificaciones al Decreto Legislativo 165/2001 al objeto de estimular, a través de un sistema de incentivos y sanciones, una mayor productividad y eficiencia en el empleo público y de acentuar nuevamente unos perfiles específicos en las relaciones laborales de los empleados públicos. La receta para conseguirlo, por tanto, es la introducción de un sistema basado en la valoración del rendimiento o *performance* individual y organizativo y, en paralelo, la introducción de medidas para incrementar la transparencia, la integridad y la meritocracia.

so evolutivo nel pubblico impiego dal Decreto Brunetta alla recente intesa dell'11 maggio 2012", *RU Riforme umane nella pubblica amministrazione*, fasc. 4-5, pp. 52-65; FIDONE, G. (2011), "Eficacia y eficiencia en la reforma italiana de la Administración pública (la llamada reforma Brunetta). De las medidas para la optimización de la productividad del empleo público a la acción por la eficiencia", *Revista de Administración Pública* n° 186, pp. 371 y ss.; BATTINI, S. (2010), "Il rapporto di lavoro pubblico dopo la riforma Brunetta: una prima valutazione" en la ob. colect. PÉREZ, R. (dir.) *Il piano Brunetta e la riforma della pubblica amministrazione*, Maggioli, Rimini.; y, TRABOCCHI, M E VERBARO, F., (Dir) (2010): *La nuova riforma del lavoro pubblico. Commento alla legge 4 marzo 2009, n° 15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n° 150*, Giuffrè, Milano.

Más recientemente han sido aprobados, en cuanto a los deberes del personal público se refiere, el Decreto del Presidente de la República de 16 de abril de 2013, nº 62, que recoge el Código de Comportamiento relativo a los deberes de los empleados públicos²³; y también el Decreto Legislativo 39/2013, por el que se recogen las disposiciones en materia de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y del resto de organismos públicos²⁴.

En fin, esta breve referencia a la evolución del régimen jurídico del empleo público en Italia debe completarse con la mención de la Ley 124/2015, de 7 de agosto, de delegación al Gobierno en materia de reorganización de las Administraciones Públicas (habitualmente conocida como Ley Madia). Como se infiere de su denominación, dicha Ley contiene una amplísima habilitación al Gobierno para que dicte Decretos Legislativos en un variado elenco de materias, comprendido el empleo público. En concreto, por lo que atañe a éste, la Ley 124/2015 contiene relevantes previsiones en materia de acceso al empleo público [artículo 17.1, letras a) a f)], de evaluación del desempeño [artículo 17.1.r)], de régimen jurídico del personal directivo (artículo 11) y de conciliación entre la vida personal y laboral en el ámbito de la Administraciones Públicas (artículo 14).

Remitiéndonos, por lo que atañe a las tres primeras materias, a lo que se expondrá posteriormente, baste ahora poner de relieve, en lo atinente a la aludida conciliación, que se impone a las Administraciones Públicas, dentro de los límites resultantes de las disponibilidades presupuestarias, el deber de adoptar medidas organizativas encaminadas a fijar objetivos anuales para la implantación del teletrabajo y para la experimentación de nuevas modalidades espacio-temporales de cumplimiento de las obligaciones laborales, con la finalidad de que, en el plazo de tres años, al menos el 10% del personal al servicio de las Administraciones Públicas haga uso de tales modalidades, con la garantía de que tal utilización no entrañará penalización en la progresión de su carrera profesional. Por otra parte, y asimismo dentro de los recursos presupuestarios disponibles, las Administraciones Públicas habrán de concertar convenios con guarderías y escuelas infantiles y organizar servicios de apoyo a la paternidad abiertos durante el período de vacaciones escolares.

²³ En esta normativa se definen los deberes de mínima diligencia, lealtad, imparcialidad y buena conducta que los empleados públicos están obligados a observar.

²⁴ Sobre las últimas reformas en materia de empleo público puede consultarse el estudio de MATARAZZO, A. E., (2014), "Pubblico impiego: nuove voce di riforma", *Lo stato civile italiano* fasc. 6, pp. 60-62.

Un primer grupo de Proyectos de Decretos Legislativos -que suman un total de once- ha sido ya aprobado, en desarrollo de la Ley 124/2015, por el Consejo de Ministros -en su sesión del día 11 de febrero de 2016-, habiendo sido remitidos los correspondientes textos, a efectos de la emisión de los pertinentes informes, tanto al Parlamento como al Consejo de Estado y estando prevista su aprobación en el primer semestre del año 2016.

Como puede comprobarse, al igual que en el sistema español y las reformas acontecidas desde el año 2007, se ha caminado fortaleciendo los instrumentos que permiten una gestión más eficiente del sistema de empleo público y, entre todos éstos y de forma destacada, reforzando el sistema de incentivos de aquél.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RELACIÓN DE EMPLEO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ITALIANAS

1. Sistemas selectivos

El sistema de selección para el acceso a la función pública italiana es uno de los aspectos de la relación funcionarial que se mantienen en el ámbito del Derecho público. El artículo 97 de la Constitución italiana dispone que al empleo público se accede mediante el sistema de concurso, salvo los casos que establezca la Ley. Dicha norma constitucional tiende a asegurar la imparcialidad y la eficiencia de la actuación administrativa, ya que el mecanismo de acceso mediante concurso garantiza la selección de personal cualificado.

Concretamente, por Decreto del Presidente de la República n° 487, de 9 de mayo de 1994, se regulan las distintas formas de acceso al empleo público²⁵. El cauce normal de acceso a la función pública italiana es el de *concorso* en cualquiera de sus modalidades, que puede consistir en la realización de un examen, en un concurso de méritos, en un concurso-oposición, en un curso-oposición o en unas pruebas orientadas a la comprobación de la profesionalidad requerida. El concurso público, en cualquiera de sus modalidades, tiene como objetivo garantizar la profesionalidad requerida por la Administración, asegurando adecuadamente el acceso desde el exterior (art. 35.1.a del Decreto Legislativo n° 165/2001). La Ley 124/2015, por su par-

²⁵ *Regolamento 487/1994 recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi.*

te, contiene diversas medidas encaminadas a garantizar la competencia de quienes acceden al empleo público, comprendidas la previsión en los concursos de pruebas que valoren la capacidad de los candidatos de utilizar y aplicar las nociones teóricas a problemas específicos y casos concretos y la exigencia, en función de los puestos que han de ser cubiertos, de conocimiento de la lengua inglesa y de otras lenguas (véase, por lo que hace a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 61.2 del TREBEP).

De forma complementaria, se establece como marco y guía de dichos procesos que los procedimientos de selección del personal en cualquier Administración pública deben respetar los principios de publicidad, transparencia, objetividad e igualdad de condiciones²⁶ (art. 35.1.a del citado Decreto Legislativo 165/2001).

No obstante, junto al sistema de concurso también encontramos otras dos vías de acceso: de un lado, la selección de personas inscritas en listas de empleo que tengan el graduado escolar o certificado de enseñanza obligatoria para las categorías inferiores (art. 35.1.b del Decreto Legislativo 165/2001)²⁷ y, de otro, la llamada por orden numérico a los inscritos en listas especiales de empleo en las que se incluyen categorías socialmente protegidas, como huérfanos, discapacitados, invidentes, sordos, viudas, etc (art. 35.2 del Decreto Legislativo 165/2001)²⁸.

²⁶ Decreto Legislativo 165/2001 art. 35 3: “Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali”.

²⁷ Dichas listas de prelación se forman en las oficinas públicas en base a criterios objetivos, tales como cargas familiares, situación económica, experiencia laboral, edad y antigüedad de la solicitud. Las Administraciones públicas sólo tienen que solicitar a la oficina de empleo a los trabajadores indicando la especialidad profesional requerida así como el número de ellos, y una vez se les remite a los candidatos los someten a una prueba de idoneidad que sólo excluye a los no idóneos, sin hacer variar la prelación.

²⁸ MARTÍNEZ BARGUEÑO, M. (1995), “La relación de empleo público en Italia”, *GAPP*, n° 2, pp. 37-38.

Como requisitos para el acceso se relacionan los siguientes: la nacionalidad italiana o de algún Estado miembro de la UE, ser mayor de 18 años, tener aptitud física para el desempeño del puesto de trabajo, estar en posesión de los derechos políticos, haber cumplido el servicio militar en el caso de los varones y estar en posesión de la titulación necesaria en cada caso.

Es de resaltar que la Ley Anticorrupción de 6 de noviembre de 2012, n° 190, incluye los concursos y las pruebas selectivas para el acceso al empleo público entre los sectores de mayor riesgo, requiriendo la inclusión de medidas de control en los planes trianuales de prevención de la corrupción a adoptar por cada Administración pública (art. 1.16). Y, en la misma línea, la Ley 124/2015 contiene diversas medidas encaminadas a garantizar la integridad en el desarrollo de las pruebas selectivas, comprendidas las que aseguren el secreto de las preguntas o los tests hasta el momento de la celebración de las pruebas y la elevación al nivel provincial de la competencia para gestionar los concursos para el reclutamiento de personal de las entidades municipales.

2. Evaluación del desempeño y sistema retributivo

Los derechos patrimoniales de los empleados públicos fueron profundamente modificados, como ya pusimos de relieve, por el Decreto Legislativo 29/1993. En la actualidad, siguen en vigor las previsiones recogidas por el artículo 45 del Decreto Legislativo 165/2001, posteriormente modificado por el Decreto Legislativo 150/2009²⁹.

Con la entrada en vigor de la reforma Brunetta de 2009 ha cambiado la tendencia generalizada a la distribución *a pioggia* -esto es, automática e indiferenciada-

²⁹ Sobre las retribuciones de los funcionarios pueden consultarse, entre otros, los estudios de CECORA, G. (1996) *Il pubblico impiego: struttura e retribuzioni*, Il Mulino, Bologna; FIORILLO, L. (1996), “La nuova struttura della retribuzione nel lavoro pubblico”, *Giorn. dir. lav. e relaz. ind.*, pp. 483 y ss.; ZOLI, C. (1995), “Il trattamento economico”, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, p. 73; RAINALDI, L., (1997): voce “Retribuzione dei dipendenti da pubbliche amministrazioni”, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, pp. 301.; MANTERO, A. (1991), voce “Retribuzione (impiego pubblico)”, in *Enc. giur. Treccani*, Vol XXVIII Roma. Y como estudios más recientes: COCCONI, M. (2014), “La frammentazione del sistema retributivo nel pubblico impiego”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, fasc. 7, pp. 679; MENGA, M. R., (2012), “Ancora sul diritto alle differenze retributive nel pubblico impiego privatizzato in caso di temporanea reggenza dell’ufficio dirigenziale”, *Giurisprudenza italiana*, fasc. 8-9, pp. 1831-1833; DI STASI, S. (2012), “Il principio di parità retributiva: ambito di applicazione e limiti nel rapporto di pubblico impiego”, *ADL Argomenti di Diritto del lavoro*, fasc. 2, pp. 485-488.

de las retribuciones complementarias y se ha implantado un sistema de nuevas técnicas de gestión del rendimiento de los empleados públicos. El tratamiento económico accesorio de los complementos, tanto para los empleados públicos en general como para los cargos directivos, se vincula a la consecución de los objetivos programados, a la mejora efectiva de la calidad en la prestación de los servicios y a la valoración de la *performance* o del rendimiento práctico, individual y colectivo³⁰.

Como vimos anteriormente, uno de los objetivos principales de la reforma en materia de empleo público ha sido incrementar la eficacia y la eficiencia de las Administraciones Públicas italianas. En este sentido, se dio entrada al rendimiento y a la productividad como criterios de referencia para determinar las retribuciones de los empleados públicos y el Decreto Legislativo 150/2009 dispone la prohibición de distribuir los complementos retributivos de manera indiscriminada y automática (art. 18. 2). Así, se ha establecido que el sueldo base y los complementos retributivos o tratamientos económicos accesorios se definen por convenios colectivos, y éstos últimos en atención a criterios de productividad o rendimiento individual o colectivo (art. 45.1 del Decreto Legislativo 165/2001).

En efecto, el tratamiento económico accesorio se define en atención a criterios objetivos de valoración conjunta) al rendimiento individual; b) al rendimiento colectivo de la Administración; y c) al efectivo desarrollo de actividades de especial peligrosidad o que revistan riesgos para la salud (art. 45. 3). Para premiar el mérito y el incremento del rendimiento o productividad, el convenio colectivo nacional puede prever complementos específicos, encomendándose al personal directivo la competencia para determinar a quiénes son atribuidos (art. 45.3 bis y 4). Pues bien, a pesar de que a los directivos se les confiera un margen de discrecionalidad para decidir a qué trabajadores se atribuirán los incrementos en razón de su productividad³¹, como señala FUENTETAJA PASTOR, el hecho de que los criterios o parámetros de de-

³⁰ Sobre ello puede verse el reciente estudio de CORTI, M. (2014), “Sulla contrattazione collettiva decentrata nel pubblico impiego: dagli aumenti indiscriminati a pioggia a la premiazione della *performance*”, *Rivista italiana di diritto del lavoro* fasc. 1, pp. 33-38.

³¹ En este sentido, señala CANTERO MARTÍNEZ que el problema que plantea el establecimiento de estos fondos radica en la discrecionalidad de la que van a gozar los directivos públicos, que puede suponer un aumento de la politización y del clientelismo en el ámbito administrativo que lleve al directivo público a premiar, no a aquellos empleados que sean más eficaces, sino aquellos que se muestren más acordes con la ideología de sus superiores, si bien resalta que, para evitar que esto suceda, el convenio ha establecido importantes medidas que van a configurarse como criterios objetivos que posteriormente permitirán valorar esta discrecionalidad de los directivos en la elección de los empleados públicos

cisión vengan establecidos en un convenio colectivo, en lugar de en la Ley o el Reglamento, es una garantía para evitar que esa discrecionalidad degeneren en arbitrariedad³².

La valoración del rendimiento de los empleados se realiza mediante un procedimiento llamado ciclo de gestión de la *performance*, regulado en los artículos 4 y siguientes del Decreto Legislativo 150/2009, que se inicia con la definición y asignación de objetivos, junto a unos indicadores de control, y que finaliza con la atribución de incentivos o premios, previa evaluación de la *performance* o rendimiento individual y colectivo por órganos independientes que son nombrados por los órganos de dirección político-administrativa. Dicho sistema es controlado, tanto en su funcionamiento como en su organización, por una Comisión independiente, que debe supervisar los informes que elaboren los órganos de evaluación de cada Administración (artículos 12 y ss. del Decreto Legislativo 150/2009)

Así, a los órganos de evaluación se les obliga a diferenciar entre tres niveles de *performance* o actuación (art. 19. 2 del Decreto Legislativo 150/2009):

- 1º. El 25% de los evaluados debe ser encajado en un nivel de mérito alto, al que corresponde la asignación del 50% de los recursos presupuestarios destinados a la retribución complementaria vinculada a la *performance* individual.
- 2º. El 50% de los evaluados debe ser ubicado en el nivel de mérito intermedio, al que corresponde el otro 50% de los citados recursos presupuestarios.
- 3º. Y, por último, el 25% restante del personal será incluido en el nivel de mérito bajo, en el que no se atribuye ninguna retribución complementaria.

En cuanto a las repercusiones de la evaluación individual de los empleados, el Decreto Legislativo 150/2009 prevé un sistema de premios o incentivos económicos como reconocimiento al mérito y a la profesionalidad, que engloban los siguientes instrumentos³³:

que disfrutarán de los aumentos salariales. En concreto, se ha establecido un riguroso procedimiento al que deberán someterse aquéllos y cuya resolución deberá ser, en todo caso, motivada y sus resultados controlados posteriormente por cada Administración pública. CANTERO MARTINEZ, J. (2001), op. cit. p. 163

³² FUENTETAJA PASTOR (2013), op. cit., pp. 138 y 139. Así, corresponde a los directivos la valoración de este tipo de productividad dentro de los criterios objetivos previamente definidos en la negociación colectiva.

³³ Véanse los artículos 17 y siguientes del Decreto Legislativo 150/2009.

- a) Los bonos anuales de excelencia. Se otorgan al 5% mejor valorado de entre los evaluados con mérito alto (art. 21).
- b) El premio anual para la innovación. Se concede al mejor proyecto presentado cada año y que produzca un cambio significativo en los servicios ofrecidos o en los procesos internos de trabajo, con una cantidad equivalente al bono anual de excelencia. Asimismo, los premiados concurrirán al Premio nacional a la innovación en las Administraciones Públicas, gestionado por el Ministerio para la Administración Pública y la Innovación (art. 22).
- c) Los incrementos o progresiones económicas. Son decididos por la Administración Pública de forma selectiva, aunque el artículo 23 prevé la prioridad para el funcionario que ha obtenido un nivel de desempeño alto durante tres años seguidos o cinco años no consecutivos.
- d) Los incrementos o progresiones de carrera. El artículo 24 del Decreto Legislativo 150/2009 dispone que hasta el 50% de las vacantes superiores pueden reservarse mediante concursos internos, teniendo especialmente en cuenta a tales efectos el nivel de evaluación obtenido, sobre todo si se ha conseguido un nivel de *performance* o desempeño alto durante tres años seguidos o cinco años no consecutivos.
- e) La atribución de puestos de responsabilidad que favorecen el desarrollo profesional según criterios objetivos y públicos (art. 25).
- f) El acceso a cursos de alta formación en instituciones o centros nacionales e internacionales, así como a periodos laborales en instituciones públicas o privadas, nacionales o internacionales que favorezcan el desarrollo profesional y competencial de los empleados (art. 26).

En todo caso, y según se anticipó, el régimen jurídico de la evaluación del desempeño será objeto de reforma detallada en un futuro próximo, toda vez que el artículo 17.1.r) de la Ley 124/2015 habilita al Gobierno para regular aquél mediante Decreto Legislativo, en el que se habrá de proceder a simplificar las normas rectoras de la materia, desarrollando sistemas distintos para la valoración de los resultados conjuntos de las organizaciones y del resultado individual de cada empleado y potenciando el proceso de valoración independiente del nivel de eficiencia y calidad del servicio, incluso mediante la fijación de los correspondientes estándares.

Por lo que atañe, por último, al régimen retributivo de los empleados públicos, no puede dejar de ponerse de relieve la importante Sentencia de la Corte Constitucional 178/2015, de 24 de junio, que enjuicia la constitucionalidad de determinadas previsiones de rango legal que, en el contexto de restricciones presupuestarias y de crisis económica y financiera vivido en los últimos años, “congelaban” las retribuciones de los empleados públicos y suspendían la aplicación a las mismas del régimen de

la negociación colectiva. La citada Sentencia declara ajustada a la Norma Fundamental la mencionada “congelación”, entendiendo que supera el test de razonabilidad e invocando tanto el principio de solidaridad como la excepcional gravedad de la situación económica y financiera. Por el contrario, se declara inconstitucional la suspensión de la negociación colectiva en materia retributiva, poniendo de relieve que una suspensión *sine die*, como era la que se había acordado, no constituye un equilibrio razonable entre la libertad sindical constitucionalmente garantizada (artículo 39) y las exigencias de distribución racional del gasto público (invocando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de octubre de 2013 que, tras poner de relieve la exigencia de un “justo equilibrio” entre las exigencias de los intereses generales de la comunidad y los requisitos de protección de los derechos fundamentales de los individuos, declaró conforme al Convenio de Roma de 1950 una norma portuguesa que había reducido los derechos de los pensionistas pero lo había hecho con un estricto límite temporal)³⁴.

En relación con lo indicado en el párrafo precedente, no puede dejar de recordarse el contenido de los artículos 32.2 y 38.10 del TREBEP, conforme a los cuales, después de disponerse que se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos, pactos y acuerdos que afecten al personal laboral y funcionario, se añade la salvedad de que “excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”, se acuerde su suspensión o la modificación de su cumplimiento, añadiéndose que “se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico-financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”. La aplicación de la doctrina expuesta contenida en la citada Sentencia de la Corte Constitucional italiana supondría que la suspensión habilitada por los artí-

³⁴ Las diversas medidas adoptadas, en el contexto de restricciones presupuestarias aludido en el texto, en relación con el régimen retributivo de los empleados públicos también han hallado reflejo en la jurisprudencia constitucional española. Puede mencionarse, como pronunciamiento particularmente reciente, la Sentencia 18/2016, de 4 de febrero, que, desde la perspectiva competencial, declara que es competencia del Estado el establecimiento del régimen de incompatibilidades de las pensiones indemnizatorias, las prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad del sector público, incluso si se aplica a quienes habían prestado servicio en las instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por encontrar amparo en el artículo 149.1.13 de la Constitución, que reconoce al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

culos 32.2 y 38.10 del TREBEP no podría tener carácter indefinido, sino que habría de estar estrictamente acotada desde el punto de vista temporal (lo que, desde el punto de vista funcional, recogen los citados artículos, puesto que permiten la suspensión o la modificación “en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”).

3. La regulación de los deberes, régimen disciplinario e incompatibilidades

Los deberes de los empleados públicos se encuentran recogidos, con carácter general, en el Código de Comportamiento aprobado por el Decreto del Presidente de la República de 16 de abril de 2013 n° 62, en el que se definen los deberes de diligencia, lealtad, imparcialidad y buena conducta que están obligados a cumplir³⁵ (Código de Conducta que en nuestro ordenamiento se recoge en los artículos 52 y siguientes del TREBEP).

Por su parte, cada Administración pública define su propio código de comportamiento en el que se integran y especifican las previsiones contenidas por el citado Decreto n° 62/2013. Así, la definición de los deberes de los funcionarios responde a un Código de comportamiento uniforme, adoptado para todas las Administraciones, y a unos Códigos de comportamiento adoptados por las distintas Administraciones, en los que se recogen eventuales especificaciones al Código General y que son necesarias para su efectiva aplicación práctica.

El primer principio general recogido por el nuevo Código de Comportamiento dispone que el empleado público debe respetar la Constitución, estar al servicio de la Nación con disciplina y honor y ajustar su conducta a los principios de buena conducta y de imparcialidad de la actuación administrativa. El empleado ejercerá sus funciones de conformidad a la ley y al interés público y sin abusar de su posición o de las potestades de las que es titular (art. 3. 1).

Asimismo, el personal de las Administraciones públicas está obligado a respetar los principios de integridad, equidad, buena fe, proporcionalidad, objetividad y

³⁵ Concretamente, el artículo 54 del Decreto Legislativo 165/2001 hace referencia al Código de Comportamiento. Posteriormente, los apartados 1 y 4 del artículo 54 del Decreto Legislativo n° 165/2001 han sido modificados por la Ley de 6 de noviembre de 2012 n° 190, sobre las *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*.

transparencia, así como a actuar con independencia e imparcialidad, absteniéndose de intervenir en caso de conflicto de intereses (art. 3. 2). Por otra parte, el empleado debe llevar a cabo sus tareas con el propósito de orientar la actuación administrativa a la máxima economía, eficiencia y eficacia. La gestión de los recursos públicos debe realizarse con el objetivo de que la actuación administrativa siga una lógica de contención de gastos, sin que ello suponga una merma de la calidad de los resultados (art. 3. 4).

Tras enumerar los principios generales anteriormente expuestos, el Código regula otros aspectos relativos a la relación de empleo: la obtención de regalos y otros beneficios (art. 4), la comunicación de conflictos de intereses o intereses económicos (art. 6), la prevención de la corrupción (art. 8), el comportamiento en el servicio (art. 11), o la atención al público por parte de los empleados (art. 12).

Particular relevancia se otorga al cumplimiento de las obligaciones de transparencia previstas para las Administraciones públicas según las disposiciones normativas vigentes, en particular tras la aprobación del Decreto Legislativo de 14 de marzo de 2013 n.º 33 relativo a la regulación de la disciplina sobre las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de información por parte de las Administraciones públicas.

El incumplimiento de las anteriores obligaciones por parte de los empleados públicos determina su responsabilidad disciplinaria (art. 55 del Decreto Legislativo 165/2001).

Precisamente un aspecto de la relación de empleo de los empleados públicos en el que se evidencian perfiles de especialidad es el relativo a las sanciones disciplinarias, que ha sido en gran parte reformado por el Decreto Legislativo 150/2009. Con la nueva normativa se reducen los márgenes de la negociación colectiva en la materia con el objetivo de hacer más efectivo el principio de responsabilidad. Y de esta forma, si bien la individualización y definición de la tipología de infracciones y sanciones disciplinarias corresponde en principio a la negociación colectiva (art. 55. 2 del Decreto Legislativo 165/2001), a nivel legislativo se han establecido directamente algunas clases de infracciones y sanciones que dan lugar a responsabilidad disciplinaria.

Concretamente, y como se ha expuesto, muchas de las causas que dan lugar al despido disciplinario son enumeradas directamente por la Ley en el artículo 55 *quarter* del Decreto Legislativo 165/2001 (artículo incluido por el artículo 69. 1 del Decreto Legislativo 150/2009) y son las siguientes:

- a) Certificar de forma falsa la asistencia al trabajo a través de la alteración de los sistemas de detección de presencia en el puesto laboral o de otra forma fraudulenta, o justificar la ausencia del puesto de trabajo mediante un certificado médico falso³⁶.
- b) La falta injustificada al trabajo durante más de tres días en los dos últimos años o por un periodo superior a siete días en los diez últimos años, así como la falta de recuperación del servicio, en caso de ausencia injustificada, dentro del plazo establecido por la Administración.
- c) El rechazo injustificado del traslado obligatorio impuesto por razones de servicio.
- d) La falsedad documental o declarativa en procesos de progresión o promoción profesional.
- e) La reincidencia de conductas agresivas, amenazantes o abusivas contra el honor y la dignidad de las personas.
- f) La condena penal firme de la prohibición permanente para ejercer cargos públicos.

Entre las sanciones más frecuentes impuestas por la Administración Pública a sus empleados cabe destacar la amonestación verbal y escrita, la multa (hasta cuatro horas de retribución), la suspensión de empleo y sueldo (hasta diez días) y el despido (con o sin previo aviso)³⁷.

Otras sanciones disciplinarias específicas han sido introducidas por la Ley 190/2012 Anticorrupción, que establece en particular que la vulneración de los deberes contenidos en el Código de Comportamiento ético de los empleados públicos, aprobado por la Administración Pública de origen, incluso el deber de actuar en orden a prevenir la corrupción, dará lugar a responsabilidad disciplinaria (art. 54. 3 del Decreto Legislativo 165/2001, modificado por la Ley 190/2012)³⁸. Asimismo, se

³⁶ Este supuesto se ha incluido como medida para endurecer las sanciones en los casos de absentismo laboral.

³⁷ En cuanto a las sanciones disciplinarias se refiere, es competente el orden social de la jurisdicción para conocer de las controversias que se susciten en relación con las mismas (art. 63 del Decreto Legislativo 165/2001). En relación a los recientes pronunciamientos de la Corte de Justicia en la materia, puede consultarse el estudio de NUNIN, R. (2014), "Impiego pubblico, violazione delle regole sul lavoro a termine ed adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di Giustizia", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* fasc. 2, pt. 1, pp. 244-254.

³⁸ Sobre la temática de la corrupción puede consultarse el reciente estudio de los profesores IM-MORDINO, M., CELONE, C., GULLO, N. (2015), "Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano", cura di volumi científicos, At-

prevé la prohibición expresa de imponer sanciones disciplinarias a los empleados públicos que pongan en conocimiento del superior jerárquico conductas ilícitas de otros empleados y de las que hayan tenido conocimiento por razón de la relación de servicio (art. 54 bis del Decreto Legislativo 165/2001, introducido asimismo por la Ley 190/2012).

Otra sanción disciplinaria prevista por el artículo 55 *sexies* del Decreto Legislativo 165/2001 (precepto incluido por el art. 69. 1 del Decreto Legislativo 150/2009) es la suspensión de empleo y sueldo por un periodo de tres días a tres meses en caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio que ocasionen daños a terceros que den lugar a responsabilidad civil de la Administración Pública. El empleado que cause daño al normal funcionamiento del órgano por ineficiencia o incompetencia profesional será sancionado con el “*collocamento in disponibilità*” (art. 55 *sexies*. 2)³⁹.

Finalmente, entre las causas de extinción de la relación de empleo dirigidas a garantizar la consecución de los objetivos impuestos al empleado público, encontramos el despido disciplinario previsto por escaso rendimiento, por un periodo de tiempo superior a dos años, así como por reiterado incumplimiento de las obligaciones de servicio (art. 55 *quater* c. 2).

Por su parte, el procedimiento para imponer las sanciones se encuentra minuciosamente regulado en el art. 55 bis del Decreto Legislativo 165/2001 (precepto incluido tras la reforma operada por el Decreto Legislativo 150/2009)⁴⁰.

Para las sanciones leves, es decir la amonestación verbal, el procedimiento viene regulado por la negociación colectiva; para las sanciones graves, el procedimiento se regula exclusivamente por la Ley, que atribuye la competencia al directivo público del órgano en el que presta servicios el empleado público⁴¹; para las sanciones más graves, la competencia se atribuye al órgano competente para los procedimien-

ti di Congressi, Napoli, Editoriale Scientifica; GULLO, N. (2014). “La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione”, *Nuove Autonomie*.

³⁹ Sobre las novedades introducidas por la Ley 190/2012 puede consultarse el estudio de MATA-RAZZO, A. E. (2012), “Legge 190/2012: la nuova carta dei diritti e dei doveri nel pubblico impiego”, *Lo stato civile italiano* fasc. 12, pp. 67-70.

⁴⁰ Sobre el mismo puede consultarse el estudio de BOLLINO, S. (2012), “Pubblico impiego e procedimento disciplinare: due modelli a confronto”, *Il foro amministrativo TAR*, fasc. 4, pp. 1105-1121.

⁴¹ El artículo 55. bis. 2 prevé que el directivo competente debe remitir la documentación al empleado en el plazo de diez días e instarle a una reunión sucesiva en la que podrá ser asistido de un procu-

tos disciplinarios, que decidirá también sobre las sanciones menos graves en el caso de que el responsable del órgano no sea un directivo ⁴².

Por último, el régimen de incompatibilidades se encuentra excluido de la negociación colectiva y se regula minuciosamente por Ley (art. 53 del Decreto Legislativo 165/2001), si bien en atención a lo dispuesto en la Ley Anticorrupción n° 190/2012 fue aprobado el Decreto legislativo 39/2013, por el que se recogen las disposiciones en materia de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y del resto de organismos públicos⁴³. Dos ideas generales la inspiran: la prohibición de compatibilizar de forma simultánea un empleo público con otro empleo público o con otra actividad o profesión privada responde a razones de productividad y de ética, de tal forma que la eficiencia requerida no se considera que pueda ser efectiva en dos profesiones o empleos; y una segunda, tan relevante como la anterior, es el objetivo de asegurar la imparcialidad del empleado y garantizar la eficacia económica en la prestación del servicio en la Administración pública.

De esta forma, el artículo 53 de la Ley n° 190/2012 Anticorrupción recoge la prohibición de los empleados públicos de ejercer actividades profesionales con sujetos privados con los que hayan tenido relación en el ejercicio de sus funciones públicas y ello por un periodo de tres años desde su cese en el servicio (art. 53. 16. *ter* Ley 190/2012). Asimismo, se permite el ejercicio a tiempo parcial, dentro de ciertos límites, para determinadas categorías de empleados públicos, como docentes universitarios o médicos del servicio sanitario nacional. Se excluyen del régimen de incompatibilidades a algunas actividades retribuidas, como las colaboraciones en revistas o

rador o de un representante sindical. En el caso de que el empleado decida no participar en la reunión, podrá remitir al órgano una defensa escrita. Después de concluir la fase de instrucción, el directivo competente concluye el procedimiento disciplinario imponiendo dentro del plazo de sesenta días la sanción prevista por el convenio colectivo, o bien archivando el expediente si no queda probada la responsabilidad disciplinaria.

⁴² El artículo 55 bis. 4 del Decreto Legislativo 165/2001 prevé que cada Administración, según su propio normativa, determina el órgano competente para ello.

El artículo 55 *ter* del Decreto Legislativo 165/2001 prevé reglas particulares para coordinar el procedimiento disciplinario y el eventual procedimiento penal abierto en relación a los mismos hechos. En dicho precepto se prevé, en particular, la autonomía de los dos procedimientos y solo para las sanciones más graves, en los casos de particular complejidad de la determinación de los hechos, está prevista la suspensión facultativa del procedimiento disciplinario hasta la terminación del proceso penal.

⁴³ Sobre la nueva normativa en materia de incompatibilidades puede consultarse el estudio de D'URGOLO, D., (2014), "La nuova disciplina delle incompatibilità nel pubblico impiego nella recente legislazione Anticorruzione", *Giustizia Amministrativa*, fasc. 6, pp. 15 y ss.

periódicos, la participación en convenios o seminarios, o los encargos de organizaciones sindicales (art. 53. 6). Pero, en todo caso, cualquier encargo retribuido debe ser autorizado por la Administración a la que se pertenezca. Todos los puestos o cargos autorizados por una Administración Pública deben ser comunicados anualmente al Departamento de la Función Pública y ser publicados para garantizar la transparencia de la actuación (art. 53. 12 a 16).

4. La movilidad de los empleados públicos

Hay una cierta coincidencia en señalar que el elevado número de empleados públicos, notablemente superior al requerido por las exigencias productivas, y la irracionalidad de su distribución sobre el territorio nacional han sido los principales factores que han contribuido a la ineficiencia crónica de la función pública italiana.

Esta situación explica que la institución de la movilidad individual y colectiva de los empleados públicos haya sido objeto de numerosas reformas desde la Ley Marco de 1983 hasta la actualidad.

El Decreto Legislativo n° 150/2009 ha buscado favorecer la movilidad de los empleados, superando la rigidez que tradicionalmente ha caracterizado su régimen jurídico y que llevó a una distribución poco equilibrada del personal dentro del conjunto las Administraciones Públicas. Así, en primer lugar, en aras de favorecer la movilidad entre los diversos ámbitos de la negociación colectiva, se prevé la elaboración de una tabla de equivalencias entre los niveles de encuadramiento profesional previstos por los distintos convenios colectivos (art. 29 bis del Decreto Legislativo n° 165/2001).

Por otra parte, se contempla que las Administraciones Públicas, antes de cubrir puestos vacantes, deben activar los procedimientos de movilidad (art. 30. 2 bis). El procedimiento de movilidad prevé que las Administraciones publiquen la disponibilidad de puestos a cubrir fijando los criterios de elección. Los empleados interesados en acceder a determinados puestos pueden presentar sus solicitudes de movilidad sin que sea necesaria la conformidad de la Administración a la que pertenezcan (art. 30. 1).

Los convenios colectivos nacionales pueden definir procedimientos y criterios de actuación y el Ministro para las Administraciones Públicas y para la Innovación puede establecer medidas para facilitar los procesos de movilidad (art. 30. 1 bis).

La movilidad colectiva, en caso de excedentes de personal, se produce mediante un procedimiento que prevé una información previa a los representantes del per-

sonal y a las organizaciones sindicales, y que promueve la reasignación de los empleados en otras Administraciones, así como el uso de formas flexibles de gestión del tiempo de trabajo y de los llamados contratos de solidaridad (art. 33). El personal excedente para el que no exista un puesto alternativo queda en “situación de disponibilidad”, que consiste en la suspensión de la relación laboral por un tiempo máximo de dos años, durante el cual percibirá una indemnización equivalente al 80% de su retribución (art. 33. 8). El personal en situación de disponibilidad se inscribe en unas listas nacionales y regionales con el fin de que, en cuanto sea posible, pueda ser reasignado en otras Administraciones Públicas que tengan necesidad de personal (arts. 34 y 34. bis).

En definitiva, en la actualidad la Ley prevé, de un lado, una movilidad voluntaria entre distintas Administraciones y, de otro, una movilidad colectiva en caso de exceso de personal, acordado con las organizaciones sindicales.

5. Los *dirigenti*

Tradicionalmente, la Administración Pública italiana había respondido desde sus orígenes al modelo jerárquico de organización piramidal, según el cual en el vértice de los Ministerios -en el Ministro, por tanto- se agrupaban todos los poderes de decisión, existiendo con el resto del personal una relación de rígida jerarquía. Dicho modelo jerárquico comienza a evidenciar sus limitaciones al incrementarse tanto el número de Administraciones Públicas como sus cometidos y al demostrarse que era inviable en la práctica concentrar en un solo órgano todos los poderes de decisión formal.

Así las cosas, a comienzos de los años 70 del siglo pasado se configura en el nivel estatal un nuevo modelo de organización que preveía la creación de una nueva categoría de personal profesional llamada los *dirigenti*, encargados de dirigir a las Administraciones públicas y a los empleados en todos sus niveles bajo la dirección y control político de los órganos de gobierno⁴⁴.

⁴⁴ La bibliografía sobre la *dirigenza pubblica* es muy extensa. De la misma pudiéramos resaltar, entre otra, la siguiente: CASSESE, S. (2002), “Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale”, *Giorn. dir. amm.*, pp. 1341 y ss.; D’ALESSIO, G., (2006), “La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo”, *Lav. pubbl. amm.*, pp. 549 y ss.; (2000), *La nuova dirigenza pubblica*, Roma; (2007), “La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro”, *Lav. pubbl. amm.*, pp. 349 y ss.; MERLONI, F. (2006): *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna; CHIRULLI, P. (2000): voce Dirigenza pubblica, *Enc. giur. Treccani*, vol XI, Ro-

La figura del directivo se recoge, por vez primera, en el Decreto del Presidente de la República de 30 de junio de 1972, n° 748⁴⁵, que distingue entre tres categorías: directivo general, directivo superior y primer directivo. No obstante, se trataba de un sistema que no superaba del todo el modelo jerárquico de organización, puesto que el Ministro conservaba no sólo los poderes de dirección, sino también, en determinados casos, la potestad de revocación de la competencia así como de sustitución y de revisión de oficio de los actos de los directivos⁴⁶.

Al comienzo de los años noventa se inicia, como vimos con anterioridad, un proceso de reforma normativa dirigido a privatizar la relación de empleo de los empleados públicos y que condujo al actual marco normativo contenido en el Decreto Legislativo de 30 de marzo de 2001, n° 165. Entre los objetivos principales de dicha reforma se apunta la mejora de la clase directiva desde la doble perspectiva de garantizar la imparcialidad de la actuación administrativa, limitando la injerencia de la política en las decisiones de los directivos públicos, y de aumentar la eficiencia de la Administración Pública, instaurando una figura que se asimilaba al manager privado. Se pretende, por tanto, conseguir una élite directiva burocrática de alto nivel, en la que puedan integrarse los más capaces, y llamada a desempeñar funciones relevantes con autonomía respecto del área política gubernativa, pero con responsabilidad plena de los resultados de su gestión y de la obediencia a la dirección política⁴⁷.

ma.2007; IMMORDINO, M., RAGUSA, M. (2007). "La dirigenza negli enti locali", en la ob. colect. R.URSI, & M.P. CHITI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*.

⁴⁵ Dictado en virtud de la delegación conferida al Gobierno por el artículo 16 de la Ley de 18 de marzo de 1968, n° 249. En relación a la evolución normativa de los directivos públicos pueden consultarse, entre otros, los estudios de COLAPIETRO, C. (1990): voce Dirigenti pubblici, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, pp. 126 y ss.; y, D'ALBERTI, M. (1990), *La dirigenza pubblica*, Bologna.

⁴⁶ Señala SÁNCHEZ MORÓN que en el clima partitocrático y clientelista de la I República, la experiencia de los directivos públicos no resultó satisfactoria, sobre todo por el escaso interés demostrado por los sucesivos Gobiernos pluripartidistas en crear una élite burocrática fuerte. Este desinterés determinó una relativa despreocupación por la selección y formación de los mismos (hasta 1984 no fue regulado el acceso directo a la carrera directiva), por lo que primaba la antigüedad sobre el mérito; y, asimismo, generó una insuficiente distinción entre el área política y la dirección administrativa y una tendencia de los propios directivos a la "politización" clientelar, ante la falta de garantías objetivas de carrera. SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), "Sobre la reforma administrativa italiana del periodo de la transición, con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público", *Revista de Administración Pública* n° 134, pp. 483 y 484.

⁴⁷ Véase SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), op. cit., p. 485.

En este contexto, ya desde finales de los años ochenta había comenzado a hablarse de una nueva gestión pública. PRATS Y CATALÀ apuntaba la irrupción “del caballo del management en todas las cacharrerías administrativas del mundo”⁴⁸ y, por ende, en Italia. Se propugnaba que para abordar la reforma de la Administración Pública era necesario crear un *management* capaz de actuar de modo empresarial, facilitando el consenso y estimulando la creatividad en una perspectiva en la que el servicio fuera más personalizado. Asimismo, se considera necesario que el proceso productivo se dirigiera al cliente o que se eliminara la etiqueta de actividad burocrática que tanta resistencia había venido oponiendo a la introducción de exitosas técnicas de gestión de la empresa privada.

De esta manera, trasponer en la práctica a la Administración pública algunas de las soluciones de las organizaciones privadas se fue vislumbrado no sólo posible, sino también necesario a fin de incrementar la eficacia y eficiencia administrativas, y en el entendimiento de que podían extraerse de aquéllas valiosas consecuencias para la satisfacción de las demandas sociales planteadas por los ciudadanos y para la reforma del sector público.

No obstante, debe apuntarse el abandono de la ilusión infundada de que la gestión empresarial pudiera trasladarse mimética y mecánicamente a las Administraciones públicas⁴⁹, pues en todo caso existen elementos diferenciadores -como, por ejemplo, la financiación o los objetivos a perseguir- entre el sector público y el sector pri-

⁴⁸ PRATS Y CATALÀ, J. (2003), “Derecho y management en las Administraciones públicas”, *Ekonomiaz* 26. Con posterioridad, este autor estudió la evolución de la gestión pública hacia las redes de gobernanza así como su impacto en el principio democrático. PRATS CATALÀ, J. (2005. a): *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*, Madrid: INAP. PRATS CATALÀ, J. (2005. b), “Modos de gobernanza en las sociedades globales”, en *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Cerrillo i Martínez (Ed.), Madrid: INAP; y PRATS CATALÀ, J. (2007): “Governança i democràcia”, en *Governança i bona administració a Catalunya*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya. Y, más recientemente, analizó el papel que el Derecho Administrativo podía desarrollar a través del reconocimiento del principio de buena administración. PRATS CATALÀ, J. (2010), “Políticas de buena administración para la Administración General del Estado en España”, en *Gobernanza democrática y fiscalidad*, Ruiz-Huerta & Vilorri Mendieta (Eds.).

⁴⁹ Así lo afirmaba PRATS i CATALÀ tras señalar que se ha ignorado generalmente que el marco “institucional” de la gestión pública y de la gestión privada responden a principios, valores y normas diferentes. Todo lo cual no ha dejado de producir algunos excesos que hoy justamente se denuncian. Para este autor, el *management* no se presenta como un mero añadido tecnocrático al orden tradicional de la legitimidad legal de las Administraciones, sino como portador de un propio factor de legitimidad, representado por los valores de eficacia y eficiencia. Por lo demás, estos valores han dejado de ser una mera inva-

vado. Ahora bien, esas diferencias no significan que el sector público deba desconocer las técnicas de la gestión privada⁵⁰.

Según esta nueva concepción que surge de la Administración pública inspirada en el *new public management*⁵¹, la alta burocracia debe tener autonomía en el desempeño de sus cometidos y debe estar dotada de los recursos necesarios para la consecución de sus fines. En este sentido, el directivo público asume un papel análogo al del manager privado.

sión retórica justificativa del poder tecnocrático para configurarse como verdaderos valores proclamados constitucionalmente y exigidos socialmente como condición de legitimidad. PRATS i CATALÁ, J. (1995), "Derecho y management en las Administraciones públicas (Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas)", *Revista del Clad. Reforma y Democracia* n° 3, pp. 91 y 92. Asimismo, de este autor puede consultarse su estudio: PRATS i CATALÁ, J.: De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo (recurso electrónico), pp. 71 y ss.

⁵⁰ Sobre los elementos diferenciados entre la Administración pública y el sector privado puede consultarse la relación que de los mismos realiza el profesor CASTILLO BLANCO, F. (1996), "Management y Derecho Administrativo: ¿Hacia una necesaria evolución del Derecho de la Función Pública y de la Gestión de los Recursos Humanos?", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 26, pp. 215 a 217. Señala este autor que el surgimiento del *management* público ha de ser un fenómeno necesariamente valorado y del que han de extraerse consecuencias valiosas para la reforma de nuestro sector público aunque, en todo caso, no debe caerse en un mimetismo acrítico que no tenga en cuenta nuestra raíces culturales, la especificidad de la posición constitucional de nuestra Administración pública y nuestra propia forma de concepción de la gestión pública. Además, no basta con incorporar asépticamente al sector público las regulaciones y técnicas de gestión privada, y ello porque la Administración pública representa unos valores y principios que exigen una modulación de las ideas y métodos que se atemperan con la presencia de la Administración. En todo caso, "el sector público exige una visión y un enfoque propio que no significa, en absoluto, prescindir o ignorar técnicas de regulación y gestión propias del sector privado, pero que, sin embargo, sí obligan a realizar una reflexión propia, de desarrollo y evolución de los distintos bloques normativos, de adaptación de las técnicas de gestión pública y de reconceptualización de los principios y valores en que se ha apoyado el devenir de la Administración en los dos últimos siglos. Este es, sin duda, el reto que los estudiosos del sector público, sea cual sea la disciplina o actividad en la que se desempeñen, hemos de asumir", (pp. 214, 218 y 220).

⁵¹ En la actualidad se sigue ahondando en la necesidad de cambio, pero desde hace ya algunos años se entiende que el gerencialismo público, en el sentido de que la Administración deba imitar a la empresa mercantil y que sitúa al ciudadano en el papel pasivo de cliente o usuario, debe ser sustituido por la actual gobernanza. En efecto, en los últimos años se está produciendo en Europa un amplio acuerdo en considerar a la gobernanza como un nuevo modo de gobernar, debido a que se constata de manera progresiva que la eficacia y la legitimidad de los gobiernos democráticos se fundamenta, cada vez más, en la calidad de interacción entre éstos y las organizaciones empresariales y sociales, así como en la buena gestión de las relaciones entre los distintos niveles de gobierno. Véase PRATS CATALÁ, J. (2001), "Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano: marco conceptual y analítico", *Instituciones y Desarrollo* n° 10,

En Italia, el proceso de cambio de los años noventa se articula en dos fases: la primera con el Decreto Legislativo de 3 de febrero de 1993, n° 29, que lleva a cabo una privatización parcial de la relación de empleo de los empleados públicos, excluyendo algunas categorías de los mismos así como a todos los directivos generales⁵². Y una segunda fase que, en particular, incluye en el régimen privado también a los directivos generales y que tuvo lugar dentro de las llamadas reformas Bassanini del Decreto Legislativo de 31 de marzo de 1998, n° 80⁵³. De esta manera, se reconduce a todos los directivos hacia la laboralización.

El establecimiento de los *dirigenti* deriva de la clasificación de las funciones administrativas, de un lado, en ejecutivas, que se reservan a los directivos y, de otro lado, en funciones estratégicas y de control, que se encargan a los Ministros, deslindando, de esta manera, los ámbitos administrativo y político, respectivamente⁵⁴.

En efecto, a los órganos de gobierno (es decir, a los Ministros), se le encomienda el establecimiento de los objetivos y de los programas así como el control de los

pp. 103 y ss. Asimismo, sobre esta temática puede consultarse mi estudio OLMEDO GAYA, A. I. (2014): “La emergencia de la gobernanza y su impulso hacia la sostenibilidad” en la ob. colect. CASTILLO BLANCO, F. (Director): *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 347 y ss.

⁵² Dentro del personal directivo se distingue entre el directivo general, con vínculo público y político evidente, tanto por su nombramiento por los órganos políticos como por estar su remuneración recogida en la Ley (art. 46 del Decreto Legislativo 29/1993), y el directivo propiamente dicho, que comprende dos categorías: el *primo dirigente* y el *dirigente superiore*, contractualizado y sometido al Derecho privado. Como recoge FUENTETAJA PASTOR, tanto la distinción como el régimen fueron atacados desde puntos de vista diferentes. Por un lado, esa división de la *dirigenza* se consideraba discriminatoria y sin justificación, por ello, su exclusión de la laboración. Por otro lado, la laboralización en sí fue contestada por quienes veían en ella un peligro para la necesaria imparcialidad de su actuación; si bien la Corte amparó la laboralización de esta categoría de personal (Sentencias de la Corte Costituzionale de 25 de julio de 1996, n° 313 y de 30 de enero de 2002, n° 11). FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2012), op. cit., pp. 140.

⁵³ Dictado en base a la delegación contenida en el artículo 11.4 de la Ley de 15 de marzo de 1997, n° 59.

⁵⁴ El artículo 37 del Decreto Legislativo n° 150/2009 afirma que la nueva disciplina dictada para la clase directiva debe permitir reformar el principio de distinción entre las funciones de dirección y control encomendadas a los órganos de gobierno y las funciones de gestión administrativa encomendadas a la *dirigenza*, conforme a la jurisprudencia constitucional en la materia, regulando la relación entre órganos de vértice y los directivos titulares de puestos de alta dirección en aras a garantizar la plena y coherente actuación de la dirección política en el ámbito administrativo.

resultados (art. 4. 1 del Decreto Legislativo n° 165/2001⁵⁵); mientras que a los *dirigenti* se les asigna la responsabilidad de la actividad administrativa y de su resultado, encomendándoles la gestión financiera, técnica y administrativa, la organización del gasto, la organización de los recursos humanos, las actividades de control y todo lo relativo a la responsabilidad de los empleados públicos⁵⁶. En definitiva, corresponde a los *dirigenti* la consecución de los intereses generales respetando las directrices y objetivos fijados por los órganos políticos, los cuales no podrán, salvo por motivos de legalidad, revocar, reformar, atribuirse o avocarse o adoptar resoluciones o actos de competencia del personal directivo (artículo 14. 3 del Decreto Legislativo n° 165/2001). Esto último evidencia que la relación de los directivos con los órganos de gobierno no puede ser calificada en términos de jerarquía.

A la categoría de dirigente se accede por oposición o concurso, según los casos, y tras superarlos se realiza un curso de formación en la *Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione*. Para participar en tales pruebas selectivas es necesario ser empleado público superior con ciertos años de experiencia -normalmente cinco- o bien ser directivo de entes públicos o funcionario de una organización internacional con cierta experiencia. Con carácter excepcional se admite el ingreso de otros empleados del sector privado con determinadas titulaciones y experiencia. Por lo demás, la Corte Constitucional ha confirmado recientemente la exigencia de concurso público para acceder a la condición de directivo. En concreto, así lo hace en la Sentencia 37/2015, de 25 de febrero, en la que se declara disconforme con el artículo 97 de la Constitución la previsión, contenida en el Decreto-Ley 16/2012, convertido en la Ley 44/2012, según la cual determinadas agencias administrativas estaban habilitadas para cubrir puestos directivos vacantes, mientras se sustanciaba el procedimiento para su provisión con arreglo al régimen ordinario, mediante funcionarios propios con los que se suscribían los correspondientes contratos de trabajo a tiempo parcial. La Corte Constitucional señala, en efecto, que no existe ninguna duda acerca del hecho de que la provisión de los puestos directivos en el ámbito de la Administración Pú-

⁵⁵ Señala este precepto que los órganos de gobierno “esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell’attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti”. Asimismo, a las funciones de los órganos políticos se refiere el artículo 14. 2 del Decreto Legislativo n° 165/2001.

⁵⁶ Corresponde a los directivos “l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi... nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo... (ad essi è attribuita la responsabilità in via esclusiva) “dell’attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati” (artículo 4. 2 del Decreto Legislativo n° 165/2001)

blica debe necesariamente realizarse previa sustanciación de un concurso público, siendo necesario el mismo incluso en el caso de que la provisión se realice en favor de quienes ya ostentan la condición de empleados públicos.

En cuanto a la duración de los cargos directivos, con anterioridad a la reforma de los noventa no se preveía ningún límite temporal a la atribución de sus cometidos, por lo que los *dirigenti* eran casi inamovibles. Ello contrastaba con la figura de los Ministros, que eran sustituidos constantemente debido a las frecuentes crisis políticas. En la actualidad, según la normativa en vigor, la duración de los cargos directivos no puede ser inferior a tres años y tampoco exceder de cinco años (art. 19. 2 del Decreto Legislativo n° 165/2001), pudiendo ser renovados previa valoración positiva de los resultados obtenidos.

El objeto de cada puesto, los objetivos, la duración y la retribución se recogen en el contrato de trabajo respectivo (art. 19. 2 y art. 24 del Decreto Legislativo n° 165/2001). Los cargos de directivos de categoría superior (secretario general del Ministerio y jefes del Departamento) se proveen con la máxima solemnidad por Decreto del Presidente de la República, previa deliberación del Consejo de Ministros (art. 19. 3). Los puestos de directivos generales se proveen por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente (art. 19. 4). Los otros cargos directivos son provistos por el directivo general del órgano administrativo correspondiente (art. 19. 5).

En cuanto a la revocación de los contratos de los *dirigenti*, la actual normativa distingue entre dos regímenes diferentes⁵⁷: en primer lugar, el aplicable a los denominados por la Corte Constitucional “*dirigenti apicali*” (sin individualizarlos en concreto), consistente en el sistema o mecanismo del llamado *spoils system* o clientelismo; y, en segundo lugar, el régimen de revocación aplicable al resto de directivos, en el que se recogen las previsiones de la Corte Constitucional en aras de recuperar las garantías procedimentales⁵⁸, y en el que se prevé que los cargos directivos pueden ser revocados exclusivamente en los casos previstos por el artículo 21.1 del Decreto Le-

⁵⁷ Véase POLICE, A. (2014), “Le risorse umane”, en la ob. colect. SCOCA: *Diritto amministrativo*, Torino, pp. 481 y 482.

⁵⁸ En efecto, en este sentido se pronuncian las Sentencias n° 233/2006 y n° 103/2007 de la Corte Constitucional a las que hace referencia el profesor POLICE (2014), op. cit., p. 481. Asimismo, sobre ello puede consultarse el estudio del profesor CLARICH, M. (2007), “Una rivincita della dirigenza pubblica nei confronti dello potere della politica a garanzia dell'imparzialità della pubblica amministrazione”, neldiritto.it.

gislativo n° 165/2001, o sea, en los supuestos de responsabilidad del personal directivo⁵⁹. En cualquier caso, las Administraciones, al término de un puesto de nivel directivo, y en atención a los procesos de reorganización, e incluso en ausencia de una valoración negativa del mismo, podrán acordar la revocación del cargo directivo asignándole otro puesto incluso de menor prestigio o nivel.

Como prevé el artículo 21 del Decreto Legislativo 165/2001 el incumplimiento de las directivas marcadas a los directivos o la obtención de resultados negativos en los objetivos como consecuencia de la gestión, así como la infracción culpable del deber de cumplimiento de los estándares cuantitativos y cualitativos fijados por la Administración, determinan la imposibilidad de renovar los cargos directivos. Por tanto, el cese en el cargo de directivo tiene lugar por el agotamiento del plazo de nombramiento en el caso de que no tenga lugar la renovación, por sanción disciplinaria y por incumplimiento de objetivos. No obstante lo anterior, tras una reforma introducida durante el primer Gobierno de Berlusconi, los más altos cargos, es decir, secretarios generales y directores, cesan automáticamente a los noventa días de la toma de posesión de cada nuevo Gobierno. Esta clausula, unida a la frecuente renovación de los gobiernos italianos, suscita, como ha puesto de relieve el profesor SÁNCHEZ MORÓN, muchas dudas sobre la estabilidad e imparcialidad de los directivos de primer nivel, que ha puesto de manifiesto incluso la Corte Constitucional. Además, no siempre las oposiciones y concursos de acceso permiten completar la plantilla de directivos, lo que lleva a nombrar “provisionalmente” para tales cargos a personas que no lo son⁶⁰.

En definitiva, los directivos tienden a ser nombrados y renovados por el Gobierno que esté en el poder, por lo que no existe un sistema neutral de selección y revocación basado en criterios de igualdad y de mérito. Se trata, evidentemente, de un mecanismo de *spoils system* que se presta a formas de clientelismo político incompatible con el sistema del mérito en el que se fundamenta la burocracia profesional y que garantiza la imparcialidad y continuidad de la actuación administrativa⁶¹.

⁵⁹ Sobre la responsabilidad del personal directivo, pueden consultarse, entre otros, los estudios de CELONE, C. (2012), “La responsabilità dirigenziale”, in *La dirigenza locale*, a cura di M. IMMORDINO E A. CONTIERI, Editoriale Scientifica, Napoli; y, TENORE, V. (2013), “Profili ricostruttivi della responsabilità dirigenziale nel pubblico impiego”, *Giustizia Civile*, fas. 7-8, pp. 325-342.

⁶⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2009), “Los directivos públicos. Análisis comparado”, *Estudios QDL Fundación, Democracia y Gobierno Local*, p. 46.

⁶¹ En la línea de tales reflexiones pueden consultarse, entre otros, los estudios de PRATS I CATALÁ, J. (2002), “Del clientelismo al mérito en el empleo público. Análisis de un cambio institucional”,

La propia Corte Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que dicho sistema comporta una desnaturalización del papel de la clase directiva, que contradice los siguientes principios: el principio de imparcialidad, que impone separar a los directivos de los partidos políticos; el principio del buen rendimiento, que exigiría la continuidad de la actuación administrativa, y el principio de un procedimiento justo, ya que el abandono del cargo tiene lugar sin ninguna audiencia del interesado (Sentencias de la Corte Constitucional de 23 de marzo de 2007, n° 103 y 104, y de 22 de julio de 2011, n° 228)⁶².

En este sentido, señala el profesor PARADA que la experiencia italiana de huida del modelo tradicional de la función pública parece que se ha saldado con un estrepitoso fracaso. La función pública italiana va camino de instalarse, si no lo está ya, en el *spoils system*, y afirma este autor que a esta situación se habría llegado porque los directivos, que ya no constituyen un *ruolo* o cuerpo único, sino varios, dependientes de cada Ministerio, son nombrados y removidos discrecionalmente por el Gobierno de turno, al que deben acomodar sus actuaciones, con pérdida de su neutralidad. De esta forma, si en los últimos tiempos pudo decirse que los gobiernos pasan y la burocracia permanece, ahora los gobiernos son estables y la burocracia es transeúnte⁶³.

La generalizada insatisfacción con el vigente régimen jurídico del personal directivo -de la que queda hecho breve mérito en los párrafos precedentes- ha determinado que la mencionada Ley 124/2015 haya introducido -en términos que habrán de ser concretados en los Decretos Legislativos que se dicten en su amparo- relevantes modificaciones en dicho régimen. En concreto, y sin pretensión ninguna de exhaustividad, tales modificaciones se refieren a los extremos siguientes:

Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal n° 2, pp. 1 y ss.; y LONGO, F. (2004), “Servicio civil y ética pública”, ponencia presentada en el *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Madrid, España, 2 - 5.

⁶² Véase CLARICH (2013), op. cit., p. 407.

⁶³ Véase PARADA VÁZQUEZ, R. (2014): *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Madrid, Marcial Pons, pp. 455 y 456. En definitiva, concluye el profesor PARADA que el experimento italiano de salirse del modelo funcional corporativo a la francesa, y asimismo debido a la avidez de los sindicatos y a la lucha entre los partidos para dominar la alta burocracia de directivos, ha terminado en un gran desastre (p. 456).

- a) Por lo que atañe al acceso a la condición de personal directivo, se reitera formalmente la aplicación del principio de mérito, previéndose que aquél tendrá lugar mediante el sistema de curso-concurso o de concurso, los cuales habrán de ajustarse en todo caso a las mejores prácticas utilizadas en el ámbito internacional.
- b) La duración se fija en 4 años, extensibles por 2 años adicionales sin participación en proceso selectivo ninguno, y con posibilidad en todo caso de renovación a través del correspondiente proceso selectivo.
- c) Se dispone expresamente que se producirá el cese del directivo y la prohibición de renovación del cargo en los sectores sensibles al riesgo de corrupción así como en caso de condena -aunque no sea firme- por parte del Tribunal de Cuentas a resarcimiento del daño producido a la Hacienda Pública por conducta dolosa.
- d) Se prevé la simplificación y la ampliación de los supuestos de movilidad entre las Administraciones Públicas y con el sector privado -disposición esta última concerniente a las denominadas “puertas giratorias” que habría de ser objeto de un desarrollo normativo extremadamente cuidadoso-.
- e) Por último, se prevé la constitución en el seno del Departamento de la Función Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros de una Comisión para el personal directivo estatal, que operará con plena autonomía y cuyos miembros serán seleccionados mediante sistemas que garanticen su independencia, su honorabilidad y la ausencia de conflictos de intereses. Tal Comisión tendrá competencias en relación con el control del cumplimiento de las normas reguladoras del acceso a la condición de personal directivo así como en relación con la evaluación del desempeño de éste.

Por lo demás, la misma crítica dominante en el ámbito italiano puede hacerse extensiva a nuestro país, donde la configuración jurídica del personal directivo público profesional se muestra como otra asignatura pendiente de nuestro modelo de empleo público⁶⁴. En este sentido, se presenta como imprescindible, para poder avanzar en la construcción de cualquier sistema de función directiva profesional, que

⁶⁴El artículo 13 del TREBEP como marco general define al personal directivo como “el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración”. Otra acepción más sustantiva del concepto de directivo se recogió en el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP, en el que se señala que es “la persona que posee la capacidad de liderazgo, la formación específica y las habilidades necesarias para hacer funcionar, bajo las instrucciones del Gobierno correspondiente, la compleja maquinaria administrativa”.

los directivos públicos han de ser personas reclutadas mediante procesos competitivos por las Administraciones Públicas en función de sus conocimientos, destrezas, aptitudes, habilidades y actitudes para dirigir un determinado ámbito o sector de lo público, es decir, que sean seleccionados en función de estrictos criterios de competencia profesional y experiencia. Y asimismo, en cuanto al cese del personal directivo se refiere, sólo debería producirse como consecuencia de una gestión inadecuada por no cumplir los objetivos marcados por la organización, tras la correspondiente evaluación del desempeño que así lo determine. Incluso podría plantearse la posibilidad de establecer una limitación temporal para el ejercicio del puesto de trabajo, aunque vinculada también a los resultados de la evaluación. En consecuencia, la idea de discrecionalidad o pérdida de confianza no debería tener cabida⁶⁵. Pero la realidad es que, en definitiva, existe entre nosotros una muy arraigada cultura de la “confianza política” como criterio de provisión de los puestos directivos, que sigue teniendo un peso enorme y que es muy difícil de cambiar⁶⁶. Por lo que atañe al ordenamiento español, no puede dejar de ponerse de relieve que -en la línea establecida por la Corte Constitucional italiana- el artículo 10.2 del TREBEP establece que “la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Naturalmente, son muchísimas las enseñanzas susceptibles de extraerse del examen del modelo italiano, no constituyendo sin embargo objeto del presente trabajo la exposición de las mismas. Ello no obstante, quien suscribe no quiere dejar de formular las dos consideraciones siguientes.

En primer lugar, la experiencia italiana permite relativizar la relevancia práctica -más allá de los planteamientos estrictamente dogmáticos- de la opción por un régimen iuspublicista o laboral para la relación de empleo público. En efecto, la opción generalizada por el régimen laboral por la que se decantó el legislador italiano no ha impedido que, de hecho, los problemas fundamentales a los que se enfrenta el empleo público en Italia sean los mismos, *servata distantia*, que han de ser afrontados en España o en países de características similares. Y es que lo decisivo no es, ciertamen-

⁶⁵ Véase QUESADA LUMBRERAS, J. E. (2015), *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, Pamplona, Ed. Thomson-Aranzadi, págs. 155 y ss.

⁶⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2009), op. cit., p. 44.

te, que la relación de empleo sea contractual o estatutaria o que el orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que se susciten en su seno sea el contencioso-administrativo o el social. Lo relevante, por el contrario, son los términos concretos en los que se configuran los aspectos específicos de la relación de empleo y, más aún, la existencia o no de sistemas eficaces de control independiente y de un sistema de valores -que en último término se reconducen al servicio al interés público- interiorizado y compartido tanto por los servidores públicos como por quienes han de adoptar decisiones en relación con los mismos.

En segundo término, la experiencia italiana acredita igualmente que los intentos de reconducir el régimen del empleo público a los patrones propios de las organizaciones privadas tropiezan siempre con obstáculos insalvables. Ya se pusieron anteriormente de relieve las sustanciales diferencias existentes entre la Administración Pública y el sector privado, las cuales inevitablemente se proyectan sobre el personal a su servicio. Las constantes reformas de la normativa italiana en materia de empleo público, aludidas anteriormente, así lo acreditan, pues las mismas se dirigen, en no pequeña medida, a garantizar no solamente la eficacia y la eficiencia, sino también la igualdad en el acceso al empleo público (igualdad que no ha de existir necesariamente, por imperativo jurídico, en el sector privado) así como la protección de los intereses públicos implicados en la existencia, la organización y el funcionamiento de las estructuras administrativas. Así lo ha dicho expresivamente -y con ello termina la Sentencia de la Corte Constitucional 178/2015, de 24 de junio, que, a propósito de la legislación que había “congelado” las retribuciones del sector público y de la posible vulneración por la misma del principio de igualdad, por razón de no haber tenido lugar aquélla en relación con el sector privado, rechaza enérgicamente que éste sea un *tertium comparationis* idóneo en relación con los empleados públicos, poniendo de relieve que “el empleo público y el empleo privado no pueden ser asimilados en todo y para todo, puesto que las diferencias, aunque atenuadas, permanecen no obstante la extensión de la contratación colectiva a una amplia parte del trabajo desarrollado en las dependencias de las Administraciones Públicas”.

BIBLIOGRAFÍA

- BATTINI, S. (2010), “Il rapporto di lavoro pubblico dopo la riforma Brunetta: una prima valutazione” en la ob. colect. PÉREZ, R. (dir.) *Il piano Brunetta e la riforma della pubblica amministrazione*, Maggioli, Rimini.
- BATTINI, S. e S. CASSESE (1997) (a cura di), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano.
- BATTINI, S., (2000) “Il personale”, en S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, Giuffrè Editore

- BOLETÍN DE FUNCIÓN PÚBLICA DEL INAP (2012), “La evaluación del desempeño en la Administración pública francesa”.
- BOLLINO, S. (2012), “Pubblico impiego e procedimento disciplinare: due modelli a confronto”, *Il foro amministrativo TAR*, fasc. 4.
- BRIGUGLIO, A., (1998) “La Cassazione e le controversie in materia di pubblico impiego trasferite a la giurisdizione ordinaria”, *Riv. dir. proce.*
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2001): *El empleo público: entre Estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2011), “La reforma de la función pública francesa (parte I)”, *Boletín de Función pública del INAP* n° 3.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2011), “La reforma de la función pública francesa (Parte II)”, *Boletín de Función pública del INAP* n° 4.
- CARINCI, F. (a cura di) (1995), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè.
- CARINCI, F. E M. D’ANTONA (2000) (a cura di): *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano.
- CASSESE, S. (2002), “Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale”, *Giorn. dir. amm.*
- CASSESE, S. (2013), “Dall’impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?”, *Giornale di diritto amministrativo* fasc. 3.
- CASSESE, S., (1997) “Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego”, in S. BATTINI, S. CASSESE G.L. Ecora, M. D’Antonia y G. D’Auria (a cura di), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè.
- CASTILLO BLANCO, F. (1996), “Management y Derecho Administrativo: ¿Hacia una necesaria evolución del Derecho de la Función Pública y de la Gestión de los Recursos Humanos?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 26.
- CASTILLO BLANCO, F. (2015), “Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 171.
- CECORA, G. e C. D’ORTA (1994): *La riforma del pubblico impiego*, Il Mulino, Bologna.
- CECORA, G. (1996), *Il pubblico impiego: struttura e retribuzioni*, Il Mulino, Bologna.
- CELONE, C. (2012), “La responsabilità dirigenziale”, in *La dirigenza locale*, a cura di M. Immordino e A. Contieri, Editoriale Scientifica, Napoli.
- CHIRULLI, P. (2000): voce Dirigenza pubblica, *Enc. giur. Treccani*, vol XI, Roma.
- CLARICH M. e D. IARIA, (1994): *La riforma del pubblico impiego*, Maggioli, Rimini.
- CLARICH, M. (2007), “Una rivincita della dirigenza pubblica nei confronti dello potere della politica a garanzia dell’imparzialità della pubblica amministrazione”, *neldiritto.it*.
- CLARICH, M. (2013): *Manuale di Diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna.
- COCCONI, M. (2014), “La frammentazione del sistema retributivo nel pubblico impiego”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, fasc. 7.

- COLAPIETRO, C. (1990): voce Dirigenti pubblici, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino.
- CORPACI, A. (1996), “Quale tutela giurisdizionale per il pubblico impiego?”, *Riv. giur. lav.* I.
- CORPACI, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (1999) (a cura di), “La riforma della organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche”, en *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova.
- CORTI, M. (2014), “Sulla contrattazione collettiva decentrata nel pubblico impiego: dagli aumenti indiscriminati a pioggia a la premiazione della performance”, *Rivista italiana di diritto del lavoro* fasc. 1.
- D’ALBERTI, M. (1990), *La dirigenza pubblica*, Bologna.
- D’ALESSIO, G. (2000), *La nuova dirigenza pubblica*, Roma.
- D’ALESSIO, G. (2007), “La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro”, *Lav. pubbl. amm.*
- D’ALESSIO, G., (2006), “La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo”, *Lav. pubbl. amm.*
- D’ANTONA, M. (1998), “Lavoro pubblico de Diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle <<leggi Bassanini>>”, *Lav. pubbl. amm.* n° 1.
- D’ANTONA, M. (1997) “La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto”, en S. BATTINI, S. CASSESE (a cura di), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè.
- D’ANTONIA, M. (2001), “Federalismo administrativo y privatización del empleo público en Italia”, en la ob. colect. *Régimen jurídico de los funcionarios públicos. Análisis y perspectivas*, IAAP, Sevilla.
- D’AURIA, G. (1998), “Riforma amministrativa e riforma del lavoro pubblico”, *Lav. pubbl. amm.* n° 6.
- DANZA, M., (2012), “Il processo evolutivo nel pubblico impiego dal Decreto Brunetta alla recente intesa dell’11 maggio 2012”, *RU Risorse umane nella pubblica amministrazione*, fasc. 4-5.
- DI STASI, S. (2012), “Il principio di parità retributiva: ambito di applicazione e limiti nel rapporto di pubblico impiego”, *ADL Argomenti di Diritto del lavoro*, fasc. 2.
- D’URGOLO, D., (2014), “La nuova disciplina delle incompatibilità nel pubblico impiego nella recente legislazione Antocorruzione”, *Giustizia Amministrativa*, fasc. 6.
- FIDONE, G. (2011), “Eficacia y eficiencia en la reforma italiana de la Administración pública (la llamada reforma Brunetta). De las medidas para la optimización de la productividad del empleo público a la acción por la eficiencia”, *Revista de Administración Pública* n° 186.
- FIGORILLI, F. (2002): *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino.

- FIORILLO, L. (1996), “La nuova struttura della retribuzione nel lavoro pubblico”, *Giorn. dir. lav. e relaz. ind.*, pp.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2013): *Pasado, presente y futuro de la función pública. Entre la politización y la patrimonialización*, Cívitas, Madrid.
- GARDINI, G. (a cura di) (2012), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bologna.
- GULLO, N. (2014). “La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione”, *Nuove Autonomie*.
- IMMORDINO, M., CELONE, C., GULLO, N. (2015), “Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano”, cura di volumi scientifici, Atti di Congressi, Napoli, Editoriale Scientifica.
- IMMORDINO, M., RAGUSA, M. (2007). “La dirigenza negli enti locali”, en la ob. colect. R.URSI, & M.P. CHITI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*.
- LAVILLA RUBIRA, J. J. (2015), “La reforma de la Administración pública: ¿mito o realidad?”, en la ob. colect. CASTILLO BLANCO, F. A. y MONEREO PÉREZ, J. L. (directores): *Reestructuración de las Administraciones públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada.
- MANTERO, A. (1991), voce “Retribuzione (impiego pubblico), in *Enc. giur. Treccani*, Vol XXVIII Roma.
- MARINA JALVO, B. (1995), “Sobre las últimas reformas italianas del empleo público”, *RAP* n° 137.
- MARTÍNEZ BARGUEÑO, M. (1995), “La relación de empleo público en Italia”, *GAPP*, n° 2.
- MATARAZZO, A. E. (2012), “Legge 190/2012: la nuova carta dei diritti e dei doveri nel pubblico impiego”, *Lo stato civile italiano* fasc. 12.
- MATARAZZO, A. E., (2014), “Pubblico impiego: nuove voce di riforma”, *Lo stato civile italiano* fasc. 6.
- MENGA, M. R., (2012), “Ancora sul diritto alle differenze retributive nel pubblico impiego privatizzato in caso di temporanea reggenza dell’ufficio dirigenziale”, *Giurisprudenza italiana*, fasc. 8-9.
- MERLONI, F. (2006): *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Bologna.
- NUNIN, R. (2014), “Impiego publico, violazione delle regole sul lavoro a termine ed adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di Giustizia”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* fasc. 2, pt. 1.
- OLMEDO GAYA A. (2003), “El proceso de evolución histórica de la función pública en España y modelos comparados de función pública”, en la ob. colect. CASTILLO BLANCO (dir.): *Lecciones de función pública*, Editorial Cemci. Serie Análisis y Comentarios, Granada.
- OLMEDO GAYA, A. I. (2014): “La emergencia de la gobernanza y su impulso hacia la sostenibilidad” en la ob. colect. CASTILLO BLANCO, F. (Director):

- Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- ORTEGA, L. (1981), “La función pública en el ordenamiento histórico italiano”, *Revista de Administración Pública*, 86.
- PALOMAR OMEDA, A. (2015): Derecho de la función pública, Dykinson.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (2014): *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Madrid, Marcial Pons.
- POLICE, A. (2014), “Le risorse umane”, en la ob. colect. SCOCA: *Diritto amministrativo*, Torino.
- PRATS CATALÀ, J. (2001), “Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano: marco conceptual y analítico”, *Instituciones y Desarrollo* n° 10.
- PRATS CATALÀ, J. (2005. a): *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*, Madrid, INAP.
- PRATS CATALÀ, J. (2005. b), “Modos de gobernación en las sociedades globales”, en *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Cerrillo i Martínez (Ed.), Madrid: INAP.
- PRATS CATALÀ, J. (2007): “Governança i democràcia”, en *Governança i bona administració a Catalunya*. Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya.
- PRATS CATALÀ, J. (2010), “Políticas de buena administración para la Administración General del Estado en España”, en *Gobernanza democrática y fiscalidad*, Ruiz-Huerta & Villoria Mendieta (Eds.).
- PRATS i CATALÀ, J. (1995), “Derecho y management en las Administraciones públicas (Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas)”, *Revista del Clad. Reforma y Democracia* n° 3.
- PRATS I CATALÀ, J. (2002), “Del clientelismo al mérito en el empleo público. Análisis de un cambio institucional”, *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal* n° 2, pp. 1 y ss.; y LONGO, F. (2004), “Servicio civil y ética pública”, ponencia presentada en el Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2 - 5.
- PRATS i CATALÀ, J.: *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo* (recurso electrónico).
- PRATS Y CATALÀ, J. (2003), “Derecho y management en las Administraciones públicas”, *Ekinomiaz* 26.
- QUESADA LUMBREERAS, J. E. (2015): *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, Pamplona, Ed. Thomson-Aranzadi,

- RAINALDI, L., (1997): voce “Retribuzione dei dipendenti da pubbliche amministrazioni”, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino.
- RUSCIANO, M. e L. ZOPPOLI (a cura di) (1993), *Il lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna.
- RUSCIANO, M. e L. ZOPPOLI (a cura di) (1993), *L’impiego pubblico nel Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- RUSCIANO, M. e L. ZOPPOLI (a cura di) (1995), *Lo <<spazio negoziale>> nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), “Sobre la reforma administrativa Italiana del periodo de transición con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público”, *RAP* n°134.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1994), “Sobre la reforma administrativa italiana del periodo de la transición, con especial referencia a la organización administrativa y al empleo público”, *Revista de Administración Pública* n° 134.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2009), “Los directivos públicos. Análisis comparado”, Estudios QDL Fundación, Democracia y Gobierno Local”.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2014): Derecho de la función pública, Tecnos, Madrid.
- SCIPIO, G. M. (2012), “Pubblico impiego e giurisdizione: un’annosa questione”, *Temi romana* fase. 1-3.
- TENORE, V. (2013), “Profili ricostruttivi della responsabilità dirigenziale nel pubblico impiego”, *Giustizia Civile*, fas. 7-8.
- TRABOCCHI, M E VERBARO, F., (Dir) (2010): *La nuova riforma del lavoro pubblico. Commento alla legge 4 marzo 2009, n° 15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n° 150*, Giuffré, Milano.
- VACCARELLA, R. (1998), “Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego”, *Arg. dir. lav.*
- VANDELLI, L. Y C. BOTTARI, O ZANASI (1995): *Organizzazione amministrativa e pubblico impiego*, Maggioli, Rimini.
- VISCOMI, A. (2013), “Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, fasc. 137.
- ZOLI, C. (1995), “Il trattamento economico”, in F.. CARINCI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè.

El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros

Letrada jefe de la Cámara de Cuentas de Andalucía
Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA PLANIFICACIÓN Y LAS NECESIDADES PÚBLICAS. II. SOBRE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS AL MARGEN DE LA DEBIDA CONSIGNACIÓN PRESUPUESTARIA. III. SOBRE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS. IV. RESPONSABILIDAD V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Ante la existencia de pagos sin consignación presupuestaria previa, las leyes hacendísticas imponen la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones administrativas. No obstante, la invalidez de los actos administrativos no exime a la Administración de la obligación de abono de las prestaciones realizadas por un tercero a su favor, en virtud del principio general del derecho de evitación del enriquecimiento injusto.

El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos se configura como un procedimiento excepcional para la solución del problema.

Asimismo ante la existencia de pagos sin consignación presupuestaria, nuestro Ordenamiento jurídico prevé la responsabilidad contable y un régimen sancionador específico.

PALABRAS CLAVE

Gasto público. Consignación presupuestaria. Procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad. Convalidación. Responsabilidad.

ABSTRACT

Given the existence of payments without budgetary provision, the laws impose the nullity of administrative actions. However, this invalidity of administrative actions does not relieve the Administration of the obligation of payment of services provided by third party on their behalf, under the general principle of law, the theory of unjust enrichment.

Extrajudicial recognition of credit is configured as a procedure outstanding, conducive to solve the problem.

Also before the existence of payments without budgetary provision, our law provides accounting responsibility and specific sanctions.

KEY WORDS

Public spending. Budgetary provision. Procedure of extrajudicial recognition of credits. Nullity. Validation. Responsibility.

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA PLANIFICACION Y LAS NECESIDADES PÚBLICAS

Como es sabido, los Estados modernos planifican la cobertura de las necesidades generales a través de los presupuestos públicos, los cuales adoptan la forma de Ley. Se trata en cualquier caso de una ley autorizante, en el sentido de que el Poder Legislativo autoriza a la Administración a la realización de los gastos en la cuantía y con el destino permitidos por el Parlamento. De este modo, si el Presupuesto con relación a los ingresos tiene una naturaleza de mera previsión, con relación a los gastos es una auténtica norma jurídica vinculante que fija el importe, destino y las reglas que ha de observar la Administración Pública en el ejercicio de su poder de ejecución, durante un determinado ejercicio económico, erigiéndose en «(...) la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal» siguiendo lo dicho en el art. 32 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre General Presupuestaria (en adelante LGP)¹.

¹ En idéntico sentido, artículo 31 del TRLGHPJA siguiendo lo dispuesto en el art. 190. 2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía lo define como «(...) la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la Junta de Andalucía, sus agencias administrativas y de régimen especial y sus instituciones, y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio, así como las estimaciones de gastos e ingresos a realizar por las agencias públicas empresariales, por las sociedades mercantiles del sector público andaluz, por los consorcios, fundaciones y las demás entidades previstas en el artículo 5.1 de la presente ley, y por la dotación para operaciones finan-

Pero esta función autorizatoria de las Leyes de Presupuestos no puede entenderse al margen de la propia configuración del Estado y del Ordenamiento jurídico en su conjunto, impregnado por los principios generales del Derecho. El artículo 1 de la Constitución nos dice que España se constituye en un Estado social y de derecho, y ello debe determinar que el Estado, -y en concreto el Poder Ejecutivo al que le corresponde la satisfacción de las necesidades sociales-, no se desentienda bajo una interpretación aislada de las normas, de la necesaria satisfacción de las necesidades colectivas más apremiantes, de los imprevistos surgidos en la fase de ejecución de los Presupuestos que determinen nuevos gastos urgentes e inaplazables. Ello habrá de determinar inevitablemente, la flexibilización del grado de vinculación de la Administración al mandato originario recibido del poder legislativo. Como señalan PITA GRANDAL y FERNÁNDEZ LÓPEZ², «No en vano, cuando el art. 31.2 de la Constitución consagra la máxima de que no sólo la programación sino también la «ejecución» del gasto público deberá responder a los criterios de «eficiencia y economía», implícitamente se le está atribuyendo al órgano gestor del presupuesto la potestad, pero al mismo tiempo el deber, de decidir y articular medidas que, sin apartarse de los cauces de actuación propios del Derecho Público a que está sometida la Administración, ofrezcan soluciones inmediatas y eficientes a las necesidades urgentes surgidas en el curso del ejercicio presupuestario».

Parece así razonable, que el Ordenamiento jurídico haya previsto cauces o instrumentos jurídicos, que desde la vertiente del gasto, permitan afrontar las necesidades inaplazables nacidas durante un determinado ejercicio presupuestario. A estos efectos, el artículo 51 LGP enumera las distintas clases de modificaciones presupuestarias, desarrollando su sentido en los siguientes preceptos. En el mismo orden la sección 2ª del Capítulo I y Título VI del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHHLL), bajo la rúbrica “De los créditos y sus modificaciones”; Por su parte el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, contiene previsiones similares en el capítulo II del Título VI rubricado “Los créditos y sus modificaciones”.

cieras de los fondos regulados en el artículo 5.3.». Redacción y definición similar encontramos también en el artículo 162 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHHLL).

²PITA GRANDAL, A.M. y FERNANDEZ LÓPEZ, R.I., “El procedimiento de ejecución del gasto público ante situaciones de emergencia”. Revista española de derecho financiero, ISSN 0210-8453, N° 133, 2007, págs. 101-128.

Pero al margen de estas operaciones presupuestarias perfectamente formalizadas, existen numerosos supuestos en los que efectivamente se asumen compromisos de gastos no autorizados en las correspondientes Leyes Presupuestarias, ni imputados en el ejercicio correspondiente por alguno de los cauces legalmente establecidos. Nos estamos refiriendo a una serie de supuestos tales como contratos que se ejecutan excediendo del periodo fijado como máximo por la normativa con prórrogas ilegales; modificaciones contractuales al margen de los pliegos; contrataciones verbales; excesos de obra admitidos por la Administración; facturas extraviadas ..., por citar algunos supuestos. Se trata de supuestos que responden en muchos casos –aunque no en todos-, a patologías previas en el cumplimiento de la legislación material. Pero siendo ello cierto, no lo es menos que tratamos de un problema al que el Ordenamiento jurídico debe dar solución, siendo su tratamiento en las correspondientes leyes hacendísticas y presupuestarias, los que nos interesa en el presente estudio.

II. SOBRE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS AL MARGEN DE LA DEBIDA CONSIGNACIÓN PRESUPUESTARIA

Todo gasto público tiene dos vertientes bien definidas: una interna y otra externa. Desde el punto de vista interno, el gasto público es la consecuencia de la decisión administrativa de emplear fondos públicos para satisfacer una necesidad pública, decisión que se toma y ejecuta siguiendo el correspondiente procedimiento administrativo. Y desde el punto de vista externo, el gasto público da lugar a vínculos jurídicos con terceros, que son el cauce a través del cual el Estado obtiene los bienes y servicios que precisa para dar satisfacción a las necesidades públicas. Se trata por lo tanto de una doble perspectiva que debe ser estudiada.

1. Aspecto interno del gasto público

En el aspecto interno del gasto público, el efecto primordial del presupuesto es autorizar o habilitar a la Administración para acordar y ejecutar las decisiones de gasto. Sin la correspondiente autorización presupuestaria la Administración no puede realizar correctamente el procedimiento de gasto público. A su vez, dicha autorización se condiciona al cumplimiento de una serie de límites. Uno primero cualitativo que se formula a través del principio de especialidad (art. 42 LGP; art. 39 TLGHPJA; art. 172.1 TRLRHLL); otro cuantitativo que se refleja en los artículos 46 LGP, art. 39.2 TRLGHPJA y 173.5 TRLGHLL, y por último, un límite temporal cifrado en el principio de anualidad presupuestaria.

Respecto del límite cuantitativo, las tres normas hacendísticas –aun con ligeras variantes-, mantienen el mismo contenido, declarando la nulidad de aquellos actos o

acuerdos que incumplan la señalada limitación. Así el art. 46 LGP cuando señala que «*Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gastos ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo **nulos de pleno derecho** los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley*». En el mismo sentido, el art. 39.2 del TRLGHPJA y 176.5 del TRLRHLHL.

Estas previsiones generales se completan con la de aquellos casos en los que la legislación específica condiciona expresamente la validez de la actuación administrativa a la existencia de crédito presupuestario, como sucede con el artículo 26.1.k) de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con el art. 31 de la misma norma, y en el artículo 36.1 b) de Ley General de Subvenciones.

Vemos así, que las leyes presupuestarias y hacendísticas asocian a la inobservancia de este principio limitativo, la sanción más grave de las que se prevén en el ámbito del derecho administrativo, cual es la de la nulidad radical y absoluta de los actos y disposiciones que la contravengan. Y es que, si como antes hemos señalado, la Ley de Presupuestos tiene carácter autorizatorio del gasto a la vez que limitativo, es lo cierto que dicha autorización no lo es en abstracto, sino que se erige en un requisito conformador de la competencia y del procedimiento administrativo. En opinión de FERREIRO LAPATZA³, siguiendo a RODRÍGUEZ BEREJO, la Ley Presupuestaria tiene el efecto jurídico de una atribución de competencia, de tal manera que si no existe crédito adecuado y suficiente, el órgano administrativo no puede prestar válidamente su consentimiento, pues la Ley en estos casos «tiene el efecto de una atribución de competencia», por eso, la sanción en estos casos, es la nulidad de pleno derecho del acto, acuerdo o disposición normativa que infrinja el señalado límite, por cuanto cada órgano, tiene una competencia propia enmarcada cualitativamente, pero también cuantitativamente por mor precisamente de la norma presupuestaria.

La Jurisprudencia por su parte considera que tal falta de consignación presupuestaria constituye una causa de nulidad pero por falta de procedimiento administrativo. Valga a estos efectos, la cita de las SSTs de 15 diciembre 1982 (RJ 7974), de 8 de octubre de 1986 (RJ 7650) o de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de Febrero de 2000 (RJ 2295) y de Cantabria de 2-2-2004, (RJ

³ FERREIRO LAPATZA, J.J.: Curso de Derecho Financiero español. Marcial Pons. 2006.

71245). Considera además –y con razón–, que tratándose de **contratos inexistentes no es posible su convalidación** (STS de 21 de marzo de 1991 (RJ 2013), citada también en la sentencia del TSJ de Cantabria de 9 de enero de 2004). Ocorre sin embargo, que esta aparente claridad de la cuestión, no es tal cuando se tiene en cuenta la otra vertiente del gasto, cual es la externa como veremos a continuación.

2. Aspecto externo del gasto público

En el aspecto externo del gasto público, hay que referirse a los efectos del presupuesto sobre las obligaciones económicas contraídas con terceros, y a la exigibilidad del pago.

En este punto resulta esencial remitirse a lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la LGP que regulan el origen de las obligaciones económicas del Estado, siendo idéntico el sentido del art. 26. 1 y 2 del TRLGHPJA, y art. 173.1 TRLGHHLL (a salvo el último supuesto). El art. 20 LGP sienta que «*Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen*», y por su parte, el art. 21.1 de la misma norma añade que «*Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas*».

Siguiendo a MENÉNDEZ MORENO⁴, para la interpretación de ambos preceptos la doctrina financiera defiende dos tesis diferenciadas. Un sector doctrinal, partiendo de la distinción entre obligaciones legales (nacidas *ex lege*) y obligaciones voluntarias (nacidas de actos o contratos administrativos) -dada la similitud de dicho precepto con el art. 1089 del Código Civil-, llega a la conclusión integradora de que las obligaciones legales nacen siempre válidamente exista o no crédito presupuestario para su cobertura y, en su caso, la carencia de éste sólo afectaría a la exigibilidad de la obligación contraída, lo que tiene su lógica habida cuenta de que la asunción de la obligación también se produce en una ley, pudiendo considerarse que por ello habilita el gasto. Por el contrario, respecto a las obligaciones voluntarias, la inexistencia de crédito presupuestario afectaría directamente a la validez de las mismas.

Otro sector de la doctrina no distingue entre diferentes tipos de obligaciones por razón de la fuente de su nacimiento, y considera que la no existencia de crédito

⁴ MENÉNDEZ MORENO, A. “Efectos jurídicos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”. Lex Nova Thomson Reuters. 2013.

presupuestario para la cobertura de la obligación no puede afectar a su validez, pues ésta dependerá del título que la haya originado. Lo que existirá, será un problema de exigibilidad, pero no de validez del título jurídico.

Esta interpretación, -que es más favorable a los derechos de los acreedores-, fue refrendada por el Tribunal Constitucional, al reconocer la autonomía de la fuente de las obligaciones de la Hacienda Pública respecto al crédito presupuestario, afirmando que «(...) los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Generales no son fuente alguna de obligaciones; sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la Ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que, según Derecho, las generen...» (SSTC 63/1986, de 21 de marzo; 146/1986, de 26 de noviembre; y 294/1994, de 7 de noviembre).

Este es también, el camino que ha seguido la Jurisprudencia, que aun partiendo de que estamos ante un contrato inexistente por falta de consignación presupuestaria sitúa la solución del problema en la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto que “*viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara*” (STS 348/2015, de 23 de marzo, asumiendo otra anterior de unificación de doctrina de 28 de abril de 2008). Y es que como puso de manifiesto la también STS de 8 de octubre de 1986 (R.J. 1986/7650), no seguir esta vía de contemplación de la realidad no es admisible, por cuanto en los supuestos en los que se declare que «*tal cantidad no sea exigible por falta de consignación presupuestaria para poder ser atendido su pago pues este dato, aun de ser cierto, carece de trascendencia en orden a los efectos pretendidos en esta fase del proceso pues en caso contrario la efectividad de las obligaciones municipales quedaría al arbitrio de la correspondiente Corporación lo que no es permisible a tenor de lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil, y en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9-3-1907 y 1-7-1947 (RJ 1947\953)*»⁵

⁵ Resulta también interesante conocer en el ámbito de la Jurisdicción social, los pronunciamientos contenidos en las sentencias de 17 de febrero y 30 de septiembre de 2010, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León. En estos supuestos, en que se reclamaban diferencias salariales por horas extraordinarias realizadas cuyo pago se negó posteriormente por la existencia de limitaciones presupuestarias, la Sala primero niega que la consecuencia de tal actuación -que en consecuencia no contaba con consignación presupuestaria- fuera su nulidad por aplicación del art. 46 LGP, al no encon-

El problema, como muy bien señaló el Tribunal Constitucional en su STC 294/1994 ya citada, es que para poder comprender esta doble realidad interna y externa, se hace preciso tener en cuenta que existe un peculiar entrecruzamiento de las normas que disciplinan la cuestión. Dada su claridad, -que nos exime de mayores comentarios-, transcribimos las consideraciones vertidas en la sentencia:

*“Para una cabal comprensión de esta cuestión en el caso que aquí se trata es preciso arrancar del **peculiar entrecruzamiento entre la legalidad administrativa**, entendida como sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), y **la legalidad presupuestaria en el régimen jurídico de las obligaciones pecuniarias del Estado**, en particular de las obligaciones legales que son las que aquí nos importan cuyas vicisitudes aparecen condicionadas en su exigibilidad y momento del pago a la existencia del correspondiente crédito presupuestario consignado en los Presupuestos Generales del Estado.*

Las obligaciones económicas del Estado válidamente nacidas de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen, no podrán ser cumplidas si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerles frente [arts. 42 y 43.1 de la Ley General Presupuestaria (RCL 1988\1966 y 2287)], siendo nulos los actos de ejecución presupuestaria o de disposición del gasto que incumplan esta prohibición (art. 60 LGP).

Este entrecruzamiento entre el principio de legalidad administrativa y el de legalidad presupuestaria, tiene su raíz en la separación o desconexión entre la fuente de las obligaciones del Estado o título jurídico del cual pueden nacer válidamente las obligaciones económicas del Estado y la fuente del gasto público, esto es el procedimiento específico a través del cual la Hacienda cumple sus obligaciones contraídas y se libera de sus deudas mediante el pago. Como se afirmó en las SSTC 63/1986 (RTC 1986\63), fundamento jurídico 6.º, y 13/1992 (RTC 1992\13) fundamento jurídico 5.º «Los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Gen-

tramos ante actos de naturaleza administrativa sino ante actos empresariales de derecho privado laboral. Después afirma que “en el ámbito laboral, la nulidad no impide el pago de los servicios prestados, con independencia de que pueda producir la extinción de futuro de los compromisos laborales adquiridos contra la norma imperativa (artículo 99 del Estatuto de los Trabajadores). Por consiguiente los salarios devengados por razón del trabajo ya prestado habrían de abonarse en todo caso, independientemente de las responsabilidades de toda índole que incumbran a los responsables de la gestión del gasto que decidieron la realización por los trabajadores cuando no existía crédito presupuestario consignado para abonar las mismas”. Por lo tanto, tampoco en estos casos la exigibilidad de las obligaciones válidamente nacidas al Derecho se hace depender de la existencia de adecuada consignación en los correspondientes Presupuestos, remitiéndose la cuestión a un problema de responsabilidad de los gestores.

erales del Estado no son fuente alguna de obligaciones; sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que según derecho las generen, tal como señala el art. 42 de la LGP». (...) **Y claro es que un Estado de Derecho no puede desconocer una situación jurídica perfecta o una obligación legalmente contraída por el mero hecho de que no exista crédito presupuestario [STC 32/1982 (RTC 1982\32), fundamento jurídico 3.º].**

Como ha advertido la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1978 (R\7 1978\752), a propósito, precisamente de un supuesto de inactividad administrativa que deja sin cumplimiento un mandato legal de equiparación retributiva entre el Profesorado «sin que tampoco sea utilizable como excusa a la Administración para la adopción de tales medidas la inexistencia de créditos presupuestarios, pues la habilitación de los mismos no es condicionante para la existencia del derecho que se reconoce sino que, por el contrario, será una consecuencia de su declaración»

Esta diferencia entre fuente jurídica del gasto público y fuente de las obligaciones del Estado que señalaba el Tribunal Constitucional, se asumió en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, reconociendo en su exposición de motivos que «En cuanto a las obligaciones de la Hacienda Pública, la ley reitera la diferencia entre fuente jurídica del gasto público y fuente de las obligaciones del Estado, de modo que no basta con que la obligación nazca para que la misma le sea exigible a la Hacienda Pública, siendo preciso que resulten de la ejecución de los Presupuestos, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas, diferenciación que es una exigencia constitucional derivada del artículo 134.1 de la Carta magna, recogida por la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia número 63/1986, de 21 de mayo, reiterada en las Sentencias números 146/1986 y 13/1992». Y así se plasmó en el artículo 21.1 sobre exigibilidad de las obligaciones: «Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas».

Todo ello tiene como consecuencia que la apreciación de un vicio de nulidad en la actuación administrativa no conlleva juicio alguno sobre la existencia o inexistencia de una obligación o deuda de la Administración frente tercero, pues ésta puede haber nacido de cualquiera de las fuentes de las obligaciones que señala el Ordenamiento jurídico. Cuando el art. 20 LGP nos dice que la obligaciones de la Hacienda Pública nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los «actos o hechos que la generen», se está dando entrada a figuras como el cuasi-contrato o la prohibición del

enriquecimiento injusto, que son capaces de generar un título jurídico hábil para reclamar el cumplimiento de las obligaciones a la Hacienda, con independencia de que el negocio o acto no tenga todos los requisitos administrativos o presupuestarios necesarios para su validez. La falta de consignación presupuestaria erigida en causa de invalidez administrativa del acto, contrato o subvención no sería por lo tanto, un obstáculo para el reconocimiento de las obligaciones de la Hacienda frente a terceros.

III. SOBRE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS

En esta doble realidad interna y externa de los gastos realizados sin consignación presupuestaria, hemos visto la solución que adoptan los Jueces y Tribunales cuando media reclamación en vía jurisdiccional por parte del deudor, consolidándose una Jurisprudencia que aplica la doctrina del enriquecimiento injusto en orden al reconocimiento de la obligación. A su vez estas sentencias de reconocimiento dictadas generan una fuente de gasto en el sentido del art. 21.1. LGP, completándose así la coherencia del sistema.

Ello no obstante, dentro del ámbito presupuestario, la propia legislación hacendística prevé otro procedimiento extraordinario que posibilita dar una solución al problema planteado por la adquisición de compromisos de gastos sin consignación presupuestaria, cual es el denominado procedimiento de reconocimiento extrajudicial de crédito, contemplado en el art. 34.3 LGP, pero también en los artículos 42 del TRLGHPJA y 176 del TRLRHLL. Conforme a dicho art. 34.3 LGP: «3. *Podrán aplicarse a créditos del ejercicio corriente obligaciones contraídas en ejercicios anteriores, de conformidad con el ordenamiento jurídico, para las que se anulara crédito en el ejercicio de procedencia. Asimismo, podrán atenderse con cargo a créditos del presupuesto del ejercicio corriente obligaciones pendientes de ejercicios anteriores, en los casos en que figure dotado un crédito específico destinado a dar cobertura a dichas obligaciones, con independencia de la existencia de saldo de crédito anulado en el ejercicio de procedencia*».

En el caso de la legislación andaluza, y en idéntico sentido el art. 176 TRLRHLL⁶, es el artículo 42 TRLGHPA bajo el título “Temporalidad de los créditos”, el que señala el camino a seguir en estos casos:

⁶ “Artículo 176. *Temporalidad de los créditos.*

1. *Con cargo a los créditos del estado de gastos de cada presupuesto sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de*

“1. Con cargo a los créditos del estado de gastos consignados en el Presupuesto, solamente podrán contraerse obligaciones derivadas de gastos que se realicen en el año natural del ejercicio presupuestario.

2. No obstante, se aplicarán a los créditos del Presupuesto vigente, en el momento de expedición de las órdenes de pago, las obligaciones siguientes:

a) Las que resulten de la liquidación de atrasos a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma.

b) Las derivadas de compromisos de gasto debidamente adquiridos en ejercicios anteriores.

La Consejería competente en materia de Hacienda determinará, a iniciativa de la Consejería correspondiente, los créditos a los que habrá de imputarse el pago de estas obligaciones.”

Se arbitra así un procedimiento presupuestario específico, que excepcionando el principio general de temporalidad de los créditos mediante el reconocimiento extrajudicial de los mismos, permite asumir compromisos de gastos correspondientes a ejercicios anteriores o al ejercicio en curso que no fueron tramitados por falta de consignación presupuestaria, o que derivan de actuaciones irregulares diversas⁷. Con ello la Administración puede hacer efectivos pagos a que un tercero tiene derecho, evi-

adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general que se realicen en el año natural del propio ejercicio presupuestario.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se aplicarán a los créditos del presupuesto vigente, en el momento de su reconocimiento, las obligaciones siguientes:

a) Las que resulten de la liquidación de atrasos a favor del personal que perciba sus retribuciones con cargo a los presupuestos generales de la entidad local.

b) Las derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa incorporación de los créditos en el supuesto establecido en el artículo 182.3.”

⁷ Por lo demás, desde el punto de vista contable es una exigencia del art 159.1 g) de la LGP, adoptar las medidas oportunas para incorporar información sobre estos gastos realizados sin consignación presupuestaria. Ello a su vez, deriva del necesario cumplimiento de lo dispuesto en la L.O. 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que incluye como uno de sus principios generales el de transparencia, señalando que la contabilidad de las Administraciones Públicas y del resto de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley, deberá contener información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y a observancia de los requerimientos acordados en la normativa europea sobre la materia. En este sentido, la modificación operada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012 en la LGP introduciendo este apartado g) en el artículo 159.1 tenía como objetivo posibilitar la realización de las actuaciones necesarias para detectar la posible existencia de obligaciones derivadas de gastos realizados o bienes y servicios recibidos para los que no se hubiera producido su imputación contable o no hubieran sido cuantificados adecuadamente (Acuerdo 4/2013, de 27 de junio del Consejo de Política Fiscal y Financiera sobre la adopción de medidas normativas por parte de las Comunidades Autónomas necesarias para incorporar la obligación de que los órganos de control interno de la gestión económico financiera realicen anualmente actuaciones de control en la entidades no sometidas normativamente a auditoría de cuentas, que permitan verificar la existencia de obligaciones derivadas de gastos realizados o bienes y servicios recibidos para los que no se ha producido su consignación presupuestaria).

tando el enriquecimiento injusto de la Administración, y dando satisfacción a las obligaciones contraídas por la Hacienda pública. En este sentido, el fundamento material de este procedimiento presupuestario, es el mismo que el de los procedimientos administrativo y judicial, pues como señala el Tribunal de Cuentas en el Informe de fiscalización sobre los gastos ejecutados por las entidades locales sin crédito presupuestario de 23 de diciembre de 2013: «*La necesidad de establecer un procedimiento especial para la imputación de las obligaciones contraídas sin crédito presupuestario se motiva por la obligación que tiene la Administración de imputar todos los gastos a presupuesto y abonarlos, en aplicación de la teoría general de las obligaciones del derecho civil (art. 1089) y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que impide el enriquecimiento injusto*» (pag. 9).

Lo interesante en este caso, es que el seguimiento de este procedimiento presupuestario –que presupone la tramitación del oportuno expediente⁸–, tiene a su vez incidencia en el ámbito interno o administrativo.

Ya habíamos visto que la sanción prevista por el Ordenamiento jurídico para estos pagos sin consignación en el Presupuesto es la nulidad de pleno derecho de los actos dictados, así como de las disposiciones con rango inferior a Ley. Sin embargo, cuando se sigue un procedimiento presupuestario de reconocimiento extrajudicial de créditos, se opera una cierta transformación de dichos actos o disposiciones nulas, y aunque no puede hablarse propiamente de convalidación del acto nulo, –por cuanto por definición éste no es convalidable (STS 21-3-1991)–, es lo cierto que **la actuación administrativa realizada primigeniamente sin consignación presupuestaria y por tanto nula, se consolida en el sistema jurídico**. Podríamos así decir que ha operado una especie de «sanación» del acto calificado como nulo por

⁸ Para PRADA RODRÍGUEZ y HERRERO GONZÁLEZ, es necesario tramitar expediente a efecto, en forma tal que practicadas las oportunas diligencias previas, será preciso elaborar memoria o informe en el que se haga constar expresión de las causas por las que no se procedió a la imputación presupuestaria en el ejercicio de procedencia, motivando la necesidad de tramitar el expediente y evitar el enriquecimiento injusto; fecha o periodo de realización de los gastos, así como una relación de las facturas debidamente conformadas por los responsables de los servicios correspondientes; acreditación de que la imputación de los gastos no causará perjuicio ni limitación alguna para la realización de las atenciones del ejercicio corriente aportando el correspondiente certificado de existencia de crédito en las correspondientes partidas presupuestadas en las que hayan de imputarse los gastos según su naturaleza, y, en el supuesto de inexistencia o insuficiencia del mismo, orden de incoación del oportuno expediente de modificación de crédito; confección de la liquidación del contrato o de la indemnización que se ha de aprobar; recepción formal de la obra o servicio así como la aprobación de proyecto en caso de obras, ya que con posterioridad a la ejecución ha de aprobarse el proyecto correspondiente con el suficiente alcance que permita que las obras queden perfectamente definidas y, en consecuencia, delimitado el dominio público. Revista AUDITORIA PÚBLICA, nº 66 (2015) pag. 123.

el legislador, al margen de las posibilidades que ofrece el art. 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPC), que sólo permite la convalidación de los actos anulables, pero no de aquellos para los que la Ley impone la sanción de nulidad radical.

Si hemos de decir que sobre este particular, la doctrina administrativista ya había criticado la exclusión de los supuestos de nulidad radical de la técnica de la subsanación. BELADIEZ ROJO⁹ ha puesto de manifiesto acertadamente, que esta exclusión carece de sentido, desde el momento en que «para determinar si procede o no esta técnica de convalidación lo que hay que tener en cuenta es si el defecto puede ser corregido, siendo irrelevante la calificación jurídica que se otorgue a la invalidez del acto». Y ello lo demuestra estudiando los argumentos que tradicionalmente se emplean para justificar la prohibición de subsanar los actos nulos: su falta de efectos y la relevancia del vicio cometido. Respecto de la regla *quod nullum est nullum effectum producit*, afirma que sencillamente no es cierta, pues como puso de manifiesto SANTAMARÍA PASTOR¹⁰ «todo acto físicamente posible avalado por una voluntad de ejecución posee eficacia en tanto no es privado de ella por un pronunciamiento judicial», lo que siendo válido para cualquier acto jurídico, aun lo es más para los actos administrativos, dada la presunción de validez que adorna a todos ellos. Tampoco es convincente para la autora el argumento de la gravedad del vicio cometido, dada la específica naturaleza de esta técnica convalidatoria, que elimina precisamente el vicio determinante de la invalidez, con lo que el grave defecto de que adolecía desaparece, conservándose en todo un acto acorde con la legalidad.

En esta misma línea CHINCHILLA MARTÍN¹¹, se pregunta por el sentido que pueda tener impedir a la Administración subsanar los defectos más graves, sobre todo teniendo en cuenta que la técnica de la subsanación podría encontrar su asiento precisamente en la obligación de la Administración de ajustarse al principio de le-

⁹ BELADIEZ ROJO, M., “Validez y eficacia de los actos administrativos”, Editorial Marcial Pons, 1994, pag. 243.

¹⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J., “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”, IEA, 2ª Madrid, 1975, pag. 172.

¹¹ CHINCHILLA MARTÍN, C., “Nulidad y anulabilidad”, pag. 212, en “La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, Dir. LE-GUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORÓN, M., Tecnos, 1993.

galidad. Al respecto, BOQUERA OLIVER¹² nos recuerda que la prohibición de convalidación de los actos nulos, «no es una consecuencia lógica de la infracción gravísima del Ordenamiento jurídico, sino querida e impuesta por el legislador». También la admite BACA ONETO¹³, aun reconociendo que tendrá carácter excepcional. Y es cierto que en determinados casos, los vicios del acto nulo serán insubsanables porque la propia naturaleza jurídica del vicio lo impide¹⁴. Pero puede asumirse siguiendo en este punto a BELADIEZ ROJO¹⁵ que «si la corrección del defecto implica una modificación del contenido del acto administrativo, la eliminación del vicio conllevará la anulación del acto o al menos de una parte del mismo, ya que toda modificación de un acto administrativo supone dictar un acto administrativo distinto del que se dictó, lo que con carácter general sólo se puede lograr con la anulación; por el contrario, si el defecto se corrige sin afectar al contenido del acto, al haber corregido el vicio sin tener que anular ninguna parte del mismo, éste se habrá convalidado». La afectación o no del contenido, es pues lo que ha de determinar las posibilidades subsanatorias del acto incurso en causa de nulidad plena, siendo así que en el caso presente, la falta de consignación presupuestaria es una circunstancia exterior que adorna al contenido de acto administrativo, pero que no penetra en su esencia, de ahí que subsanado el defecto por la vía de la actuación del procedimiento administrativo de reconocimiento extrajudicial de créditos, dotando de consignación en el presupuesto el gasto efectuado, el acto queda implícitamente sanado, pues el vicio determinante de su nulidad ha sido corregido.

Podríamos así decir, que estamos ante un supuesto especial en el que la tesis de la teoría clásica sobre la nulidad de los actos administrativos¹⁶ -defensora de su radical ineficacia por la asimilación a la categoría de acto inexistente-, decae, por cuanto la ficción en la que se asienta para defender la inhabilidad o incapacidad de producir efectos de los actos nulos ab initio, choca frontalmente con el hecho de que el presupuesto que permite poner en marcha el procedimiento de reconocimiento ex-

¹² BOQUERA OLIVER, J.M., "Derecho Administrativo", Cívitas, 1996, pag. 375.

¹³ BACA ONETO, V.S., "La invalidez de los contratos administrativos". Thomson-civitas, 2006, pag. 83.

¹⁴ CHINCHILLA MARTÍN, cita como ejemplos de vicios de imposible convalidación el caso de los actos administrativos que sean constitutivo de un delito o falta, o tengan un contenido imposible. *Ibidem*, pag. 212.

¹⁵ *Ibidem*, pag. 201.

¹⁶ Representada entre otros por GARCÍA LUENGO, J., "La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos", Cívitas, 2002, y BOCANEGRA SIERRA, R., "Lecciones sobre el acto administrativo", Thomson/Cívitas, 2006.

trajudicial de créditos es precisamente la previa existencia de un acto que adolece de un grave vicio constitutivo de nulidad que es preciso subsanar (la falta de consignación presupuestaria), con lo que implícitamente se está reconociendo que existe un acto administrativo sobre el que actuar la subsanación.

Y es que como señala REBOLLO PUIG¹⁷, mantener «en toda su pureza la teoría clásica de la nulidad y su ineficacia total haría que no se explicara bien la realidad jurídica española», pues aun cuando esta aplicación exacta de las teorías civilistas al acto administrativo puede deslumbrar por su claridad, la asimilación del acto nulo a acto jurídicamente inexistente «hace que la carencia total efectos se imponga a cualquier otra consideración, ya sea la seguridad jurídica, la protección de la buena fé o los plazos de los recursos». SANCHEZ MORÓN¹⁸ por su parte nos recuerda que las diferencias entre el Derecho privado y el Derecho Administrativo «son importantes y se fundan en la posición institucional que la Administración tiene como gestora de los intereses públicos y en las prerrogativas que la Ley le otorga para el cumplimiento de sus fines. De donde se deriva un régimen peculiar de la invalidez de los actos administrativos, que no sólo es propio de nuestro Derecho, sino también en líneas generales, común a otros ordenamientos europeos y al Derecho de la Unión Europea». Otros autores llegan incluso a ir más allá relativizando absolutamente los efectos de la nulidad de pleno derecho. Así NIETO GARCÍA¹⁹, llega a afirmar que «La distinción entre efectos *ex tunc* y efectos *ex nunc* es un mito del que hay que desprenderse cuanto antes de la misma manera que ya nadie cree, desde hace mucho tiempo, en el otro mito de que los actos nulos no pueden producir efectos: si esto fuera cierto, no habría necesidad de impugnar los actos viciados de nulidad. El Derecho Administrativo y las prerrogativas de la Administración han pulverizado los conceptos de nulidad y anulabilidad, de los que sólo se conservan pedazos rotos que los autores se empeñan en reconstruir para volver a darles una forma primitiva que ya es imposible».

¹⁷ REBOLLO PUIG, M., “La nulidad en Derecho administrativo (Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales). Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo. ISSN 1139-4951, N.º. 44, 2009, págs. 5-39.

¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho administrativo. Parte General”. Tecnos, 2014, págs. 564 y 565.

¹⁹ NIETO GARCÍA, A., en el Estudio preliminar del libro de BELADIEZ ROJO, M., “Validez y eficacia de los actos administrativos”, Editorial Marcial Pons, 1994, pag. 17

Pero entre las posturas maximalistas que identifican al acto nulo con el acto inexistente, y aquellas otras que asimilan los efectos de los actos nulos y anulables, probablemente sea más adecuado seguir las tesis intermedias que propugnan la necesidad de modular los efectos de los actos nulos. Postulados maximalistas como los defendidos por la doctrina clásica a lo que llevan es a interpretar las normas en forma contraria a lo mandado por el legislador, desde el momento en que se prescinde del resto del Ordenamiento jurídico, y se llega a interpretaciones literalistas que aíslan al precepto del propio esquema normativo en el que se inserta. Pero al tiempo relativizar la diferencia entre lo nulo y lo anulable supone también supone ignorar la voluntad del Legislador, que ha querido imputar consecuencias distintas en atención a los diferentes vicios en que puedan incurrir los actos administrativos.

Como con toda razón señala REBOLLO PUIG²⁰, no nos queda sino admitir «que el régimen de la nulidad no es del todo homogéneo, que sus consecuencias no se producen siempre en bloque y con la máxima intensidad que reclamaba la teoría clásica al asimilarla a la inexistencia ni con la mínima que llega casi a identificarla con la anulabilidad, sino que se pueden moldear según la concreta ilegalidad en que incurra el acto nulo, los intereses en juego y la confrontación con otras reglas y principios». Y este es precisamente el quid de la cuestión: los principios y valores esenciales del Ordenamiento jurídico no pueden ser desconocidos, sino que deben integrarse en cualquier aplicación dogmática de la teoría de las nulidades administrativas. El principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el de buena fe, confianza legítima o la prohibición de enriquecimiento injusto, deben ser útiles para «moderar» aplicaciones dogmáticas de la nulidad de pleno derecho. Y es que un concreto mandato jurídico (nulidad del acto) sólo puede considerarse correctamente ejecutado, cuando se puede realizar sin vulnerar otros intereses superiores que también sean merecedores de tutela jurídica por parte del Legislador. En este caso, nuestro Legislador, al arbitrar un procedimiento presupuestario específico que permite subsanar el vicio de falta de consignación presupuestaria, ha considerado necesario modular los efectos de su previa declaración de nulidad de pleno derecho del acto, en pos de la protección de valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, tales como la seguridad jurídica, la confianza legítima de los terceros y la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración.

Pero no sólo se trata de que los efectos de la nulidad en este caso puedan modularse actuando el específico procedimiento presupuestario de reconocimiento ex-

²⁰ Ibidem. Pag. 39.

trajudicial de créditos, sino que al tiempo, también la propia configuración legislativa del procedimiento administrativo general de revisión de oficio de los actos nulos previsto en el art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPC)-, permite dicha modulación. Y es que si el acto administrativo incurso en causa de nulidad por falta de consignación presupuestaria consigue dotarse de la misma por actuación de los mecanismos de derecho presupuestario, es claro ya no va a ser razonable ni posible iniciar el procedimiento de revisión de oficio, por expreso mandato del legislador, que expresamente excluye la posibilidad de su inicio *«cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes»*, según el art. 110 de la nueva LPC. Iniciar un procedimiento de revisión de oficio respecto de una actuación por falta de consignación presupuestaria cuando ya cuenta con ella por obra del procedimiento presupuestario de reconocimiento extrajudicial, afecta directamente al derecho de los particulares y resulta claramente contrario a la equidad, con lo que en ningún caso procedería su inicio.

La importancia capital de este precepto (anterior art. 106 LRJPAC), ya había sido resaltada por REBOLLO PUIG²¹, poniendo el acento en que la propia existencia de este precepto *«Es una prueba irrefutable de que el acto nulo de pleno derecho no es un acto que, por sus caracteres intrínsecos, no pueda producir efectos, de que la nulidad no se impone natural e irremisiblemente a cualquier otro principio o valor. Ante este artículo, no puede dejar de reconocer que la nulidad se domestica, y el dogma de su ineficacia absoluta cae. Se podrá decir que el artículo 106 LAP ha de administrarse con enorme prudencia. No importa. Su misma existencia es suficiente para probar la relativización de la nulidad y de la omnipotente fuerza expansiva de su ineficacia»*

Estamos por lo tanto, ante un caso muy especial dentro de la categoría de los actos nulos, para el que el Ordenamiento jurídico, -si bien no prevé expresamente su convalidación-, si su consolidación en la vida administrativa, primando la presunción de validez del acto administrativo. En cualquier caso debe hacerse notar que este procedimiento presupuestario de reconocimiento extrajudicial presupone un juicio previo sobre el título obligacional, desde el momento en que es condición indispensable para la aplicación de los créditos del Presupuesto vigente a los gastos contraídos en ejercicios anteriores, que estos sean «debidos», esto es, que se trate de «gastos

²¹ Ibidem, pag. 33.

debidamente adquiridos», lo que nos sitúa en la órbita del art. 103.1 de la Constitución, en cuanto la Administración Pública debe servir siempre «los intereses generales», en forma tal, que si se comprueba que la actuación administrativa no se acompaña a este principio general, la aportación de consignación presupuestaria ya no procederá en vía de procedimiento administrativo. Otra cosa será que la Administración pudiera ser condenada al pago en vía judicial para evitar su enriquecimiento injusto²², o que ello tenga posteriores consecuencias en los gestores en materia de responsabilidad, cuestión ésta que analizaremos a continuación.

IV. RESPONSABILIDAD

Hasta el momento presente, hemos descrito las consecuencias que los gastos sin consignación presupuestaria y pendientes de realización tienen tanto desde la perspectiva del procedimiento administrativo como frente a su exigibilidad por terceros. Existen no obstante, otras consecuencias jurídicas internas derivadas de este tipo de actuaciones ajenas al mandato de los artículos 46 LGP, 39.2 TRLGHPA y 176.5 TRLRHLL, pues las tres normas hacendísticas después de afirmar la existencia de causa de nulidad en la actuación administrativa, añaden como coetilla final que todo ello lo es “*sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar*”.

Estas responsabilidades a que se refieren los preceptos citados, son las propias de la responsabilidad contable administrativa que contienen los artículos 176 y siguientes de la LGP y 108 y siguientes del TRLGHPA, y en concreto los artículos 177 c) LGP, y en similares términos, el 109 c) del TRLGHPA, pero también –y esta es la novedad-, a las responsabilidades por «Infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria», que ahora dimanar de los artículos 28 y siguientes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Comenzando por el ámbito de la responsabilidad contable, es el art. 176 c) LGP, el que considera como hecho que puede generar responsabilidad «c) *Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con in-*

²² Sobre la actuación de nuestros Tribunales en la materia, resultan sumamente interesantes los artículos de REBOLLO PUIG “Enriquecimiento injusto y nemo auditor en el Derecho Administrativo” Cuadernos de derecho local, ISSN 1696-0955, Número 12, 2006, págs. 7-37; y “Nemo auditor propriam turpitudinem allegans” en la jurisprudencia contencioso-administrativa”. Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, N° 263-264, 2003 (Ejemplar dedicado a: El Principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones), págs. 185-221.

fracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable). Este tipo de responsabilidad contable administrativa –que debe cumplir todos los requisitos materiales que al efecto se exigen para la responsabilidad jurisdiccional contable que se actúa ante el Tribunal de Cuentas²³–, se hace efectiva a través del procedimiento previsto en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, por el que se regulan los expedientes administrativos de responsabilidad contable, todo ello conforme a la remisión que al efecto realiza el art. 20.2 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial aprobado por el R.D. 429/1993, de 26 de marzo. En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía el art. 109 c) del TRLGHPA incluye idéntica previsión, siendo así que no contando con regulación de procedimiento específico, la exigencia de responsabilidad también habrá de tramitarse por dicho procedimiento estatal por vía de supletoriedad (art. 149.3 CE).

Si queremos resaltar que esta responsabilidad es exigible con carácter general a todas las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, pero que con carácter particular lo es a los interventores y ordenadores de pagos por imperativo de lo dispuesto en los artículos 179 LGP y 188 TRLRHLL, al señalar que *«En las condiciones fijadas en los artículos anteriores, están sujetos a la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad, además de los que adopten la resolución o realicen el acto determinante de aquélla, los interventores en el ejercicio de la función interventora, respecta a los extremos a los que se extiende la misma, y los ordenadores de pago que no ha-*

²³ Debe recordarse que la tramitación procedimental de la responsabilidad contable depende de cuáles sean indiciariamente los hechos constitutivos de la posible infracción de las leyes reguladoras del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control aplicables, distinguiéndose entre los supuestos previstos en las letras a) (alcance y malversación) y el resto de los supuestos del art. 177 LGP, en forma tal que en el caso del alcance y malversación la responsabilidad debe ser exigida ante el Tribunal de Cuentas de conformidad con su legislación específica y en el resto de los supuestos a través de procedimiento administrativo tramitado al efecto conforme a lo previsto en la propia LGP. En el caso del TRLHPJA, los supuestos previstos en las letras a) y c) del art. 109 (alcance, malversación y no rendición de cuentas), se seguirán igualmente ante el Tribunal de Cuentas, en tanto que el resto se seguirá su exigencia a través de procedimiento administrativo previsto en el propio Texto Refundido. En cualquiera de los casos, como señala SALA SÁNCHEZ, tratamos en el caso de la responsabilidad contable administrativa de un tipo de responsabilidad que “supone la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública de los daños y perjuicios causados a la misma”, con unos «requisitos configuradores que, en definitiva, son comunes con las mismas exigencias de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas y de su Ley de funcionamiento», en su artículo “La responsabilidad contable en la nueva Ley general presupuestaria”. Revista Galega de Economía, vol. 16, núm. extraord. (2007). Por lo tanto, deben cumplirse todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para el reconocimiento la responsabilidad contable, esto es, que la actuación del empleado público o autoridad contraria a las normas de la Hacienda se haya realizado con «dolo o culpa graves» y haya ocasionado un efectivo menoscabo al erario público, dado que se trata de una responsabilidad de tipo resarcitorio.

yan salvado su actuación en el respectivo expediente, mediante observación escrita acerca de la impropiedad o ilegalidad del acto o resolución». Por su parte la norma autonómica fija dicha responsabilidad en forma genérica en el artículo 108.1, pero sin referencia expresa a los funcionarios de la intervención. Eso sí, en el art.110.2 impone a la Intervención el deber legal de poner en conocimiento del gestor administrativo la posible existencia de responsabilidad contable.

Pero como antes decíamos, tras la publicación de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la exigencia de responsabilidad contable de las normas hacendística y presupuestaria se entrecruza con un nuevo régimen de infracciones y sanciones en materia de gestión económico-presupuestaria, que además conlleva anexa responsabilidad.

Conforme a lo que dispone el art. 28 de la señalada norma, constituye infracción muy grave haber incurrido en «c) *Los compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable*». Como puede comprobarse, el supuesto fáctico es idéntico al contemplado en el art. 177 c) LGP. A más: no sólo este supuesto es idéntico sino que también lo son los contemplados en las letras a), b) y e), respecto del art. 177, letras a), b) y e) del artículo de la LGP.

Las penas previstas para esta infracción muy grave, se contemplan en el artículo 30.2, 3 y 4, debiendo imponerse «en todo caso» las siguientes:

- a) La declaración del incumplimiento y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial que corresponda.
- b) La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo
- c) la destitución del cargo que ocupen salvo que ya hubieran cesado y la imposibilidad de ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años.

A ello se suma la previsión del artículo 30.8 de la Ley 13/2013, por cuanto suma al régimen sancionador la obligación de restitución, dado que «En todo caso la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará las siguientes consecuencias:

- a) La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente.

- b) La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria».

Vista la regulación, observamos dos problemas en el caso de comisión de esta infracción muy grave. De un lado, la comisión de la infracción administrativa que nos ocupa tiene un carácter marcadamente objetivo, siendo así que donde se permite su modulación es en la aplicación de las sanciones conforme a los criterios de ponderación que recoge el art. 30.5 de la norma. Estos criterios son los de la naturaleza y entidad de la infracción, gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado, ganancias obtenidas, consecuencias desfavorables de los hechos para la Hacienda Pública, o haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa y reparación de los daños o perjuicios causados, a lo que debe sumarse conforme al principio de proporcionalidad y por expresa remisión a lo previsto en el art. 131.3 de la LRJPAC²⁴, la valoración de la intencionalidad o reiteración, naturaleza de los perjuicios causados y reincidencia. Ocurre sin embargo, que tanto el apartado 3 como el apartado 4, son absolutamente imperativos cuando señalan las penas que corresponden a este tipo de infracciones muy graves, pues nos dice que se impondrán «en todo caso», y que los sancionados «serán» destituidos, con lo que poco margen queda para la ponderación. Cuestión distinta hubiera sido que se permitiera la graduación de la infracción en atención a las circunstancias, pudiendo calificarse en su caso simplemente como grave o leve, o que por el tipo de pena previsto pudiera graduarse la intensidad del hecho infractor como ocurre por ejemplo cuando la pena es una multa. Hay aquí por lo tanto, una cierta incongruencia normativa que sin duda puede ocasionar problemas al operador del Derecho, pues difícil será ante la rigidez del sistema de penas aplicar el principio de proporcionalidad, lo que las más de las veces llamará a dejar a tales infracciones sin castigo, con la indeseada consecuencia como señala el Tribunal de Cuentas, de que «La falta de exigibilidad de responsabilidades incentiva el incumplimiento del procedimiento de ejecución del gasto público, mediante la ejecución de gastos sin crédito presupuestario»²⁵.

De otro vemos como la norma prevé que el régimen sancionador se acompañe de medidas reparadoras del daño causado. Pero la sede propia de exigencia de estas medidas es el ámbito de la responsabilidad contable. Así, el art. 30.8 nos dice que

²⁴ Ahora, nuevo art. 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen jurídico del Sector Público.

²⁵ Informe de 23 de diciembre de 2013, de Fiscalización sobre los gastos ejecutados por las entidades locales sin crédito presupuestario, pag. 41.

además de las sanciones, la comisión de tales infracciones previstas en el art. 28 tiene como consecuencia «en todo caso», la de imponer la obligación de restituir las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente «en su caso», así como la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, esto es, nos reconduce de forma directa al ámbito propio de la responsabilidad contable administrativa. Por lo tanto la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, anuda a la comisión de una infracción en materia de gestión económico-presupuestaria, la obligación de restitución e indemnización a la Hacienda Pública de modo necesario («en todo caso», se dice). Pero a continuación, el mismo precepto es consciente de que desde la perspectiva contable existen una serie de exigencias que es preciso cumplir en orden a que la misma pueda ser apreciada, de ahí que incluya que la obligación de restituir, lo será “en su caso”. Y es que como antes señalábamos, los requisitos que se requieren para apreciar este tipo de responsabilidad contable son idénticos en el procedimiento administrativo y en el jurisdiccional, en cuanto que en ambos casos se exige no sólo la causación del daño y nexos de causalidad, sino además el elemento subjetivo del dolo o culpa, situándonos en un ámbito de responsabilidad distinta de la administrativa, al tener naturaleza eminentemente resarcitoria. Por lo tanto, y aun cuando el artículo 30.8 sea tan tajante al utilizar la expresión “en todo caso” pareciendo así que la responsabilidad resarcitoria es una consecuencia que se sigue de modo necesario a la comisión de una infracción, es lo cierto que tal responsabilidad podrá darse o no, pues si no se cumplen todos los elementos precisos para la apreciación de este tipo de responsabilidad, no habrá obligación de restitución o indemnización alguna.

Por lo tanto, lo que impone la norma imperativamente a la Administración es la obligación de iniciar al tiempo y paralelamente al procedimiento sancionador, otro procedimiento administrativo en orden a decidir sobre la posible responsabilidad resarcitoria que pudiera corresponder a los sujetos infractores. Esto es, no se trata de que en sede de procedimiento sancionador se proceda a la apertura de pieza separada capaz de dilucidar la responsabilidad del sujeto infractor partiendo de una misma valoración de los hechos, sino que de lo que se trata es de que proceda a la tramitación de dos procedimientos administrativos paralelos, a partir de los mismos presupuestos fácticos, que en consecuencia exigirán valoración diferenciada, lo que evidentemente, puede generar problemas. Así el artículo 31.1 de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, nos dice que «La responsabilidad será exigida en procedimiento administrativo instruido al efecto sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas por si procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable». Ello se completa con lo que dispone el art. 30.7, cuando señala que respecto de este tipo de infracciones en mate-

ria de gestión económico-presupuestaria se podrá tramitar «el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador». Por lo tanto, es nítido que el legislador está remitiendo el conocimiento de la posible responsabilidad a un procedimiento distinto del sancionador, cual es el previsto en el artículo 176 de la LGP, por remisión expresa del artículo 30.8 de la Ley.

Por otro lado, no se entiende muy bien esa distinción que contiene el artículo 30.8 de la Ley 19/2013, entre «obligación de restituir» y «obligación de indemnizar en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria», pues como antes hemos señalado, la responsabilidad contable que recoge el artículo 176 LGP es justamente resarcitoria. O como dice el Tribunal Supremo, se trata de una «una subespecie de la responsabilidad civil, en que pueden incurrir quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, consistente en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados» (STS 27-10-2011).

Puede por tanto decirse que en esta materia la Ley 19/2013, adolece de una cierta imprecisión, lo que puede afectar a la coherencia del sistema.

V. CONCLUSIONES

Los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos constituyen autorizaciones y limitaciones de gasto al poder ejecutivo. Y aun cuando el ámbito propio de su incidencia es el interno, en forma tal que las previsiones contenidas en las Leyes de Presupuestos condicionan y conforman la actuación administrativa, no puede obviarse la incidencia que estas autorizaciones presuponen para terceros proveedores de la Administración.

En este sentido, la existencia de crédito presupuestario, es requisito de validez de la actuación administrativa que genera la realización del gasto público, en forma tal que en el caso de que se comprometan gastos sin consignación presupuestaria, la actuación administrativa estará incurso en causa de nulidad de pleno derecho. Sin embargo, externamente en relación con los terceros, los Presupuestos no son título jurídico ni constitutivo ni impeditivo para el válido nacimiento de obligaciones económicas para las Administraciones Públicas. La existencia o no de consignación presupuestaria es indiferente a estos efectos. Las obligaciones de la Hacienda Pública nacen de la Ley, de los negocios jurídicos, así como de «los actos o hechos que, según Derecho, las generen», y por lo tanto, la exigibilidad de las obligaciones por parte de terceros, depende de la existencia de un título jurídico hábil a estos efectos, no de la validez de la actuación administrativa.

Para solucionar esta desconexión entre exigibilidad de la obligación y necesario cumplimiento de la legalidad material, con el imperativo de la legalidad presupuestaria, nuestro Ordenamiento jurídico –al margen de la reclamación ante los Tribunales de Justicia-, ofrece a la Administración Pública la posibilidad de reconocimiento de las obligaciones a través del procedimiento presupuestario específico de reconocimiento extrajudicial de créditos, dotando de consignación presupuestaria al acto o contrato que hasta el momento estaba privado de ella, y que por ello devenía nulo de pleno derecho. Se salva o subsana así un vicio de invalidez administrativa actuando el procedimiento especial presupuestario, y al tiempo, se imposibilita el inicio del procedimiento administrativo general de revisión de oficio para anular el acto incurso en causa de nulidad de pleno derecho, lo que suscita el interesante debate de si por esta vía se está operando la convalidación de los actos nulos, en contra de la regla general fijada en el art. 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A su vez, esa posibilidad de subsanación, nos obliga a interrogarnos sobre si verdaderamente es posible seguir manteniendo los postulados de la doctrina clásica en cuanto a los efectos que cabe reconocer a la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos.

Entendemos en este punto con la mejor doctrina administrativista, que no cabe mantener en la materia postulados maximalistas, que a la postre hunden sus raíces en el Derecho civil, pero que no tienen presente ni las peculiaridades del Derecho Público teñido por la defensa del interés público, ni los principios y valores esenciales que el Ordenamiento jurídico también protege y que es preciso salvaguardar, y en consecuencia procede defender la posibilidad de modulación de los efectos de la nulidad de pleno derecho en supuestos como el presente, en que la falta de concordancia entre la realidad material y la presupuestaria no puede ser argumento para el incumplimiento de otros importantes principios generales tales como la confianza legítima, la seguridad jurídica o la prohibición de enriquecimiento injusto.

Otras consecuencias jurídicas que se derivan de la adquisición de compromisos de gastos sin consignación presupuestaria son la posible existencia de responsabilidad contable, o la imposición de sanciones en materia de buen gobierno a las autoridades o empleados públicos responsables, lo que a su vez, lleva aparejado el inicio de un procedimiento de responsabilidad contable para el resarcimiento de los gastos o daños generados a la Administración. Esta vía, y no la de la declaración tajante de nulidad de pleno derecho de las actuaciones administrativas, es la que debe ser explorada en orden a conseguir el efectivo y adecuado cumplimiento de los procedimientos de ejecución presupuestaria por ser la más eficaz en orden a alcanzar este fin, buscando la adecuada coherencia interna de la norma de transparencia en relación además con los presupuestos de la responsabilidad contable.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN (2006): La invalidez de los contratos administrativos. Thomson-civitas.
- BELADIEZ ROJO, MARGARITA (1994): Validez y eficacia de los actos administrativos. Editorial Marcial Pons.
- BOCANEGRA SIERRA, RAÚL (2006): Lecciones sobre el acto administrativo. Thomson/Civitas.
- BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA (1996): Derecho Administrativo, Cívitas.
- CHINCHILLA MARTÍN, CARMEN (1993): “Nulidad y anulabilidad” en la obra colectiva: La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Dir. LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M., Tecnos.
- FERREIRO LAPATZA, JOSÉ JUAN (2006): Curso de Derecho Financiero español. Marcial Pons.
- GARCÍA LUENGO, JAVIER (2002): La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Cívitas.
- MENÉNDEZ MORENO, ALEJANDRO (2013): “Efectos jurídicos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”. Lex Nova Thomson Reuters. 2013.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO (1994): “Estudio preliminar” del libro de BELADIEZ ROJO, M.: Validez y eficacia de los actos administrativos. Editorial Marcial Pons.
- SALA SÁNCHEZ, PASCUAL., “La responsabilidad contable en la nueva Ley general presupuestaria” en Revista Galega de Economía, vol. 16, núm. extraord. (2007).
- PRADA RODRÍGUEZ, ALBA y HERRERO GONZÁLEZ, ELENA (2015): “Reconocimiento extrajudicial de crédito”, en Revista AUDITORÍA PÚBLICA, nº 66.
- PITA GRANDAL, ANA MARÍA y FERNÁNDEZ LÓPEZ, ROBERTO IGNACIO (2007): “El procedimiento de ejecución del gasto público ante situaciones de emergencia”. Revista Española de Derecho Financiero num. 133/2007.
- REBOLLO PUIG, MANUEL (2009): “La nulidad en Derecho administrativo (Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales)” en Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo. ISSN 1139-4951, Nº. 44.
- REBOLLO PUIG, MANUEL (2006): “Enriquecimiento injusto y nemo auditor en el Derecho Administrativo” en Cuadernos de derecho local, ISSN 1696-0955, Número 12.
- REBOLLO PUIG, MANUEL (2003): “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa” en Documentación administrativa, ISSN 0012-4494, Nº 263-264 (Ejemplar dedicado a: El Principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones).

- SALA SÁNCHEZ, PASCUAL (2007): “*La responsabilidad contable en la nueva Ley General Presupuestaria*” en *Revista Galega de Economía*, vol. 16.
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (2014): *Derecho administrativo. Parte General*. Tecnos.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUNA ALFONSO, “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”, IEA, 2ª Madrid, 1975, pag. 172.

Régimen estatutario del personal de administración y servicios funcionario de las universidades públicas

Agustín Juan Gil Franco

Funcionario de la Escala Técnica de Universidades, al servicio del Ayuntamiento de Madrid. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Administrativo Universidad Politécnica de Madrid

I. SITUACIÓN CON ANTERIORIDAD A LA LEY ORGÁNICA 6/2001. LA LEY DE REFORMA UNIVERSITARIA DE 25 DE AGOSTO DE 1983. II. EL PROCESO DE TRANSFERENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE UNIVERSIDADES 1. Universidades transferidas a las CC.AA “históricas”. 2. Universidades transferidas a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. III. LEGISLACIÓN ESTATAL DE DESARROLLO DE APLICACIÓN DIRECTA AL PAS FUNCIONARIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. IV. LA LEY ORGÁNICA 6/2001, DE 21 DE DICIEMBRE, DE UNIVERSIDADES Y EL RÉGIMEN ESTATUARIO DEL PAS FUNCIONARIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. 1. “El personal funcionario de administración y servicios se registrará por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo...” a) Composición del PAS funcionario b) Movilidad y carrera administrativa del PAS funcionario. c) Participación institucional del PAS funcionario. 2. “...Se registrará además por la legislación general de funcionarios, que le sea de aplicación y, en su caso por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas...” 3. “...y por los Estatutos de su Universidad.” ¿Podrían constituir éstos formalmente el Estatuto jurídico peculiar del PAS funcionario? V. CONCLUSIONES VI. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN:

En el trabajo se analiza la escasa legislación dedicada al personal funcionario de administración y servicios de las universidades públicas desde su ley “cabecera”, la Ley orgánica de Universidades, y con ello la dificultad de desentrañar su régimen estatuto específico, y su posible incardinación en la función pública de las adminis-

traciones territoriales competentes en esta materia. Se ha señalado además la extraordinaria importancia que la mencionada Ley orgánica otorga a los Estatutos de las universidades, la inexistencia de Decretos transferencia de este personal a las CC.AA y el mayor peso normativo que tiene la legislación estatal respecto a su régimen estatutario. Todo lo cual nos hace concluir que son funcionarios estatales.

PALABRAS CLAVES:

Universidades, funcionarios, personal de administración y servicios, estatuto de los funcionarios, sistema de fuentes.

ABSTRACT:

There is a poor legislation dedicated to civil servant administration and services of public universities from the main law, the Organic Law of Universities, and thus difficult to disentangle the specific status regime, and its potential incardination is analyzed dealing with the public role of the competent local authorities in this matter. Noticed the extraordinary importance that the aforementioned organic law grants to the Statutes of the universities, the lack of transfer of such personnel to the Autonomous Communities and the major regulatory relevance of the state legislation regarding its statutory regime. Everything leads to the conclusion that they are state officials.

KEY WORDS:

Universities, officers, administrative staff and services, status of staff, font system

I. SITUACIÓN CON ANTERIORIDAD A LA LEY ORGÁNICA 6/2001. LA LEY DE REFORMA UNIVERSITARIA DE 25 DE AGOSTO DE 1983

Nunca ha sido fácil determinar el régimen jurídico real del PAS funcionario de las universidades públicas. Previamente a la promulgación de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma Universitaria, (en adelante LRU) el régimen estatutario de dicho personal era el establecido para los funcionarios de organismos autónomos¹, por un lado, gracias a un pronunciamiento explícito de la norma, y por

¹ A este respecto téngase en cuenta el art. 5.1 del Real Decreto 543/1979, de 20 de febrero, sobre autonomía provisional económica y presupuestaria de las Universidades: “*El nombramiento de personal de carrera del organismo se ajustara a lo dispuesto en el vigente estatuto de personal al servicio de los organismos autónomos, y sus*”

otro, por ser la única realidad normativa en la que podrían tener cabida esta tipología de funcionarios. Tras la LRU² y, sobre todo tras la promulgación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función pública, su régimen jurídico ha venido a complicarse extraordinariamente sin que, en la actualidad siga siendo claro, a pesar de la simpleza de algunas medidas legislativas o estatutarias, —algunas abiertamente contrarias a la vigente Ley Orgánica— cuál es el régimen jurídico que el legislador ha previsto para estos funcionarios.

La reforma Universitaria de 1983, centraba su actuación, sobre todo, en “establecer un marco para la renovación de la vida académica, pero lo decisivo en última instancia será la acción transformadora que emprendan las propias Universidades”, atribuyendo un papel central al profesorado y los alumnos a los que se otorga la clave de “la nueva Universidad”. Para ello, la ley se centra en “la creación de un estatuto propio y peculiar del funcionario docente”. No parece, pues, que la reforma pretendiera afectar el régimen jurídico de los restantes funcionarios no docentes al servicio de las universidades públicas, para los que la LRU no pasaba a ser su primera norma reguladora con preferencia a la legislación general de funcionarios, y ello en la línea de lo que, tiempo atrás, se había establecido para los funcionarios de otros organismos autónomos a quienes, en primer término, “la relación jurídica existente entre estos funcionarios y los Organismos autónomos a los que sirven es de Derecho administrativo. Con carácter supletorio, les serán aplicables las normas relativas a los funcionarios de la Administración Civil del Estado³”. Es decir, que el régimen jurídico regulador del personal funcionario propio de los OOAA pasaba en primer lugar por ser la norma especial constitutiva y reguladora del propio organismo autónomo, y, en segundo término, por el Estatuto del personal al servicio de los Organismos Autónomos.

Pero una cuestión más se añade a lo anterior, y es que la propia LRU tampon-

retribuciones, básicas y complementarias se regularan por la normativa del estatuto de personal aplicable a los funcionarios de organismos autónomos”. La norma, por cierto, ni ha sido derogada formalmente ni se opone a la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, Orgánica de Universidades en este apartado concreto de los recursos humanos destinados en la universidad.

² El art. 49.3 de la ya derogada Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma Universitaria, es idéntico al actual 73.3 de la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, Orgánica de Universidades

³ Art. 82.3 de la, ya derogada, Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas. De igual forma el art. 1 del Decreto 2043/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del personal al servicio de los Organismos Autónomos, señala que el personal funcionario “se regirá por las disposiciones del presente Estatuto y por las normas especiales que sean de aplicación en virtud de lo dispuesto en el mismo”

co determinaba cuál era la nueva naturaleza jurídica de las universidades públicas, a las que se describe lacónicamente como entidades dotadas de personalidad jurídica con un régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas. Tal vez la Ley dejó abierta la configuración jurídica de las universidades para una segunda etapa legislativa o bien a la acción normativa de los Estatutos universitarios que podrían delimitar su propia calificación como organismos públicos personificados⁴.

Tampoco aclara la cuestión del régimen jurídico de los funcionarios no docentes, la posterior Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, la cual supuso, en general, la equiparación del régimen jurídico de tanto de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, como los de sus Organismos autónomos, y el mantenimiento de la peculiaridades para el personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero⁵. ¿En dónde, pues, se encontraban encuadrados los funcionarios de administración y servicios de las Universidades públicas, dado que la propia Ley hace referencia a los funcionarios de la Administración Civil del Estado en sus diversas modalidades, a los de las CCAA⁶ y de las administraciones locales⁷, sin que se realizara referencia alguna a aquéllos? ¿Tal vez este silencio denota su adscripción a alguna de las tres Administraciones tradicionales? La respuesta quizás pudiera venirnos tanto de la disposición adicional novena, dos, de la Ley 30/1984, en la que se dispone claramente: “*sin perjuicio de lo previsto en el apartado tercero del artículo 27 de la presente Ley, se procede a la integración de Escalas de funcionarios de Organismos Autónomos*”

⁴ Sobre esta cuestión, es interesante el estudio realizado por TARDIO PATO, J. A. “*El derecho de las universidades públicas españolas*”. Vol. II Ed. PPU. Barcelona. Págs. 647-649. A pesar de lo señalado por la STS, contencioso sección 1, de 10 de mayo de 1988 (ROJ: STS 3502/1988) Recurso de apelación | Ponente: JUAN VENTURA FUENTES LOJO, que caracterizaba a las Universidades públicas como *administraciones independientes* que hacen de la nota de autonomía el eje de su régimen jurídico. La más reciente, STS, contencioso sección 2, de 24 de mayo de 2005 (ROJ: STS 3347/2005) N° de Recurso: 2272/2000 | Ponente: RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO, a la par de realizar una búsqueda jurisprudencial en la materia del régimen jurídico de las Universidad públicas, acaba por caracterizar a las Universidades como organismos autónomos singulares: “***Pero, como hemos visto, no hay un sólo tipo de organismo autónomo, aplicándose también a las Universidades la idea de la representatividad y de singular autonomía para perfilar su naturaleza jurídica***”.

⁵ Arts. 1.1 a) y 1.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

⁶ Art. 11 “Las Comunidades Autónomas procederán a ordenar, mediante Ley de sus respectivas Asambleas Legislativas, su Función Pública propia. A estos efectos, y previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, agruparán a sus funcionarios propios en los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías que proceda, respetando en todo caso los grupos establecidos en el artículo 25 de esta Ley.

⁷ Art. 16 de la misma Ley.

de la Administración del Estado, en la forma que a continuación se especifica (...)” y entre la distintas escalas interdepartamentales aparecen las diferentes Escalas de funcionarios de administración y servicios de todas las Universidades públicas, conforme a su grupo de titulación. Como por otra disposición adicional, la décima, en la que se señalaba que la integración del personal funcionario de las Universidades en las Escalas de carácter interdepartamental, Técnica de Gestión, Administrativa, Auxiliar y Subalterna de los Organismos Autónomos respetando, en todo caso, lo establecido en el artículo 49 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria⁸. Disposición que, por un lado, viene a confirmar el carácter de funcionarios de OO-AA de su personal de administración y servicios funcionario (en adelante PAS funcionario) y, por otro, dado el componente de autonomía de las mismas, identificar la singularidad de las Universidades en esta materia respecto del conjunto de organismos personificados creados por la Administración pública.

De ahí que del conjunto dispositivo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se deduzcan claramente los siguientes extremos: primero, los funcionarios del personal de administración y servicios de las universidades públicas son equiparados a funcionarios de los organismos autónomos estatales. Segundo, las universidades, de esta manera y a estos solos efectos, son consideradas organismos autónomos, lo cual no quiere significar que efectivamente lo fueran en ese momento dado ya que a fecha de promulgación de la Ley, ya se encontraba en vigor la LRU⁹. Tercero, por tanto, dichos funcionarios tienen la condición de funcionarios de la Administración Civil del Esta-

⁸ “1. El personal de Administración y Servicios de las Universidades estará compuesto por funcionarios de la propia Universidad y por personal contratado. Asimismo, los funcionarios de otras Universidades, del Estado o de la Comunidad Autónoma podrán prestar servicios en cualquier Universidad en situación de supernumerario o en la que legalmente se establezca como equivalente. 2. El personal de Administración y Servicios de las Universidades será retribuido con cargo a los presupuestos de las mismas. 3. El personal de Administración y Servicios se regirá por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación de funcionarios que le sea de aplicación y, en su caso por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas y por los Estatutos de su Universidad. 4. Respecto a todos los funcionarios de Administración y Servicios, cualquiera que sea su Cuerpo o Escala, que desempeñen sus funciones en la Universidad, corresponderá al Rector de la misma adoptar las decisiones relativas a la situación administrativa y régimen disciplinario, a excepción de la separación del servicio que será acordada por el órgano competente según la legislación de funcionarios a propuesta del Consejo de Universidades”.

⁹ En aquel momento se suscitó cierto debate acerca de la posible derogación del art. 49 de la LRU en lo que se opusiera a las disposiciones de la Ley 3/1984 de 2 de agosto, véase Gómez-Pantoja Cumplido, Joaquín (1999) “*El régimen de la función pública aplicable al personal de administración y servicios de las Universidades: conciliación y aplicabilidad de las disposiciones estatales, Ley de Reforma Universitaria y Estatutos universitarios*” en la obra “Las Universidades públicas y su régimen jurídico”. Ed. Lex nova. Valladolid. Págs. 486 a 489.

do, lo cual supone, de facto, la integración en escalas interdepartamentales operada en virtud de la propia Ley 30/1984, y, su consecuencia más inmediata, la incardinación de estos funcionarios dentro del art. 1.1 de la misma. Quinto, la integración de los funcionarios pertenecientes a las Escalas de funcionarios de administración y servicios de las universidades públicas en dichas escalas operaría automáticamente por el hecho de haber accedido, o se accediese, en un futuro a las mismas. Sexto, la integración en Escalas departamentales no excluye la posibilidad de que las Universidades sigan teniendo o ejerzan la posibilidad de seguir teniendo funcionarios de administración y servicios propios¹⁰. Es decir, por el hecho de su integración no se excluye la posibilidad de seguir “reclutando” funcionarios propios. Séptimo, en este último caso el régimen jurídico de ambos tipos de funcionarios, de las Escalas interdepartamentales y de las Escalas propias que subsistan es el mismo y, por tanto, su vinculación con la función pública estatal. Octavo, ambas normas adicionales de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, tienen la continuidad en el tiempo de una norma con eficacia “ad futurum”, constituyendo por sí mismas un régimen jurídico especial, insertado dentro del general, que ha de responder tan sólo en la peculiaridad prevista por su otra ley cabecera, la LRU. Por tanto, hablaríamos de un régimen legislativo bifásico.¹¹

II. EL PROCESO DE TRANSFERENCIAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE UNIVERSIDADES

El traslado competencial de las materias de educación se inicia, en primer término, por los Estatutos de las denominadas Comunidades históricas, las transferencias realizadas a la Comunidad Valenciana y Canaria, y, posteriormente, las transferencias efectuadas, fruto de los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992. Para todos estos procesos, la fórmula empleada fue idéntica en su tenor literal: “*Se transfiere la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que, conforme al apartado 1, del artículo 81 de la misma, lo desarrollen; de las facultades que atribuye el Estado el número 30 del apartado 1, del artículo 149 de la Constitución y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía*”.

¹⁰ Téngase en cuenta lo que establece el art. 3.2 e) de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, ya que la autonomía de las Universidades comprende necesariamente la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que ha de desarrollar sus actividades

¹¹ Sobre la virtualidad de las disposiciones adicionales véase el “*Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa*” (BOE n° 180 de 29 de julio de 2005).

Del proceso general traslativo, ha de señalarse la individualidad del traspaso competencial en materia de universidades que ha tenido una diferenciación clara respecto de los restantes niveles educativos, tanto por su individualidad institucional como por la singularidad de su personal. La clave de dichas particularidades se plasmó en los Reales Decretos de traspaso de servicios, dada la naturaleza de dichos instrumentos normativos, en los que necesariamente había de hacerse constar, entre otras cosas, las relaciones nominales del personal transferido, con expresión de su número de Registro de Personal –y además, en el caso de los funcionarios–, de su puesto de trabajo, situación administrativa y régimen de retribuciones. En el caso del personal contratado, las condiciones del contrato y régimen de retribuciones, y en el de personal laboral, su categoría, puesto de trabajo y régimen de retribuciones¹². Del contenido general del conjunto de reales decretos de traspasos, y en relación con el personal funcionario de administración y servicios de las universidades públicas, no suponen una alteración, –a pesar de lo que pudiera suponerse–, en cuanto al régimen jurídico aplicable y el estatuto al que debían ajustarse dichos funcionarios. De esta manera el proceso de traslación jurídica de efectivos ofrece un tratamiento común en todos los procesos de transferencias.

1. Universidades transferidas a las CC.AA “históricas”¹³

A las CCAA contempladas en la Disposición Transitoria 2ª de la Constitución Española, –País Vasco, Cataluña y Galicia– y 4ª, Navarra, hemos de añadir la Comunidad Valenciana y Canaria, a través de las Leyes orgánicas de transferencias, como las primeras en asumir de forma material las competencias en materia de Universidades.

Como ya hemos apuntado, el conjunto de reales decretos plasmadores de la materialización del traspaso de servicios¹⁴ en materia de universidades a las Comunidades Autónomas mencionadas¹⁵, ofrecen un denominador común y es que el per-

¹² Art. 18.2 c) de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso autonómico.

¹³ Éstas se realizaron a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencia a las Comunidades Autónomas del art. 143 CE. Esta Ley obedece a los Acuerdos Autonómicos, el 28 de febrero de 1992, firmado por el Gobierno de la Nación, el PSOE y el PP. En el punto 2.1 se establecía que “*la ampliación de competencias se llevará a cabo mediante la delegación o transferencia, acordada por las Cortes Generales según el procedimiento del Artículo 150.2 de la Constitución, plasmada en una ley orgánica en la que se incluyan, para todas las Comunidades Autónomas afectadas, todas las materias que son objeto de la ampliación*”. Una de cuyas materias eran las competencias de educación.

¹⁴ Ha de tenerse en cuenta que los Reales Decretos de transferencias “*sólo pueden transferir servicios adecuados para ejercer las competencias* (STC 77/1984, de 3 de julio)” que ni “*atribuyen ni reconocen competencias, las*

sonal –en su terminología– no docente funcionario de las universidades públicas, no es objeto de traspaso, relacionándose conforme a la previsiones de la Ley del Proceso Autonómico tan sólo a los efectos de la determinación de los costes económico presupuestarios efectivos¹⁶. Medida que contrasta con el personal adscrito al Ministerio de Educación y Ciencia que sí es objeto de dicho traspaso a las distintas administraciones autonómicas. Navarra, a pesar de obtener las competencias plenas en la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin embargo no obtuvo traspasos materiales de bienes servicios y personal en materia de universidad por la sencilla razón de no existir universidad pública alguna en su ámbito territorial en el momento de ejecutar las transferencias¹⁷.

cuales corresponden a las Comunidades Autónomas, con independencia y anterioridad de lo que se disponga en los Reales Decretos de transferencias, limitándose éstos a transferir los medios y servicios para su ejercicio, y únicamente se configuran como condición de pleno ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas (STC 107/2001, de 23 de abril)”. Es más, “no son en consecuencia normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto exclusivamente por la Constitución, los Estatutos y, en su caso, las demás disposiciones atributivas de competencias, cuyas prescripciones no pueden ser alteradas ni constraídas por las disposiciones de los Decretos de traspasos; en este sentido las competencias son indisponibles por las Administraciones (STC 147/1998, de 2 de julio)”. En este mismo sentido, la STS, Contencioso sección 7 del 29 de Enero del 2002 (ROJ: STS 503/2002) Recurso: 517/1998 | Ponente: FERNANDO MARTIN GONZALEZ.

¹⁵ El ámbito temporal de tales Reales Decretos, va desde el 6 de febrero de 1985 hasta el 30 de diciembre de 1987, algún tiempo después de la asunción de competencias en materia de educación en los Estatutos a los que hacen referencia: a) Real Decreto 305/1985, de 6 de febrero, sobre traspaso de servicios de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Universidades; b) Real Decreto 1014/1985, de 25 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de Universidades; c) Real Decreto 2633/1985, de 20 de noviembre sobre traspaso de servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Valenciana en materia de Universidades; d) Real Decreto 1734/1986, de 13 de junio, sobre traspaso de servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de Universidades; e) Real Decreto 2802/1986, de 12 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de Universidades; e) Real Decreto 1754/1987, de 18 de diciembre, de traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de los Servicios e Instituciones y medios personales materiales y presupuestarios en materia de Universidades.

¹⁶ Por señalar el tenor literal de la forma dispositiva, que para todos es el mismo, señalaremos el Anexo I del Real Decreto 2633/1985, de 20 de noviembre sobre traspaso de servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Valenciana en materia de Universidades: “*F) Personal adscrito a los servicios e instituciones que se traspasan.1. Se transfiera a la Comunidad Autónoma en las condiciones señaladas en la legislación vigente, el personal del Ministerio de Educación y Ciencia y de sus Organismos Autónomos adscritos a los referidos servicios que se traspasan o, en su defecto, sus correspondientes dotaciones.2. En relación número 2 adjunta se recoge al **personal no docente de las universidades que, no siendo objeto de traspaso, se relaciona a los efectos de la determinación de la subvención de la Comunidad Valencia a las Universidades**”*

¹⁷ En efecto la primera universidad pública –y única hasta el momento–, es la Universidad pública de Navarra aprobada mediante Ley Foral de Navarra 8/1987, 21 abril, de creación de la Universidad Pública de Navarra («B.O.N.» 27 abril).

De todos es conocido que los efectos de la transferencia de funcionarios a las CC. AA, es que pasan a depender de éstas orgánica y funcionalmente, integrándose como funcionarios propios de las mismas (lo cual implica la integración automática en los Cuerpos /Escalas de dichas administraciones¹⁸), la asunción de todas las obligaciones del Estado en relación con los mismos y el respeto de los derechos de cualquier orden que les correspondieran en el momento del traspaso. De esta manera, respecto a su Administración de origen estos funcionarios estatales transferidos a las Comunidades Autónomas, continuarían perteneciendo a sus Cuerpos o Escalas de origen, manteniendo los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que correspondieran a los funcionarios de dichos Cuerpos o Escalas en servicio activo¹⁹. Pues bien, el proceso de transferencia de bienes y servicios de las distintas Universidades ubicadas en las Comunidades Autónomas mencionadas se completa sin que éste haya supuesto el traspaso real y efectivo de los funcionarios de administración y servicios de dichas universidades, lo cual viene a suponer que, de facto, sea la Administración General del Estado, la administración de vinculación para estos funcionarios y la realmente competente en todos los aspectos no expresamente reservados a los Rectores en la LRU, órgano administrativo que actúa en materia del estatuto del PAS funcionario, como órgano de funciones estatales.

¹⁸ Así, por ejemplo en la Comunidad de Madrid, el Decreto 28/1987, de 23 de abril sobre integración en los correspondientes Cuerpos y Escalas de la Administración de la Comunidad de Madrid de los funcionarios propios de la misma que trae consecuencia de la disposición adicional primera de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, establece que son funcionarios propios de la Comunidad de Madrid los funcionarios de la Administración del Estado incurso en procesos de traspaso operados por Reales Decretos de transferencias. Véase por ejemplo la ORDEN de 4 de julio de 2014, del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se procede a la integración individualizada de funcionarios propios de la Comunidad de Madrid en Cuerpos y Escalas de la misma (BOCM de 24 de julio de 2014), fruto de un proceso de transferencias de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia.

¹⁹ Arts. 24 y 25 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso autonómico. Sobre la igualdad de derechos económicos con los funcionarios de la Comunidad Autónoma y el momento en que ha de realizarse la equiparación, entre otras, véanse la STS, contencioso sección 7, de 8 de mayo de 2006 (ROJ: STS 2695/2006) N° de Recurso: 3749/2000 |Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA; y la STS, contencioso sección 7, de 14 de abril de 2008 (ROJ: STS 1681/2008) N° de Recurso: 3749/2000 N° de Recurso: 9797/2003 |Ponente: JOSE DIAZ DELGADO. Por otro lado, esta equiparación debe cohonestarse con la potestad de autoorganización de la Comunidad autónoma correspondiente: STS, contencioso sección 7, de 15 de octubre de 2007 (ROJ: STS 6788/2007) N° de Recurso: 6655/2002 |Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y la STS, contencioso sección 3, de 26 de septiembre de 2000 (ROJ: STS 6765/2000) N° de Recurso: 297/1999 |Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ.

La respuesta legislativa de las primeras autonomías a las que se traspasaron las universidades públicas de su territorio, respecto de esta tipología de funcionarios, no fue común. Se adelantó, a todas, la Comunidad Autónoma de Cataluña con su ley de función pública de 1985²⁰, en la que se establece la inclusión plena del PAS funcionario de las universidades públicas, sin referencia alguna a la legislación estatal y con la única salvedad de respeto a la autonomía universitaria, lo cual no era sino una simple limitación en “clave interna” más que una típica cláusula de sistema normativo aplicable sobre funcionarios sometidos a regímenes jurídicos diversos. De hecho, la fórmula equivalía a integrarlos directamente en la función pública autonómica algo para lo que no estaba facultada la Generalidad en ese momento. En cambio, la fórmula diseñada por la Ley de función pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco pasaba por respetar en su integridad el art. 49 LRU, su sistema de fuentes aplicable, y finalmente diferenciar al PAS funcionario al modo en que lo estaban otras instituciones formalmente vinculadas a la Comunidad (Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, Consejo de Relaciones Laborales...)²¹. Lo cual no suponía su integración automática en la función pública de la Administración pública vasca. Por su parte, las Leyes de función pública de la Comunidad Gallega²², Canaria²³ y Valenciana²⁴, omitían cualquier referencia a los funcionarios del PAS de las Universidades transferidas. Esta misma carencia dispositiva se reproduce en la legislación sectorial autonómica relativa a las universidades públicas de su entorno hasta que, finalmente, a la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica de Universidades de 2001, se ha dado cabida a algunas disposiciones en las que se ha aludido más o menos expresamente al PAS funcionario.

²⁰ El art. 2.2. b) de la anterior Ley 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña (Vigente hasta el 23 de Noviembre de 1997), incluía dentro de su ámbito de aplicación “*al personal de las universidades, respetando la autonomía universitaria*”

²¹ El art. 2.1 e) de la vigente Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, establece la aplicación de la Ley: “*La presente ley es de aplicación al personal al servicio de: la Universidad del País Vasco, conforme a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria y ello sin perjuicio del respeto a la autonomía universitaria*”.

²² Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia. (Vigente hasta el 14 de junio de 2008).

²³ Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, (aún vigente).

²⁴ Tanto la Ley 10/1985, de 31 de julio, de la Función Pública Valenciana (derogada), como el Decreto Legislativo de 20 de marzo de 1991, de la Generalidad Valenciana, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana, (actualmente derogado) no hacía mención alguna al personal funcionario de las universidades públicas.

Esta carencia legislativa hubiera podido ser suplida por los primeros Estatutos de las Universidades públicas, precisamente aprobados por los respectivos Órganos ejecutivos superiores aunque, con reproducciones más o menos literales de la LRU en relación con el régimen jurídico regulador del PAS funcionario, tampoco contribuyeron a establecer el contenido real del régimen estatutario de dichos funcionarios, simplificando en exceso incluso su régimen jurídico y sus sistema fuentes cuando se hubiera esperado una mayor clarificación de sus estatuto, dada la posición que la LRU daba a los Estatutos universitarios. Así, por ejemplo, los Estatutos de la Universidad Autónoma de Barcelona señalaban que el personal de administración y servicios funcionario de la Universidad Autónoma de Barcelona se regía por las normas dictadas por el Estado y por la Generalidad en el ámbito de sus competencias, por los Estatutos de la Universidad y sus normas de desarrollo²⁵; o también con la alusión a la autonomía universitaria como fuente reguladora en el caso de los Estatutos de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria²⁶, Alicante²⁷ y del País Vasco²⁸. Con más indefinición, si cabe, encontramos los Estatutos de la Universidad Jaume I al señalar en una tautología clara, que el PAS “*se ha de regir por la legislación de funcionarios*”, o los de la Universidad de Valencia “*Estudio General*” para los que el PAS se rige por “*la legislación vigente que le sean aplicables y por estos estatutos*”; a los que se añadían los de la Universidad de Sevilla al establecer que el PAS funcionario se regía por la legislación universitaria, por la legislación de funcionarios y por sus estatutos²⁹

²⁵ Art. 153.2 Decreto 37/1985, de 18 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Autónoma de Barcelona (actualmente derogados).

²⁶ Art. 191.5 del Decreto 94/1991, de 29 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (hoy derogado pero que se ha transmitido en su mismo tenor literal tras diversas modificaciones hasta los actuales Estatutos). Los de la Universidad de La Laguna aprobados por Decreto 192/1985, de 13 de junio, en su art. 42.2, establecen como su régimen jurídico la legislación universitaria y por la de los funcionarios públicos que le sea de aplicación. Lo cual supone otra nueva indefinición.

²⁷ Art. 159 de los Estatutos de la Universidad de Alicante aprobados por el Decreto 107/1985, de 22 de julio.

²⁸ Art. 136.3 del Decreto 70/1985, de 18 de Marzo

²⁹ Art. 181 de los Estatutos de la Universidad de Sevilla aprobados mediante Decreto 148/1988 de 5 de abril (ya derogados). En cambio, el art. 113 de los actuales Estatutos (Decreto 3234/2003, de 25 de noviembre), bajo la rúbrica “Régimen jurídico”, da con la clave del régimen estatutario de los funcionarios del PAS: “*El personal funcionario de administración y servicios se regirá por la Ley Orgánica de Universidades y sus normas de desarrollo, por la legislación de función pública del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como por el presente Estatuto, el Reglamento general del personal de administración y servicios y las disposiciones que lo desarrollen*”.

Por tanto, el panorama regulador del Estatuto de los funcionarios del PAS de las Universidades públicas no encontró una aclaración por parte autonómica de su régimen jurídico, salvo el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña aunque yendo más allá de lo que la LRU había establecido como sistema normativo de aquéllos, al anteponer, de facto, la normativa autonómica de función pública a la Estatal. La escasez legislativa se fue sustituyendo, de facto, por una atracción paulatina al ámbito de la Administración autonómica de estos funcionarios.

2. Universidades transferidas a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución

El proceso de transferencias cuyo punto de inicio tiene los ya mencionados Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992, y que, tras la promulgación de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencia a las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, y su incorporación a los diversos Estatutos, se concretó en sendos Decretos aprobados dentro del curso de los años 1995 y 1996. Las transferencias afectaban a las Comunidades Autónomas de Castilla León y la Mancha, Extremadura, la Comunidad de Madrid, Asturias, Cantabria, Región de Murcia, Aragón, la Rioja e Illes Balears³⁰. Todos los Reales Decretos ofrecen un cuerpo común con ligeras variaciones entre sí, aunque significativas respecto de los

³⁰ La relación de Decretos son los que a continuación se relacionan: el Real Decreto 848/1995, de 30 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado al Principado de Asturias en materia de Universidades. (B.O.E. 07-07-1995), el Real Decreto 1382/1996, de 7 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de Universidades. (B.O.E. 28-06-1996), el Real Decreto 95/1996, de 26 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de Universidades. (B.O.E. 22-02-1996 # Corrección de errores B.O.E. 26-03-1996), el Real Decreto 948/1995, de 9 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de Universidades (B.O.E. 07-07-1995), el Real Decreto 96/1996, de 26 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Universidades. (B.O.E. 21-02-1996), el Real Decreto 324/1996, de 23 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de Universidades. (B.O.E. 21-03-1996), el Real Decreto 634/1995, de 21 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de Universidades. (B.O.E. 17-05-1995), el Real Decreto 2243/1996, de 18 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de las Islas alears en materia de Universidades (B.O.E. 08-11-1996 # Corrección de errores B.O.E. 19-11-1996), el Real Decreto 942/1995, de 9 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de

Decretos comentados en el apartado anterior. En los mismos, se hace una referencia genérica a las funciones y competencias que se transfieren, que, en materia de enseñanza superior, son las atribuidas a las Comunidades Autónomas por la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, y que vienen a concretarse en: *a)* la creación, supresión, adscripción e integración, según corresponda, de Facultades, Escuelas Técnicas Superiores, Escuelas Universitarias, Institutos Universitarios, Colegios Universitarios, así como aquellos otros centros universitarios cuya creación no corresponda a la Universidad.; *b)* la gestión, de acuerdo con los criterios establecidos por la Administración del Estado, de las becas y ayudas al estudio universitario correspondientes a las convocatorias del Ministerio de Educación y Ciencia y *c)* la gestión de las exenciones parciales o totales del pago de las tasas académicas acordadas por el Estado.

Respecto al capítulo de transferencias de personal de las Universidades, se produce un cambio significativo, dado que todos los Decretos señalan que “*no existen medios personales propios de la Admón. del Estado objeto de traspaso*”. Hecho que se “redondea” con el Real Decreto de traspaso en la Comunidad de Madrid, el Real Decreto 942/1995, de 9 de junio, en el que, teóricamente, se produce un traspaso personal adscrito a la Administración General del Estado y que correspondía a funcionarios pertenecientes al organismo autónomo “Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipamiento Escolar” cuya sede se situaba en la ciudad de Madrid. Esta redacción no se corresponde con los anteriores decretos de traspaso, cuyo literal era: “*en la relación, número 2, se recoge el personal no docente de la Universidad, que, no siendo objeto de traspaso, se relaciona a los efectos oportunos*”. Primera consecuencia es que nos encontraríamos con personal de la AGE y que a los efectos oportunos, reflejarían las consignaciones presupuestarias relativas a su coste, desglosado entre retribuciones básicas y complementarias. Pero ¿cómo pueden interpretarse los Decretos de transferencias en relación con el PAS funcionario? ¿A qué Administración territorial quedaban vinculados los funcionarios del PAS de las Universidades transferidas en esta segunda oleada? La respuesta no es fácil, y teniendo en cuenta el repetido art. 49.3 LRU³¹, nuevamente acudiremos a la legislación autonómica de función pública de las Comunidades Autónomas receptoras, para comprobar si realmente podemos encontrar alguna refe-

Madrid en materia de Universidades. (B.O.E. 22-06-1995) y Real Decreto 907/1995, de 2 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Castilla y León en materia de Universidades (B.O.E. 01-08-1995).

³¹ “*El personal de Administración y Servicios se regirá por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación de funcionarios que le sea de aplicación y, en su caso por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas y por los Estatutos de su Universidad*”.

rencia legislativa sobre aquéllos funcionarios y su supuesta integración en la función pública autonómica. De las diez CCAA, afectadas por la transferencia competencial, y sus respectivas Leyes de Función pública, en seis de ellas (Madrid, Cantabria, Asturias, La Rioja, Aragón y Murcia) no encontramos referencia directa alguna. Tan sólo podríamos interpretar incluido al PAS funcionario de las Universidades, en dos de dichas CCAA, en normas con el siguiente tenor literal: “*El ámbito de aplicación de esta Ley se extiende a todo el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Rioja y de los **Organismos dependientes de la misma, que perciban sus retribuciones con cargo a las correspondientes consignaciones presupuestarias***”³² o “*a los efectos de esta Ley, por Administración Pública de la Región de Murcia deberá entenderse tanto su Administración Central o directa como las fundaciones públicas, Organismos Autónomos y **otras Entidades públicas constitutivas de su Administración funcionalmente descentralizada***”³³”.

Sin embargo, las Leyes de función pública de las Comunidades de Castilla La Mancha, Castilla León y Extremadura, tras la promulgación de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, han dado entrada dentro de su ámbito de aplicación a los funcionarios del PAS, bien sin matización alguna: “*la presente Ley se aplica al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral y al personal eventual de las siguientes Administraciones Públicas, Entidades, Organismos o Instituciones: c) La Universidad de Extremadura, en relación a su personal de administración y servicios*”³⁴, bien con el filtro de la legislación sectorial de universidades: “*Esta Ley se aplica al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral y al personal eventual al servicio de alguna de las siguientes Administraciones públicas, entidades, organismos o instituciones: d) Las universidades públicas de Castilla-La Mancha, en los términos previstos por la legislación en materia de universidades, sin perjuicio del respeto a la autonomía universitaria*”³⁵. O bien, con otra más fórmula más acorde con la redacción del art. 73.3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades³⁶: “*Los preceptos de la presente Ley serán de aplicación al personal docente no uni-*

³² Art. 2.2 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja

³³ Es el art. 2.2 del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia

³⁴ Art. 3.1 c) de la reciente Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

³⁵ Art. 2.1 d) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

³⁶ “El personal funcionario de administración y servicios se regirá por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación general de funcionarios, y por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas, y por los Estatutos de su Universidad”.

*versitario en aquellas materias que no se encuentren reguladas por la normativa básica y específica que la desarrolla*³⁷. Todo lo cual viene a señalarnos que las ligeras modificaciones legislativas operadas por la segunda Ley Orgánica de Universidades y, sobre todo, por la realidad de los hechos –la vinculación de las Universidades a la respectiva Comunidad Autónoma– han producido una *cierta* traslación en el estatuto específico del PAS funcionario de las Universidades públicas hacia su “comunitarización”. Debe advertirse, no obstante, que Ley Orgánica tampoco supuso un cambio sustancial en el sistema de fuentes regulador de dichos funcionarios en el aspecto formal, tal y como veremos más adelante. Quizás la Ley plantea o señala, más bien, un camino sobre el que comenzar a transitar.

El resultado de esta acción legislativa se añade al que hemos analizado en el anterior punto respecto de las Autonomías de recepción más temprana de las Universidades transferidas, lo que arroja una cada vez mayor singularización de estos funcionarios de tal manera que su adscripción al modelo de función pública tradicional propio de las Administraciones territoriales no parece muy claro ¿Son funcionarios autonómicos, estatales o simplemente funcionarios de las Universidades?

III. LEGISLACIÓN ESTATAL DE DESARROLLO DE APLICACIÓN DIRECTA AL PAS FUNCIONARIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.

Tras la entrada en vigor de la LRU y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, la AGE dedicaba, en exclusiva, al PAS funcionario de las Universidades públicas un reglamento, en desarrollo de esta última y de las previsiones de la disposición final segunda de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987. La Ley instaba al Gobierno a la adecuación de las retribuciones complementarias de los funcionarios no docentes de las Universidades dentro del marco del nuevo sistema retributivo establecido en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. El fruto de dicho mandato legislativo fue el Real Decreto 1545/1987, de 11 de diciembre, por el que se establecía el régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración y Servicios de las Universidades de competencia de la Administración del Estado³⁸. El reglamento, se dictó a pro-

³⁷ Art. 2.2 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

³⁸ El Decreto con indudable fuerza normativa no ha sido derogado y tampoco se opone a la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades.

puesta conjunta de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y a iniciativa del de Educación y Ciencia, lo cual no hace sino reafirmar la inclusión de los funcionarios de administración y servicios de las universidades públicas dentro del régimen jurídico general establecido para los funcionarios de la AGE. Ha de tenerse en cuenta que las Universidades, en esa fecha, ya gozaban del régimen de autonomía universitaria que les otorgaba la LRU precisamente en relación con su personal funcionario no docente. Más revelador de la ya mencionada inclusión en el régimen general estatutario, nos parece precisamente la afirmación del Real Decreto 1545/1987, cuando establece, de forma clara, que los funcionarios de Administración y Servicios de las Universidades de competencia de la Administración del Estado, a los que se refiere el mismo artículo del Real Decreto, les era de plena aplicación las normas que, sobre el régimen de retribuciones, se dicten, con carácter general para los funcionarios de la Administración del Estado³⁹. Así pues, el personal funcionario no docente (PAS) no era sino personal funcionario de la Administración General del Estado cuya única singularidad venía dada por el art. 49 de la LRU, es decir, su régimen de situaciones administrativas, régimen disciplinario que no supusiera separación del servicio- y la atribución “*ex lege*” de seleccionar a dichos funcionarios, para las que se preveía la actuación exclusiva del Rector, en detrimento de la Dirección General de la Función Pública de la Administración General del Estado. Además debe tenerse en cuenta que el reglamento retributivo al que hemos hecho alusión no procede del desarrollo de la LRU, sino de las disposiciones de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, a la sazón la norma de referencia de la función pública estatal.

De aquí que, como hemos enunciado, sugieran más interrogantes que luces sobre el nuevo régimen jurídico inaugurado por la LRU y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y que lejos de despejarse en las sucesivas reformas legislativas sobre Universidades, se han mantenido —e incluso aumentado— dichas incertidumbres jurídicas. ¿Podemos afirmar que tras ambas leyes y las disposiciones normativas comentadas, los funcionarios de administración y servicios de las universidades públicas son funcionarios estatales?

La realidad expuesta sobre el “no traspaso” de los funcionarios del PAS de las universidades tanto en los de primera generación, como de las que, por entonces,

³⁹ Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 1545/1987, de 11 de diciembre, por el que se establece el régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración y Servicios de las Universidades de competencia de la Administración del Estado (BOE nº 301, de 17/12/1987).

eran Universidades de la Administración General del Estado (vinculadas, por tanto, al Ministerio de Educación y Ciencia) se traduce en su inclusión dentro del ámbito de aplicación de algunas normas generales de gestión de los Cuerpos y Escalas funcionarios de la Administración General del Estado. Así, por ejemplo, el aún en vigor, Real Decreto 2169/1984, de 28 de noviembre, de atribución de competencias en materia de personal, en desarrollo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública⁴⁰, establecía que las competencias respecto del personal universitario y del personal de administración y servicios de las Universidades serían ejercidas, en todo caso, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, instando al Ministro de Educación y Ciencia para elevar al Gobierno las disposiciones de desarrollo de la disposición adicional 15ª de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública⁴¹. Debemos reseñar que el reglamento se refiere a las competencias en materia de administración del personal de la AGE, incluido dentro del artículo 1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

O también, el ya derogado Reglamento General de provisión de puestos de trabajo y de promoción profesional de los funcionarios de la Administración del Estado⁴², cuando en su disposición adicional 7ª, determinaba la aplicación explícita del Reglamento, al personal funcionario de administración y servicios de las universidades en todo aquello que no estuviera atribuido expresamente a los estatutos de las mismas por el artículo 50 de la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria. Es decir, una particularidad fruto del carácter especial de las Universidades, en el ejercicio de su autonomía, y que la disposición legislativa otorgaba a los Estatutos, los cuales, debían establecer normas para asegurar la provisión de las vacantes que se produjeran, la selección según los principios de publicidad, igualdad capacidad y mérito, y el perfeccionamiento y promoción profesional del personal. Y que en caso de no ser así, el Reglamento ofrecía su supletoriedad, para todos o algunos de los extremos mencionados por la LRU, respecto del personal funcionario de administración y servicios de aquellas universidades que no hayan desarrollado dichas materias en sus Estatutos reguladores, todo ello, en el marco de lo establecido en la ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. El actual Reglamento, en vigor desde 1995⁴³, en cambio, opta por una cláusula de supletoriedad ge-

⁴⁰ (BOE de 7 de diciembre de 1984)

⁴¹ Disposición adicional 3ª.

⁴² Aprobado por el Real Decreto 2617/1985, de 9 de diciembre.

⁴³ Se trata del Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Ge-

neral: “Este Reglamento tendrá carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación y los de las restantes Administraciones públicas”, que afecta tanto al personal que **no** sea funcionario perteneciente a Cuerpos y Escalas propias de la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos pero que se encuentre dentro del ámbito de la misma como, en su caso, a funcionarios de Cuerpos y Escala de otras Administraciones territoriales (Comunidades autónomas y Administración local). Entendemos que el normador estatal no hace una referencia explícita al PAS funcionario de las universidades públicas –en contraposición con al anterior normativa sobre la cuestión y otra que citaremos– porque dicha regulación entraba de lleno dentro de las facultades de la autonomía universitaria la cual comprende explícitamente “*la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que ha de desarrollar sus actividades*”⁴⁴. Ahora bien las facultades de regulación de estas materias no supone apartar a dichos funcionarios de su vinculación con la normativa estatal de función pública más allá de la que tenga un carácter básico y de los órganos que pueden ejercerla.

De igual forma, el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, incluye un pronunciamiento expreso respecto de los funcionarios de administración y servicios, al señalar que corresponden al Rector, la competencia en materia de situaciones administrativas tanto de los funcionarios docentes que desempeñen sus funciones en las Universidades, como de los pertenecientes a Escalas de Administración y Servicios propias de las mismas⁴⁵. El hecho es significativo porque el Reglamento tan sólo es aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, sin que se disponga cláusula supletoria alguna respecto de los funcionarios de las restantes Administraciones públicas. Reglamento que obviamente sería de aplicación indiscutida al PAS funcionario.

neral de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

⁴⁴ Art. 3.2 e) de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, Orgánica de Universidades. Tenor literal que se reproduce en el art. 2.2 e) de la vigente Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

⁴⁵ Es la disposición adicional 4ª.

El supuesto anterior viene a matizarse con Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, en el que se establece la aplicación directa al personal funcionario comprendido en el artículo 1.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y supletoria para los demás funcionarios al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidos en su ámbito de aplicación ¿En qué lugar quedarían los funcionarios del PAS de las Universidades, suponiendo que estuvieran incluidos en un régimen de aplicación directa? La respuesta la aporta la disposición adicional 2ª, que viene a incluirlos directamente al régimen de aplicación directa, al señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44 y 49 de la Ley 11/1984, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, la competencia para la incoación y resolución de expedientes disciplinarios al profesorado y personal de Administración y Servicios de las Universidades corresponderá a los Rectores, con excepción de la separación del servicio, que será acordada por el Consejo de Ministros⁴⁶. Por tanto, el régimen disciplinario aplicable es el propio de los funcionarios comprendidos en el **artículo 1.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto**, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con la única salvedad de la autoridad administrativa encargada de la incoación y resolución que viene a compatibilizar la norma con el régimen de autonomía universitaria de las Universidades públicas.

La Ley 30/1984, en su art. 13 —aun vigente—, establecía la creación de un Registro Central en el que se debía inscribir a *todo el personal al servicio de la Administración del Estado*, y en el que sería objeto de anotación preceptiva todos los actos que afecten a la vida administrativa del mismo. Así pues, la norma es clara y expresa en cuanto a su ámbito de aplicación. Y como no podía ser de otra forma también afecta al PAS funcionario. Tras una aplicación directa al PAS funcionario de las Universidades públicas del Real Decreto 1405/1986, de 6 de junio, que aprobaba el Reglamento del Registro Central de Personal, su modificación realizada en 1999⁴⁷ viene a singularizar el caso de las Universidades públicas, todas formalmente transferidas en aquella fecha. En efecto, la reforma del Reglamento viene a diferenciar, a los efectos de su inscripción obligatoria en el Registro Central de Personal, a los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Docentes Universitarios regulados por el Estado, en

⁴⁶ El art. 49.4 señalaba que “a propuesta del Consejo de Universidades”

⁴⁷ A través del Real Decreto 2073/1999, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones públicas.

tanto no se constituya el Registro de Personal específico al que hace referencia el artículo 42 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria⁴⁸ y el PAS funcionario, determinando la aplicación operativa de las inscripciones –desde 1986 su inscripción era obligatoria– en el Registro Central de Personal a la suscripción de convenios, a tal efecto, entre el Ministerio de Administraciones Públicas y la Administración de que se trate⁴⁹. En estos convenios se especificaría el régimen regulador de las inscripciones y anotaciones, los actos administrativos, resoluciones y datos que deberían ser objeto de anotación⁵⁰ respecto de los funcionarios afectados. En el campo específico de nuestro estudio, el PAS funcionario, en virtud precisamente del Convenio entre el órgano competente de la AGE y la conferencia de Rectores y, de forma específica también para el personal docente de las universidades, se dictó la Resolución de 5 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas⁵¹, por la que continuaría siendo objeto de aplicación de las normas relativas al Reglamento del Registro Central de Personal⁵².

Vistas las disposiciones normativas expuestas, cuyo ámbito de aplicación tiene por objeto a los funcionarios de la AGE incluidos dentro del artículo 1.1 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, poco sentido tendrían las singularidades descritas para el PAS funcionario, dentro de las generales, si el personal al que se refieren, no estuviera incluido dentro de su ámbito de aplicación. Entendemos más bien que el resultado de dicha especificidad viene dado, en virtud de las peculiaridades que la Ley atribuye a las Universidades (las cuales están llamadas de manera indisoluble a la

⁴⁸ El art. 42 señalaba que “*Las Comisiones a que hacen referencia los artículos 35 y 39 de la presente Ley, propondrán, mediante informe motivado, el nombramiento de candidatos, que en ningún caso podrán exceder al número de plazas convocadas. Dichos nombramientos serán efectuados por el Rector de la Universidad correspondiente, comunicados al Consejo de Universidades a efectos de su inscripción en el Registro de Personal de los Cuerpos respectivos y publicados en el «Boletín Oficial del Estado»*”

⁴⁹ Esta previsión normativa se ha traducido en el Convenio Marco de Colaboración entre el Ministerio de Política Territorial y Administración Pública y la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE), firmado con fecha 30 de junio de 2011.

⁵⁰ Art. 5.2, dentro de la rúbrica dedicada al “*Ámbito registral*”, del Real Decreto 2073/1999, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Registro Central de Personal y las normas de coordinación con los de las restantes Administraciones públicas.

⁵¹ BOE n.º 302 de 17 de diciembre de 2012.

⁵² Normas que, a su vez, han sido desarrolladas por la Resolución de 2 de septiembre de 2002, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se establecen los nuevos modelos de documentos para la inscripción y anotación en el Registro Central de Personal de diversos actos administrativos de personal y nuevos modelos de títulos administrativos y hojas de servicio del personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General del Estado (BOE n.º 227 del 21 septiembre 2002). Esta Resolución es el texto básico que ha sufrido algunas modificaciones parciales.

prestación del servicio público de la educación superior) más que a una exclusión del régimen jurídico general de la función pública estatal para aquéllos. Realmente, y lo repetimos, poco sentido tendría su alusión específica en normas reguladoras de la función pública estatal —más allá del régimen de supletoriedad— si realmente no estuvieran incluidos dentro del ámbito general de la función pública estatal, en contraposición con la función pública autonómica. De todas formas, he aquí la principal disyuntiva para estos funcionarios y es, si poseen un régimen estatutario propio, singular, en contraposición con el estatuto de los funcionarios de la AGE, de los de las CC.AA o de la Administración local, o bien, dentro de éstas funciones públicas territoriales, pudieran estar comprendidos en un régimen estatutario propio y específico, a la manera de otros también específicos de determinados funcionarios adscritos a una prestación y servicio público determinado (Cuerpos docentes, sanitarios, policiales...) pero siempre dentro de un ámbito estatutario general de los funcionarios de la AGE. Nosotros nos inclinamos por esta última posibilidad de poseer un estatuto propio y peculiar de incardinación estatal.

IV. LA LEY ORGÁNICA 6/2001, DE 21 DE DICIEMBRE, DE UNIVERSIDADES Y EL RÉGIMEN ESTATUARIO DEL PAS FUNCIONARIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.

El tenor literal del artículo de la nueva Ley Orgánica, encargado de establecer el régimen jurídico del PAS funcionario, parecía no tener diferencias sustanciales con el anterior art. 49 de la LRU, pero una comparación entrambos parece señalarnos que la nueva Ley tiende a posicionar a los funcionarios del PAS en un escalón más dentro del ámbito de acción de las Comunidades Autónomas. Algo que, según hemos señalado más arriba, se ha convertido en un hecho dentro de la actividad legislativa de algunas CC.AA (caso de las Comunidades de Castilla La Mancha, Castilla León y Extremadura). Sin embargo, la nueva Ley no compensa, como afirma CASTILLO BLANCO, el déficit legislativo y la “poca atención” que tradicionalmente ha sufrido el PAS funcionario⁵³. Tampoco ayuda —más bien complica— la entrada en vigor posterior del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) en 2007, tramitado al mismo tiempo que la reforma de la propia LOU de 2001 operada en ese mismo año, generando de esta manera algunas dudas sobre la posibilidad de la

⁵³ Castillo Blanco, Federico (2009) “*El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades públicas*”, en la obra “Comentario a la Ley Orgánica de Universidades”. coord. por Julio V. González García. Ed. Civitas – Thomson Reuters. Madrid. Pág. 315. nota 10.

derogación del Título X de la LOU, dedicado al PAS, dado su carácter no orgánico por parte del EBEP. La problemática ya se suscitó con anterioridad con el binomio LRU – Ley 30/1984 (*vid. nota 9*) pero, en opinión de GÓMARA HERNÁNDEZ, la situación debe calificarse como de “*olvido del legislador para salvar el régimen ya consolidado del PAS de las universidades públicas*”⁵⁴, entrando a descifrar la interpretación del alcance de una y otra norma al binomio ley general/ ley especial.

1. “El personal funcionario de administración y servicios se regirá por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo...”

El primer escalón de la legislación aplicable a los funcionarios del PAS, y por tanto de su Estatuto, idéntico tanto el art. 49 de la LRU como el a 73.3 de la LOU establecían, es la aplicación preferente de la propia Ley orgánica y sus disposiciones de desarrollo. La formula, lejos de despejar dudas, las promueve, ya que podría darse el hecho de que hubiera legislación de desarrollo, estatal y autonómica, que entrara a regular la función pública del PAS en las universidades. Por tanto, desde este ámbito legislativo sectorial - el de las Universidades- se podría dar lugar a un régimen estatutario de carácter básico –desde la acción legislativa estatal-, por un lado, y de desarrollo –desde la acción legislativa autonómica aunque también cabría la estatal-, por otro, para los funcionarios de las universidades públicas con lugar suficiente para la regulación estatutaria de las propias Universidades⁵⁵.

Algunas CC. AA, en contraposición a la anterior LRU de 1983, han optado por legislar en materia de universidades dentro de su ámbito territorial con una idea de “totalidad” de tal manera que se incluyeran todas aquellas materias que la LOU otorga competencias directas y concretas a las CC. AA, junto a aquellas otras propiamente deducibles del servicio público de la educación superior. De ahí que la Le-

⁵⁴ Gómara Hernández, José Luis (2009) “*El personal de administración y servicios de las Universidades públicas*” en la obra *Comentario a la Ley Orgánica de Universidades*”. coord. por Julio V. González García. Ed. Civitas – Thomson Reuters. Madrid. Pág. 574

⁵⁵ El Tribunal Supremo haciéndose eco de la doctrina constitucional sobre los Estatutos de las Universidades, reafirman su carácter autónomo: “*Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el Tribunal Constitucional, en Sentencias 55/1989 y 130/1991, ha declarado que los Estatutos de las Universidades, aunque tengan su norma habilitante en la Ley de Reforma Universitaria, no son en realidad normas dictadas en su desarrollo, sino reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la ley, por lo que solamente puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, siendo válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal.*” STS, contencioso sección 7, de 30 de junio de 1998 (ROJ: STS 8666/1998) N° de Recurso: 6449/1995 | Ponente: GUSTAVO LESCURE MARTIN

yes de universidades autonómicas hayan pasado a denominarse, con toda intención, como Ley de /del “universidades”, “sistema de universidades”, “ordenación del sistema de universidades...⁵⁶. Todas ellas hacen referencia al PAS funcionario de las universidades públicas, con mayor o menor desarrollo, diseñando un régimen jurídico individualizado en cada comunidad Autónoma que, en algunos casos, llega incluso a alterar el sistema de fuentes de la propia LOU⁵⁷. Este es el caso, por ejemplo, del Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades⁵⁸ al establecer que el personal funcionario de administración y servicios se regirá por la Ley Orgánica de Universidades, por el Estatuto Básico del Empleado Público, por la legislación sobre función pública de la Junta de Andalucía, por dicha Ley y sus respectivas disposiciones de desarrollo, por los estatutos de las Universidades, así como por los acuerdos y pactos colectivos que le sean de aplicación, para el caso del PAS laboral. O el texto de Aragón, en el que se suprime toda referencia a la legislación de funcionarios estatal o autonómica: “el personal funcionario se regirá por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y por lo regulado en esta Ley así como por las disposiciones de desarrollo y por los Estatutos de la universidad. El personal laboral, además de las normas mencionadas, se regirá por la legislación laboral y por los convenios colectivos aplicables⁵⁹”. La cuestión a tener en cuenta es: en qué medida este desarrollo legislativo autonómico sectorial puede alterar el sistema de fuentes diseñado por el art. 73 de la LOU que establece, de forma clara, un ámbito material a la legislación “general” de funcionarios y, por tanto, legislación estatal. Desde luego que con ello, se alienta la confusión terminológica respecto del “grupo normativo” estatutario del PAS funcionario y se hace perder la verdadera función que la Ley orgánica pretende, que es la de generar un régimen estatutario propio compuesto por dos niveles normativos, en su caso, y un tercero que responde al ámbito de la autonomía universitaria. En efecto, la intención de la Ley es deslindar, desde su imbricación con la Ley orgánica estatal, que es su norma “cabecera”, y sobre la base de la legislación sectorial de universidades un estatuto propio, al modo de otros funcionarios ligados

⁵⁶ Estas leyes son: la Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema universitario de Galicia, la Ley 3/2003, de 28 de marzo, de Universidades de Castilla y León, la Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia, el Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, la Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón, la Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario Vasco y la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de universidades de Cataluña.

⁵⁷ Tanto la Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema universitario de Galicia, en cambio, como la Ley 3/2003, de 28 de marzo, de Universidades de Castilla y León, nada dicen al respecto.

⁵⁸ Es el artículo 50 del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades

⁵⁹ Art. 38 de la Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón.

a la prestación de un servicio público singular y determinado, y que el Tribunal Constitucional ha singularizado “entre aquellas situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo de régimen estatutario de los funcionarios, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin las cuales no sería reconocible ese estatuto”⁶⁰.

De ahí que se diseñara, de forma básica, en el original artículo 73 de la LOU, las funciones propias del PAS a quienes se les atribuyen los servicios la gestión técnica, económica y administrativa, así como el apoyo, asesoramiento y asistencia en el desarrollo de las funciones de la universidad, y que se desarrollarían más adelante al albur de la posterior reforma de la Ley en 2007. Esta reforma atribuye como funciones propias del personal de administración y servicios de las Universidades públicas, el apoyo, asistencia y asesoramiento a las autoridades académicas, el ejercicio de la gestión y administración, particularmente en las áreas de recursos humanos, organización administrativa, asuntos económicos, informática, archivos, bibliotecas, información, servicios generales, así como cualesquiera otros procesos de gestión administrativa y de soporte que se considere necesario para la Universidad en el cumplimiento de sus objetivos⁶¹. Esta disposición viene a deslindar de forma básica los “roles” que han de desempeñar los dos grupos de funcionarios en la Administración universitaria, el PAS funcionario y el personal docente e investigador funcionario.

a) *Composición del PAS funcionario*

Precisamente la Ley orgánica define las características básicas de su régimen estatutario que pasa por atribuir directamente a las universidades las facultades de creación de escalas de “funcionarios propios”⁶², de acuerdo con los grupos de titulación exigidos de conformidad con la legislación general de la función pública⁶³. Disposición en la que se basan los Estatutos universitarios para la creación, y, por tanto, también a su modificación y supresión, de las Escalas de sus funcionarios tanto en su número, como en tipos y especialidades, algo que tan sólo está reservado a una ley⁶⁴. La

⁶⁰ STC 140/1990, de 20 de septiembre. Conflicto positivo de competencia núm. 192/85

⁶¹ Se trata del número 2 del artículo 73, añadido por el apartado setenta y seis del artículo único de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades

⁶² El término empleado por la Ley en el art. 75.1 no es muy afortunado al señalar “escalas de personal propio”.

⁶³ El texto finalmente no incorporó una enmienda del grupo socialista que hubiera sido clarificadora en relación con el sistema de fuentes: “de conformidad con la legislación básica de funcionarios y la correspondiente de la Comunidad Autónoma”

⁶⁴ En efecto así lo establece el art. 75.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que a su vez recoge los pronunciamientos al respecto del Tribunal Constitucional.

cuestión que se suscita aquí es si hay una predeterminación legislativa suficiente⁶⁵ para que los Estatutos de las Universidades –normas reglamentarias, aunque reglamentos autónomos– puedan contener dicha regulación o bien hubiera sido necesaria una intervención legislativa sobre esta cuestión. El Tribunal Constitucional señala que “medidas de esta intensidad, unificación y extinción, sobre Cuerpos y Escalas requieren, para su posible adopción por el Gobierno, **de una predeterminación legislativa suficiente** por medio de la cual se evite que resida en el Gobierno mismo, sin límites o con límites imprecisos, una potestad incondicionada para alterar la estructura en Cuerpos y Escalas de la Administración Pública⁶⁶”. Téngase en cuenta que, como hemos expuesto más arriba, la Ley 30/1984 de 2 de agosto, intervino unificando las diversas escalas de las Universidades públicas. No creemos que la LOU sea “predeterminación legislativa suficiente” para que los Estatutos universitarios puedan crear, modificar o suprimir Escalas propias de funcionarios. En primer término, porque la legislación básica de funcionarios así lo establece de forma clara y manifiesta⁶⁷. En segundo término, porque las facultades dimanantes de la autonomía universitaria se refieren directamente a las facultades de selección, formación y promoción pero no en cuanto a su estructuración y el contenido de la relación estatutaria, la cual “hace referencia a aquellas situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo de régimen estatutario de los funcionarios, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin las cuales no sería reconocible ese estatuto⁶⁸”, exigiéndose para ello de regulación legal. Tampoco la facultad de regular sus propias normas de organización y funcionamiento, como contenido propio de la autonomía universitaria, son elementos determinantes para considerarlas como normas habilitantes para la creación de Escalas de funcionarios. En tercer lugar, la doctrina del Tribunal Constitucional es clara, al respecto, al señalar que “las normas que disciplinen estos ámbitos –[la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales]– serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre estos y las administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la administración⁶⁹”. En cuarto término, la LOU no parece cerrar el sistema normativo en esta materia concreta ya que cabría la colabo-

⁶⁵ STC 99/1987, de 11 de junio, recurso de inconstitucionalidad núm. 763/84. FJ 3°.

⁶⁶ STC 99/1987, de 11 de junio, recurso de inconstitucionalidad núm. 763/84. FJ 3°

⁶⁷ “Los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, modifican y suprimen por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”. Es más “Cuando en esta Ley se hace referencia a cuerpos y escalas se entenderá comprendida igualmente cualquier otra agrupación de funcionarios” Art. 75.2 y 3 del EBEP.

⁶⁸ STC 140/1990, de 20 de septiembre. Conflicto positivo de competencia núm. 192/85.

⁶⁹ STC 99/1987, de 11 de junio, recurso de inconstitucionalidad núm. 763/84.

ración legislativa y reglamentaria de ella misma pero como disposiciones de desarrollo de la misma. De esta manera, no creemos que los Estatutos universitarios pudieran estar incluidos dentro de este grupo normativo dado su carácter de reglamentos autónomos cuyo límite vendría dado precisamente por el carácter legislativo que se otorga a la creación, integración o desaparición de las escalas de funcionarios. Es además significativo que la Ley no se remita a los Estatutos para regular la creación de escalas de personal propio, cuando sí lo hace en otros aspectos del estatuto de PAS funcionario, razón por la que fuera previsible desde la visión del legislador “universitario” una intervención legislativa al respecto, bien desde la LOU como norma cabcera, bien desde la legislación general de función pública.

De igual forma, la Ley orgánica también establece que la prestación de los servicios atribuidos al PAS, lo sean además de los funcionarios propios, por el personal funcionario perteneciente a los cuerpos y escalas de otras Administraciones públicas (incluyendo dentro de esta concepto también a otras universidades públicas), lo cual significa que los instrumentos de ordenación del personal, las relaciones de puestos de trabajo, deben contemplar esta posibilidad, de tal manera que dichos puestos de trabajo no queden limitados al personal funcionario de las Escalas de cada universidad⁷⁰. De igual forma, *ex lege*, corresponde a las Universidades determinar su régimen retributivo, con la limitación cuantitativa máxima que determine la Comunidad Autónoma, que es la Administración a la que están vinculadas⁷¹, régimen que se ha de plasmar en los presupuestos de las mismas universidades para los que gozan de autonomía económica y financiera, si bien el propio contenido del mismo, debe situarse en el marco de las bases que dicte el Estado⁷², a quien compete la promulgación de una disposición normativa específica estatal sobre esta materia. De ahí que el régimen retributivo del PAS funcionario corresponda de forma prioritaria al Estado en primer término y las Universidades, en segundo lugar, con la salvedad de sus límites cuantitativos máximos, y de conjunto, que corresponde a las CC.AA. Sin embargo, la reforma de 2007 de la LOU, introdujo, dentro de esta cuestión retributiva y de forma indirecta, a las CC.AA al señalar que, en concurrencia con el Gobierno, las Comunidades Autónomas podrían establecer programas de incentivos ligados a méritos

⁷⁰ Art. 73.1 de la LOU.

⁷¹ Normalmente las Administraciones autonómicas hacen referencia a este aspecto en las leyes anuales de presupuestos por partida doble, en primer término al incluirlas dentro de su sector público y, en segundo lugar, por dedicar un apartado específico al régimen retributivo general a las universidades públicas (vid. por ejemplo los art. 21.1 c) y el art. 32 de la Ley 3/2014, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2015).

⁷² Art. 74.2 de la LOU

individuales para el PAS, vinculados a su contribución en la mejora de la investigación y la transferencia de conocimiento⁷³. Esta reforma no altera sustancialmente el régimen retributivo general del PAS funcionario de las Universidades públicas que corresponde de forma sustancial al Gobierno central por lo que el Real Decreto 1545/1987, de 11 de diciembre, por el que se establecía el régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración y Servicios de las Universidades de competencia de la Administración del Estado, siga en vigor, a pesar de las adaptaciones a la realidad en algunas de sus cláusulas. Al señalar que las facultades de selección del PAS funcionario corresponden a las Universidades, la Ley explicita una facultad directamente incardinada en la autonomía universitaria⁷⁴, de ahí que estas materias constituyan uno de los núcleos esenciales del estatuto específico del PAS funcionario y se anteponga a cualquier sistema de fuentes diseñado por la ley. El modo y el quantum corresponde a la Universidad que debe observar, no obstante, lo que establezcan las leyes y los Estatutos que le sean de aplicación, atendiendo a los principios de igualdad, mérito y capacidad. De ahí el tenor literal de este último inciso del art.75.2, que constituye a los Estatutos como la fuente de segundo orden respecto a la Ley (las leyes y los Estatutos dice textualmente), tampoco sea muy significativo ya que bajo el término “las leyes” nuevamente nos remite al sistema de fuentes, a su vez diseñado por el art. 73.3 que viene a ser como el sistema general de fuentes aplicativo para el Estatuto del PAS funcionario. Por tanto, dentro del término “las leyes” hemos de entender incluidas la propia Ley orgánica, y sus disposiciones de desarrollo, junto a la legislación general de funcionarios.

b) Movilidad y carrera administrativa del PAS funcionario

La Ley Orgánica se preocupa en diseñar la provisión de puestos del PAS funcionario de las universidades –aunque con cierta imprecisión técnica– que se realizará, según dice, por el sistema de concursos, a los que podrán concurrir tanto el personal propio de aquéllas como el personal de otras universidades. Es ciertamente un aspecto en “*la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades*”, inciso este que es incardinado dentro de las atribuciones propias de la autonomía universitaria. El personal perteneciente a cuerpos y escalas de las Administraciones pú-

⁷³ El contenido se corresponde con el número 3 del artículo 74, introducido por el apartado setenta y siete del artículo único de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades

⁷⁴ El art. 2.2 e) de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades, señala que uno de los contenidos de la autonomía universitaria es “*La selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades*”. Lo cual supone un reforzamiento con el carácter orgánica de este precepto.

blicas pueden concurrir en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Regulación que se completa con el establecimiento de que sólo podrán cubrirse por el sistema de libre designación⁷⁵ aquellos puestos que se determinen por las universidades atendiendo a la naturaleza de sus funciones, y de conformidad con la normativa general de la función pública. Para este caso se antepondrían las normas que al respecto puedan dictarse al respecto desde las propias universidades con el único condicionante, entendemos, de la legislación básica.

Sobre la movilidad del PAS funcionario, el art. 76 bis de la LOU, añadido por la reforma de 2007, realiza un mandato a las universidades sumamente interesante, y es que debían promover las condiciones para que el personal de administración y servicios pueda desempeñar sus funciones en universidades distintas de la de origen. Lo cual viene a incidir en diseños de políticas de movilidad y de carrera interadministrativa para el PAS funcionario de otras universidades públicas a los que se considera naturalmente como los destinatarios ideales para el desempeño del puesto de trabajo por la similitud de funciones. Quizás no estuviera muy lejano en la mente del legislador, el reflejo hacia el PAS funcionario, del carácter de «comunicables» entre las diferentes Universidades, (carácter interuniversitario) que reflejara en su día el Tribunal constitucional para los Cuerpos docentes⁷⁶. Sea como fuere, los estatutos de las universidades son los facultados por la Ley para establecer las normas que diseñen la provisión de puestos que pueden contemplar también los convenios entre las Universidades o con otras Administraciones públicas que garanticen el derecho a la movilidad de su respectivo personal bajo el principio de reciprocidad⁷⁷. Es más, la Ley considera indispensable la movilidad interadministrativa /interuniversitaria del PAS funcionario, en sus realidades diversas⁷⁸. Lo cual, significa que los instrumentos

⁷⁵ Téngase en cuenta que “*En el procedimiento de libre designación rigen también los principios de mérito y capacidad, pero, a diferencia del concurso, en que están tasados o predeterminados los que ha decidir el nombramiento, la Administración tiene reconocida una amplia libertad para decidir, a la vista de las singulares circunstancias existentes en el puesto de cuya provisión se trate, cuáles son los hechos y condiciones que, desde la perspectiva de los intereses generales, resultan más idóneos o convenientes para el mejor desempeño del puesto*”. STS, contencioso sección 7, de 3 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8373/2012) N° de Recurso: 339/2012 |Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS

⁷⁶STC 26/1987, de 27 de febrero. Recurso de inconstitucionalidad núm. 794/83, FJ 3°. En este mismo sentido la STC 146/1989, de 21 de septiembre, Conflicto positivo de competencia núm. 195/85.

⁷⁷ Esta posibilidad, mejor mandato, se introdujo en la reforma de la Ley en 2007, redactado por el apartado setenta y ocho del artículo único de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades

⁷⁸ Los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid van más allá al incluir a la Unión Europea, en la movilidad voluntaria de su respectivo personal, bajo el principio de reciprocidad (art. 123).

básicos de ordenación del personal y de organización administrativa, las relaciones de puestos de trabajo⁷⁹, han de concretar dicho mandato. En efecto, son éstas las que deben reflejar la diversidad de funcionarios que puedan prestar servicio dentro de cada administración universitaria. No ha de olvidarse que, precisamente, son las que deben establecer los requisitos de desempeño de los puestos de trabajo, por lo que, de sus cláusulas, penden la realidad o no de la movilidad interuniversitaria de los distintos funcionarios del PAS. De ahí que algunos Estatutos universitarios hayan establecido, la relación de puestos de trabajo (RPT), como disposición⁸⁰ que debe incluir necesariamente la forma de provisión, la denominación y características del puesto de trabajo, funciones, grado de responsabilidad y dedicación, turno, retribuciones básicas y complementarias correspondientes, así como la indicación de su desempeño por personal funcionario o laboral, atendiendo a la naturaleza del mismo⁸¹. Incluso se realizan previsiones de su revisión, en algunos casos, con carácter anual, y la posibilidad de negociación con los órganos de representación del personal⁸². Este hecho hoy en día goza del reconocimiento legislativo a través del art. 37 del EBEP y de

⁷⁹ A este respecto téngase en cuenta nuestro artículo sobre la incidencia real que tienen las RPTs en la movilidad de los funcionarios: “*Elementos necesarios o estructurales de las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario en el Estado y los municipios desde las normas y la jurisprudencia*” Revista Vasca de Administración Pública. Rev. N° 99/100 de 2014; y el artículo “*Régimen jurídico básico de las relaciones de puestos de trabajo y estatuto de los funcionarios locales*” Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica. INAP, n° 3. Enero-junio 2015

⁸⁰ La STS, contencioso sección 7, de 5 de febrero de 2014 (ROJ: STS 902/2014) N° de Recurso: 2986/2012 | Ponente: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS, ha supuesto un cambio significativo en la doctrina casacional respecto a las RPT, las cuales han sido calificadas a todos los efectos como actos administrativos condición.

⁸¹ Es el caso por ejemplo del art. 115.3 de los Estatutos de la Universidad de Sevilla, aprobados por Decreto 324/2003, de 25 de noviembre.; o el art. 93 del Decreto 214/2003, de 16 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Autónoma de Madrid; o el art. 154 del Decreto 237/2003, de 8 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Autónoma de Barcelona; o el art. 41.2 del Decreto 14/2014, de 30 de enero, por el que se aprueban los estatutos de la Universidad de Santiago de Compostela

⁸² “*hemos de tener presente que, sobre la cuestión de fondo planteada por la Comunidad Autónoma de La Rioja, la jurisprudencia sostiene que, ciertamente, las relaciones de puestos de trabajo deben ser objeto de negociación colectiva*” STS, contencioso sección 7, del 8 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5599/2013) N° de Recurso: 3105/2012 | Ponente: PABLO MARÍA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. Sentencia que a su vez se hace eco de una frondosísima jurisprudencia al respecto: “*la sentencia de 21 de junio de 2013 (casación 926/2012) dice al respecto: “Esta Sala se ha pronunciado de forma reiterada sobre la cuestión planteada en el actual recurso de casación poniendo de manifiesto la necesidad de posibilitar una auténtica negociación sobre las Relaciones de Puestos de Trabajo de los funcionarios públicos. Entre las más recientes las sentencias de 26 de septiembre de 2011 (rec. num. 1546/2008); 6 de julio de 2011 (rec. num. 2580/2009); 21 de junio de 2011 (rec. num. 4175/2009); 18 de marzo de 2011 (rec. num.*

una línea jurisprudencial muy amplia, tal y como hemos señalado en la nota anterior, si bien con el límite de las potestades de organización que este mismo artículo señala⁸³. Es más, las RPT son una manifestación especial de la autonomía universitaria⁸⁴. Por tanto, los sistemas de provisión de puestos de trabajo en las Administraciones universitarias están directamente ligadas al estatuto específico del PAS funcionario porque son una manifestación de su autonomía, y el sistema de fuentes pasa por contemplar en primer término su especificidad, de tal manera que desde la LOU se realiza un remisión directa a los Estatutos de las Universidades como primera fuente ordenadora que, no obstante, deben contemplar la normativa básica general de los funcionarios públicos. Otro tanto podemos decir respecto del perfeccionamiento y promoción profesional del PAS funcionario, también contemplado en el art. 2.2 e) de la LOU, y, por tanto, directamente vinculados con la autonomía universitaria. Todo lo cual supone que las Universidades han de ocuparse, con preferencia a cualquier otra Administración, de los sistemas de carrera administrativa, la formación continua y evaluación de dichos funcionarios. En efecto, la reforma de 2007, de la LOU, incluyó un nuevo artículo⁸⁵ con estas disposiciones, de tal manera que la formación permanente del personal de administración y servicios, y el fomento de programas que aumenten sus habilidades y competencias profesionales son una obligación para las Universidades. Aquí debe advertirse que la Ley no ha hecho sino reconocer una realidad plasmada en numerosos Estatutos universitarios⁸⁶ con carácter previo y que, incluso en algunos casos, han ido más allá al contemplar, por ejem-

6325/2008); 7 de noviembre de 2011 (rec. num. 4637/2010); 2 de diciembre de 2010 (rec. num. 4775/2009); y 19 de julio de 2010 (rec. num. 3157/2009)“. Y recoge de la anterior sentencia de 26 de septiembre de 2011 (casación 1546/2008)”

⁸³ “Este precepto permite deducir que, en lo que hace a las decisiones sobre el ejercicio de la potestad de organización, se establece para ellas como norma inicial la exclusión de la obligatoriedad de la negociación; y una salvedad a tal norma, que está referida a las decisiones organizativas que repercutan en las condiciones de trabajo que conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del propio artículo son negociables, y significa que deberán negociarse exclusivamente estas condiciones. Siendo la consecuencia que se deriva de lo anterior que no basta para que opere la mencionada salvedad que la disposición organizativa afecte a los puestos de trabajo, pues debe subrayarse que la estructura que se da a la Consejería es un acto condición de otros sucesivos que deberán adaptarse necesariamente al Reglamento organizativo”. STS, contencioso sección 7 de 29 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2399/2015) N° de Recurso: 648/2014 | Ponente: JOSÉ DÍAZ DELGADO.

⁸⁴ Art. 2.2. i) de la LOU

⁸⁵ Artículo 76 bis introducido por el apartado setenta y ocho del artículo único de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica. 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades

⁸⁶ Así por ejemplo el art. 137 de los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid, aprobados mediante Decreto 58/2003, de 8 de mayo, o

plo, que los conocimientos adquiridos sean valorados a los efectos del acceso a puestos, categorías o escalas de nivel superior⁸⁷.

c) Participación institucional del PAS funcionario

Señalaba el Tribunal Constitucional que la autonomía universitaria “*se proyecta internamente, y ello aun con ciertos límites, en la autoorganización de los medios de que dispongan las Universidades para cumplir y desarrollar las funciones que, al servicio de la sociedad, les han sido asignadas*”⁸⁸, de ahí que la LOU asegure la participación del personal de administración y servicios en los órganos de gobierno y representación de las Universidades, para la cual se establece, de manera exclusiva, como sistema de fuentes la propia Ley orgánica y los Estatutos. Quizás el artículo responda a la monopolización que el apartado 4 del art. 2 de la Ley hace de la autonomía universitaria en su proyección sobre dos sectores de la Comunidad universitaria, los docentes e investigadores y los estudiantes, al señalar la doctrina del Tribunal Constitucional que la autonomía universitaria “*encuentra su razón de ser en la protección de la libertad académica, en su manifestación de libertad de enseñanza, estudio e investigación, frente a todo tipo de injerencias externas, de manera que, en todo caso, la libertad de ciencia quede garantizada, tanto en su vertiente individual como institucional, entendida ésta, además, como la correspondiente a cada Universidad en particular*”⁸⁹; y, en especial, al último inciso del mismo, en el que se hace alusión a que las Universidades han de rendir cuentas del uso de sus medios y recursos a la sociedad. Téngase en cuenta que corresponde al PAS funcionario la gestión técnica, económica y administrativa, así como el apoyo, asesoramiento y asistencia en el desarrollo de las funciones de la universidad, el soporte a la investigación y la transferencia de tecnología y a cualesquiera otros procesos de gestión administrativa necesarios para que la universidad en el cumplimiento de sus objetivos⁹⁰. Funciones que se proyectan “*ad intra*” mediante la asistencia y apoyo directo a los restantes estamentos universitarios y “*ad extra*” en cuanto que son los encargados de efectivamente autenticar ante la sociedad que los medios económicos y materiales puestos a disposición de la universi-

⁸⁷ Art. 119 del Decreto 324/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Universidad de Sevilla.

⁸⁸ STC 106/1990, de 6 de junio. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 1976, 2176, 2442, 2491, 2492, 2535 y 2593/89 y 251 y 439/90.

⁸⁹ STC 223/2012, de 29 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad núm. 1671/2002. La cual hace un resumen de la doctrina reflejadas en otras sentencias: STC 106/1990, de 6 de junio, FJ 6, que resume la jurisprudencia anterior: SSTC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 55/1989, de 14 de marzo, FJ 2.

⁹⁰ Art. 73.2 de la LOU.

dad cumplen con las funciones que la sociedad exige de las Universidades y que cabalmente se señalan en el apartado segundo del art. 1º de la LOU⁹¹. De ahí que sea especialmente importante su participación en los órganos institucionales de la Universidad porque la autonomía universitaria se predica también en su vertiente colectiva o institucional⁹² en cuanto que la comunidad universitaria es una realidad multi-forme compuesta de tres estamentos: personal docente e investigador, el alumnado y el personal de administración y servicios.

En líneas generales, los Estatutos y otras disposiciones de desarrollo de las Universidades públicas han asumido el plan normativo que la Ley pretendía. Así, por ejemplo, y entre otros muchos, los Estatutos de la Universidad Autónoma de Madrid proclaman como derecho del PAS la participación en los órganos de gobierno, de representación y de administración⁹³. Derecho que se traduce en un porcentaje correspondiente de presencia en los distintos órganos de gobierno: Consejo Social, Claustro, Consejo de Gobierno, Juntas de Facultad, Consejos de Departamento al modo y semejanza a los otros dos sectores. Esta peculiaridad propia de la Universidad –su carácter netamente corporativo– hace que el sistema de fuentes, respecto de esta participación, se cierre en este grupo normativo de origen exclusivo en la legislación sectorial universitaria y desde la propia capacidad normativa de la institución, de tal manera que sólo cabría el régimen de supletoriedad establecido por la propia normativa de las Universidades públicas⁹⁴. Es más, “*los Estatutos de cada Universidad,*

⁹¹ “*Las exigencias del servicio público (es un) como límite a las facultades que conforman el núcleo esencial de la autonomía universitaria se desprende de la concreta dicción de la citada STC 156/1994 (...) porque la condición de servicio público de la enseñanza universitaria justifica ciertas restricciones legales en los ámbitos que conforman el núcleo esencial de la autonomía universitaria*” STC 87/2014, de 29 de mayo, Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2854/2013.

⁹² STC 26/1987, de 27 de febrero de 1987. Recurso de inconstitucionalidad núm. 794/83.

⁹³ Art. 98 c) del Decreto 214/2003, de 16 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Autónoma de Madrid. También en el art. 163.2 a) del Decreto 246/2003, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Universidad de Barcelona, o el art. 109 b) del Decreto 324/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Universidad de Sevilla, o también el art. 180.1 e) del Decreto 128/2004, de 30 de julio, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Valencia (Estudio General)...entre otros muchos.

⁹⁴ Así, por ejemplo, la Disposición Adicional 2ª del Reglamento Electoral de la Universidad de Salamanca (Aprobado en la sesión del Claustro Universitario celebrada el día 14 de mayo de 2013) “Se entenderán como normativas supletorias a este Reglamento, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. También, en este mismo sentido la Disposición adicional 3ª del Reglamento Electoral de la Universidad Politécnica de Madrid, aprobado por el Claustro Universitario de en su Sesión del 11 de diciem-

ante la falta de una regulación expresa en la normativa estatal, son los que deben establecer el procedimiento electoral respetando el marco legal⁹⁵”.

El PAS funcionario, pues, forma parte de la comunidad universitaria de tal manera que ayuda a delimitar sus intereses, como expresión de su propia autonomía, por la participación en dichos órganos de gobierno. De ahí que, como se afirmaba en el ATC 19/2012, de 30 de enero de 2012, la Comunidad universitaria sea considerada como un “cuerpo vivo”.

2. “...Se regirá además por la legislación general de funcionarios, que le sea de aplicación y, en su caso por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas...”

La única diferencia –aunque sustancial– con el tenor literal del art. 49.3 de la LRU de 1983 es que aquélla establecía, la aplicación al PAS funcionario, de “*la legislación de funcionarios que le sea de aplicación*”. Lo cual venía a significar que, en contraposición con el siguiente escalón del sistema de fuentes, el de las CC.AA, le era aplicable toda la legislación de función pública de la AGE, básica o no, con las únicas salvedades comentadas en el punto anterior. De ahí que un conjunto notable de normas legales y reglamentarias del régimen estatutario de los funcionarios de la AGE, les fuese de aplicación directa, no supletoria, (*vid. punto 3 “ut supra”*) y que, como ya expresamos, fuese objeto de inclusión el PAS funcionario en las mismas de manera expresa o tácita –las más de las veces–. Naturalmente que esta circunstancia hacía más que suficiente que el PAS funcionario pudiera estar adscrito dentro del ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 agosto, ya que su estatuto específico venía a estar constituido por la LRU, y sus disposiciones estatales de desarrollo, la Ley 30/1984, de 2 de agosto y sus disposiciones de desarrollo. Todo un grupo normativo de procedencia genuinamente estatal generador de un estatuto específico, a pesar haberse materializado el proceso de transferencias de las Universidades, en un primer período 1985-1986 y, en un segundo, 1995-1996, cuyos procesos se demostraron con una influencia material y administrativa, sobre el PAS funcionario, de facto, escasa. La cuestión a dilucidar es: hasta dónde podría entrar la legislación autonómica de desarrollo sobre funcionarios, formalmente no transferidos, y a los que les es

bre de 2014 y el art. 2 del Reglamento Electoral General de la Universidad de Granada aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión de 20 de febrero de 2012.

⁹⁵ STS, contencioso sección 7, de 30 de junio de 1998 (ROJ: STS 8666/1998) N° de Recurso: 6449/1995 | Ponente: GUSTAVO LESCURE MARTIN

de aplicación la legislación estatal antedicha. Ya vimos cómo la legislación autonómica sobre función pública apenas incluyó dentro de su ámbito de aplicación, por lo que el “tramo” autonómico del estatuto del PAS funcionario no se demostró muy significativo. El PAS funcionario, pues, seguía teniendo un sistema normativo ampliamente incardinado en la función pública estatal.

La cuestión, entendemos, sufre una ligera transformación con la LOU de 2001. En efecto, en primer término, el art. 73 de la reforma presentada, fue enmendado en el Congreso⁹⁶, sin éxito, pretendiéndose que la redacción del art. 49.3 de la LRU permaneciera en el texto, pero finalmente se mantuvo la redacción del proyecto de Ley que, finalmente, quedaría en su redacción definitiva actual. De esta manera, el siguiente escalón normativo estaría constituido por la “*legislación general de funcionarios, que le sea de aplicación*”. El término “*legislación general*” parece hacer referencia a la legislación básica de función pública aunque tampoco podemos establecer una relación mimética con ésta⁹⁷, si bien con el límite de la “*que le sea de aplicación*”. Si tenemos en cuenta lo establecido por el art. 2 del Estatuto Básico del Empleado Público (desde ahora EBEP) que dispone su completa aplicación al PAS funcionario de las Universidades⁹⁸, hemos de entender que esta aplicación se ve limitada por las limitaciones impuestas precisamente por la propia LOU, la legislación universitaria de desarrollo de ésta y por los propios Estatutos de las Universidades, según explicaremos. De esta manera, el EBEP debió matizar su aplicabilidad al PAS funcionario de las Universidades en la medida en que su legislación peculiar —enmarcada dentro de una Ley Orgánica— no dispusiera otra cosa. Hubiera sido, pues, mucho más correcto para el PAS funcionario un texto cercano al que se prevé en el punto 3º de dicho artículo del EBEP⁹⁹ y que se manejó en algún proyecto de Ley del EBEP anterior al

⁹⁶ Fue la enmienda nº 573 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

⁹⁷ La STC 141/2013, de 11 de julio, Recurso inconstitucionalidad núm. 1735/2002, señalaba que “*Nada impide entender que una eventual regulación Navarra sobre el régimen estatutario del personal de administración y servicios será una “Disposición de desarrollo” de la “legislación general de funcionarios” en el sentido del art. 73.3, de aplicación preferente en Navarra siempre que respete los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios públicos establecidos por la legislación básica del Estado. A la luz del art. 73.3 LOU deben entenderse igualmente las referencias más sintéticas que se contienen en los arts. 75.1 y 76.1 LOU a la “legislación general” o a la “normativa general” de la función pública*”. La cuestión viene dada porque la Comunidad Foral de Navarra entendía que el artículo 73.3 LOU alteraba sus competencias sobre función pública y que debían ser interpretada la cláusula “*legislación general de funcionarios*” sobre sus propias disposiciones de función pública basándose en el régimen peculiar de su Estatuto de autonomía respecto de esta materia que otorga un carácter y alcance reforzado respecto a otras Comunidades Autónomas (art. 49 LORAFNA).

⁹⁸ Art. 2.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

⁹⁹ La redacción de dicho apartado es “*El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respecti-*

finalmente presentado¹⁰⁰. E, incluso, la fórmula expresada por el EBEP en relación con las policías locales ofrece similitudes innegables, en su sistema de fuentes, con el PAS funcionario de las universidades públicas¹⁰¹.

Por su parte la legislación básica estatal puede verse completada “*en su caso por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas*”. Remisión que no altera el tenor literal del art. 49. 3 de la LRU. Este escalón estaría llamado a realizar el denominado, por CASTILLO BLANCO, como el proceso de “interiorización autonómica del personal de administración y servicios¹⁰²”. A pesar de esta posibilidad, el resultado de regulación estatutaria del PAS funcionario por parte de la legislación autonómica de función pública, según hemos podido comprobar más arriba, ha sido más bien escaso aunque con mayor incidencia desde la promulgación de la LOU en 2001.

Pero es que la propia ley sigue matizando las facultades legislativas de las CCAA como si realmente no fuera esencial para configurar el estatuto del PAS funcionario de las Universidades públicas. En efecto, el término “en su caso” parece advertir que la acción normativa autonómica sobre el PAS funcionario estaría limitada, en primer lugar, por la legislación sectorial universitaria que se hubiere dictado, la cual tan sólo estaría limitada por la legislación básica de función pública estatal, y los propios Estatutos universitarios como referentes del ejercicio de la autonomía universitaria. De esta manera, la legislación autonómica sólo sería aplicable, en realidad, en última instancia de las anteriores, ya que en muchos de los apartados del régimen de derechos y deberes funcionariales, tal y como hemos señalado más arriba, se anteponen los Estatutos universitarios a la legislación autonómica de función pública.

Pero aún hay más ¿podríamos señalar que dentro de la expresión “en su caso” se incluiría propiamente la legislación de funcionarios dictada por la AGE en desa-

vas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84”

¹⁰⁰ En el proyecto se incluía” al PAS, junto al PDI como objeto de legislación específica dentro texto articulado para luego enviarlo a una disposición adicional 6ª, en la que se decía: “*El personal de Administración y Servicios de las Universidades se regirá por la presente Ley, por las normas de desarrollo dictadas por las correspondientes Administraciones Públicas y por los Estatutos de su Universidad*”

¹⁰¹ En efecto el art. 3.2 establece: “*Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*”

¹⁰² CASTILLO Blanco, Federico “*op. cit.*” Pág. 347.

rrollo del EBEP como un plus a las anteriores limitaciones? Creemos que sí. En primer término porque, por ejemplo, para el caso de provisión de puestos de trabajo mediante libre designación, se acude en la LOU a expresiones tales como “la normativa general de la función pública” a la hora de determinar el sistema de aplicación particular, o para el caso del personal perteneciente a cuerpos y escalas de otras Administraciones públicas, para prestar servicio en la Universidades públicas, podrá concurrir en las condiciones que “reglamentariamente se determinen”. Cuál sea esa reglamentación es evidente que podría ser determinada por la propia AGE dado que puede afectar a cuerpos y escalas propias o de las Administraciones locales, incluso puede hacer referencia a Reglamentos de desarrollo de los propios Estatutos universitarios¹⁰³. La cuestión fundamental es que el PAS funcionario no es propiamente personal funcionario de las CCAA, como tampoco lo es el Personal docente e investigador funcionario de las Universidades públicas¹⁰⁴ para el que curiosamente la LOU establece un sistema normativo en el que las CCAA tienen ciertas facultades normativas, en este caso incluso anteriores a la propia legislación básica estatal. En efecto, en su art. 56.2, cuya redacción se reformó en 2007, se dice expresamente que “*El profesorado funcionario se regirá por las bases establecidas en esta Ley y en su desarrollo, por las disposiciones que, en virtud de sus competencias, dicten las Comunidades Autónomas, por la legislación general de funcionarios que les sea de aplicación y por los estatutos*”. De ahí que toda disposición autonómica sobre la función pública universitaria pase más bien por la coordinación y la base común de determinados aspectos de la prestación del servicio del PAS funcionario de las universidades de su ámbito territorial¹⁰⁵ y por el régimen de supletoriedad sobre las restantes normas de función pública¹⁰⁶.

¹⁰³ Así, por ejemplo, la Resolución Rectoral de 1 de abril de 2014 por la que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo del personal de Administración y servicios funcionario de la Universidad de Sevilla.

¹⁰⁴ El Cuerpo de Catedráticos de Universidad, de Profesores Titulares de Universidad y de Titulares de Escuela universitaria “a extinguir” son Cuerpos especiales (según la denominación del art. 24 de la LFCE), adscritos al Ministerio de Educación y Ciencia.

¹⁰⁵ Un buen exponente de lo que expresamos, por ejemplo es el “*II Acuerdo sobre las condiciones de trabajo del personal de administración y servicios funcionario de las Universidades públicas de Madrid*”.

(BOCM 21 de Julio de 2005)

¹⁰⁶ Buena prueba de esto es la Resolución administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid que ahora transcribimos: “*Resolución de 22 de junio de 2015, del Rector, por la que se publica la modificación parcial de puestos de trabajo del personal de administración y servicios funcionario de esta Universidad. Aprobada la modificación parcial de la relación de puestos de trabajo del personal funcionario de administración y servicios de esta Universidad por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de junio de 2015, y a efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 15.3 de*

De hecho, algunas leyes de función pública autonómicas –las pocas que en la actualidad se refieren al PAS funcionario de las universidades públicas– matizan su aplicación directa con formulas del siguiente tenor: “*el personal funcionario de administración y servicios de las universidades públicas gallegas se rige por la presente ley en todo lo que no esté expresamente regulado por la ley orgánica de universidades y sus disposiciones de desarrollo*”¹⁰⁷; o con una formula de extraordinaria simpleza: “*la presente Ley se aplica también al personal de las universidades, respetando la autonomía universitaria*”¹⁰⁸. Incluso se llega a distinguir entre el término “*regirse*”, como fórmula de “guía o de gobierno” del sistema de fuentes aplicable al estatuto del PAS funcionario, del término “*es aplicable*”, no sabemos muy bien si con la intención de referirse a un caso particular el general aplicable para el conjunto de funcionarios autonómicos, algo que es absurdo, por cuanto que el sistema de fuentes definido por una ley cabecera, no admite alteraciones por la propia norma sectorial encargada de singularizarlo o bien para precisarlo. Algo tan sencillo como que una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo¹⁰⁹. Más bien entendemos que en este último caso el legislador autonómico podía referirse con la fórmula “*es aplicable*” a una especie de régimen de supletoriedad de la normativa autonómica de función pública, sobre las disposiciones específicas y particulares aplicables al PAS funcionario. Lo cual viene a reafirmarnos en el carácter supletorio de la legislación de función pública de las CCAA respecto del estatuto del PAS funcionario de las universidades públicas.

la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, y en el artículo 74 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, así como a lo establecido en los artículos 4.e) y 29.c) de los Estatutos de la Universidad, aprobados por Decreto 214/2003, de 16 de octubre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 29 de octubre), modificados por Decreto 94/2009, de 5 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 4 de diciembre), y de conformidad con lo previsto en el artículo 2, párrafo 2.i), de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, esta Gerencia, en uso de las atribuciones que en materia de personal tiene delegadas por Resolución Rectoral de 10 de abril de 2015 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 17 de abril de 2015).”

¹⁰⁷ Art. 8, de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia.

¹⁰⁸ Art. 2.2 b) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública. Disposición que parece contradecirse con el art. 74.1 de la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de universidades de Cataluña, al señalar que “*El personal funcionario de administración y servicios de las universidades públicas se rige por la presente Ley, sin perjuicio de las bases estatales establecidas por la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, por la normativa dictada en su desarrollo y por los estatutos u otra normativa interna de las universidades. El personal laboral de administración y servicios se rige, además, por la legislación laboral y por los convenios colectivos que le sean aplicables*”. Lo cual nos lleva a pensar en una derogación tácita de aquella disposición.

¹⁰⁹ He aquí el fruto de nuestra perplejidad recogido por el apartado 2º del artículo citado en nues-

3. “...y por los Estatutos de su Universidad.” ¿Podrían constituir éstos formalmente el Estatuto jurídico peculiar del PAS funcionario?

Sobre la naturaleza jurídica de los Estatutos, el Tribunal Supremo siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, afirma que “*aunque tengan su norma habilitante en la Ley de Reforma Universitaria, no son en realidad normas dictadas en su desarrollo, sino reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la ley, por lo que solamente puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, siendo válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal*¹¹⁰”, de la misma forma que son la primera manifestación de la autonomía universitaria¹¹¹. De ahí que la LOU, en alguno de sus preceptos, remita directamente a los Estatutos universitarios la regulación de determinados aspectos del estatuto del PAS funcionario tales como la provisión de puestos de trabajo de la administración universitaria, la selección de este mismo, la representación y participación del PAS funcionario en los órganos de Gobierno de la Universidad o también aspectos relacionados con su régimen retributivo. Cabe, pues, una acción normativa sustancial por parte de estos dentro de los contornos de la legislación básica de función pública estatal, tal y como hemos adelantado más arriba, bajo el amparo del régimen de autonomía universitaria.

El papel, pues, de los Estatutos universitarios iría más allá del régimen de supletoriedad, teniendo un papel de complementariedad real de la normativa básica estatal tanto sectorial, es decir desde las competencias en materia de universidades, como desde las generales de función pública. Podríamos incluso afirmar que los Estatutos de las universidades podrían ser los elementos configuradores de un “estatuto” jurídico propio para el PAS funcionario de la universidad pública correspondiente,

tra nota anterior de la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de universidades de Cataluña: “*Al personal funcionario de administración y servicios de las universidades públicas de Cataluña le es aplicable la normativa de la función pública de la Administración de la Generalidad, aprobada por el Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, y, en especial, los preceptos relativos a la adquisición y la pérdida de la condición de funcionario, las condiciones y los procedimientos de acceso, la provisión y la promoción, las situaciones administrativas, los derechos, los deberes y las responsabilidades y el régimen retributivo, con las adaptaciones necesarias a las peculiaridades de organización y funcionamiento de la universidad*”.

¹¹⁰STS, contencioso sección 7, de 30 de junio de 1998 (ROJ: STS 8666/1998) N° de Recurso: 6449/1995 | Ponente: GUSTAVO LESCURE MARTIN. En este mismo sentido la STS, contencioso sección 7, de 3 de julio de 2001 (ROJ: STS 5724/2001) N° de Recurso: 6633/1995 | Ponente: JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

¹¹¹ Art. 2.2 a) de la LOU.

incardinándose directamente en la Ley orgánica de Universidades. Como quiera que la realidad normativa universitaria no ha optado por esta solución, el resultado ha sido más bien un estatuto del PAS funcionario constituido por un grupo normativo, es decir por el conjunto de todas las normas jerárquicamente ordenadas y completas, que contemplan un mismo supuesto de hecho abstracto bajo una misma ratio o finalidad. Ese “espacio normado” está integrado por una serie de disposiciones reglamentarias que van concretando el contenido de la ley formal¹¹². De ahí que podamos hablar de un grupo normativo general, en el caso del estatuto del PAS funcionario, constituido, en primer término, por la ley orgánica de universidades, la legislación y normas de desarrollo de ésta, por todo el denominado Estatuto común de los funcionarios públicos y otros subgrupos normativos, intrínsecamente unidos a aquél, constituidos por los diversos Estatutos funcionariales estatales y, en menor medida de entes territoriales. Esta fórmula estatutaria es cualquier cosa menos simple y sencilla, aunque este estatuto tendría como origen una ley especial –la LOU– con la colaboración –en este caso necesaria e imprescindible– de los estatutos universitarios que lo que crean es “*un ordenamiento específico y diferenciado, sin perjuicio de las relaciones de coordinación con otros ordenamientos en los que aquél necesariamente ha(n) de integrarse*”¹¹³.

De esta manera, los Estatutos universitarios, a pesar del sistema de fuentes establecido en el art. 73.3 de la LOU, son pieza clave dentro del Estatuto de los funcionarios del PAS de las universidades públicas aunque su grupo normativo está directamente vinculado al ámbito legislativo estatal en virtud de la propia ley orgánica.

V. CONCLUSIONES

Legislación sectorial sobre universidades, tanto la que se promulgara en 1983 como la LOU de 2001, y su reforma de 2007, no ha realizado un tratamiento suficiente del Estatuto del PAS funcionario de las Universidades públicas, no sabemos si con la intención de tan sólo señalar sus singularidades, por serles de aplicación en su integridad el Estatuto de los funcionarios de la administración territorial correspondiente –la AGE o de las CC.AA–, o bien con la idea de que fueran objeto de regulación específica en desarrollo de la LOU, o también con la idea de que los Estatutos de las universidades fueran su marco regulatorio. Lo que si parece claro es que su no

¹¹² José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra (1999) “*Principios de Derecho Administrativo F*”. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. 4ª edición. Madrid. Pág. 260.

¹¹³ STC 55/1989, de 23 de febrero de 1989. Rec. incons. n° 1342/1986.

transferencia a las CC.AA hace que estos funcionarios no se integren en las respectivas funciones públicas autonómicas, y que las referencias que la LOU realiza a la acción normativa de éstas respecto del PAS funcionario no pasaría de regular lo estrictamente necesario para posibilitar un régimen retributivo y de condiciones de prestación del servicio lo suficientemente coordinado para que no se produzcan diferencias no razonables, junto al carácter supletorio de sus normas de función pública. Pero sobre el modelo tradicional de función pública territorial ¿qué son los funcionarios del PAS de las universidades públicas: son funcionarios autonómicos, estatales o simplemente funcionarios de las Universidades?

El PAS funcionario carece formalmente de un estatuto jurídico específico de tal manera que, en realidad su normas reguladoras se contienen en un régimen estatutario heterogéneo, en los que los principios de competencia y especialidad son básicos dado que las tres administraciones implicadas –Estado, CCAA y universidades– tienen competencia normativa al respecto. Por tanto, competencia y especialidad son los principios que pueden interactuar para poder establecer una solución en el acertijo normativo propio de su Estatuto material¹¹⁴. De lo que no cabe duda alguna es que la Ley Orgánica de Universidades es la norma “cabecera” de un subsistema normativo –su estatuto– que puede contener tanto normas de desarrollo estatales de la misma ley orgánica, como normas generales de función pública directamente vinculadas al Estatuto de los funcionarios al servicio del AGE, en la medida que éstas mismas lo prevean, junto a los Estatutos de las Universidades que se añaden a las anteriores en los casos de remisión directa por parte de la LOU. La legislación autonómica sólo sería aplicable, en realidad, en última instancia de las anteriores para la materia que la propia LOU haya previsto –techo máximo de retribuciones y programas de incentivos ligados a méritos individuales vinculados a su contribución en la mejora de la investigación y la transferencia de conocimiento– y sobre aquellas materias que redunden en la coordinación de las condiciones de la prestación del servicio, junto a un régimen de supletoriedad general. Todo lo cual nos lleva a afirmar que el PAS funcionario de las universidades públicas gozaría de un Estatuto material peculiar, al modo del régimen estatutario de los funcionarios docentes, incardinado en la normativa estatal a través del art. 1.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, con

¹¹⁴ El Tribunal Constitucional se manifestaba de forma muy evidente –y plástica diríamos– respecto del Estatuto de otro grupo de funcionarios –la policías locales– con una situación jurídica análoga a la ahora tratada: “en el conjunto a veces muy complejo de remisiones en cadena y hasta de reenvíos mutuos, a su vez con salvedades o excepciones de excepciones que enturbian en alguna ocasión el entendimiento de la *voluntas legis*”. STC, constitucional pleno, de 21 de enero de 1993 (STC 25/1993). Recurso de inconstitucionalidad 1.753/1988 | Ponente: RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE.

las peculiaridades establecidas por el Título X de la Ley Orgánica de Universidades, y que les caracteriza por ser funcionarios estatales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO BLANCO, Federico (2009) “*El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades públicas*”, en la obra “Comentario a la Ley Orgánica de Universidades”. Coord. por Julio V. González García. Ed. Civitas – Thomson Reuters. Madrid
- GIL FRANCO, Agustín J. (2014) “*Elementos necesarios o estructurales de las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario en el Estado y los municipios desde las normas y la jurisprudencia*” Revista Vasca de Administración Pública. Rev. N° 99/100
- GIL FRANCO, Agustín J. (2015) “*Régimen jurídico básico de las relaciones de puestos de trabajo y estatuto de los funcionarios locales*” Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica. INAP, n° 3. Enero-junio 2015
- GÓMARA HERNÁNDEZ, José Luis (2009) “*El personal de administración y servicios de las Universidades públicas*” en la obra Comentario a la Ley Orgánica de Universidades”. Coord. por Julio V. González García. Ed. Civitas – Thomson Reuters. Madrid.
- GÓMEZ-PANTOJA CUMPLIDO, Joaquín (1999) “*El régimen de la función pública aplicable al personal de administración y servicios de las Universidades: conciliación y aplicabilidad de las disposiciones estatales, Ley de Reforma Universitaria y Estatutos universitarios*” en la obra “Las Universidades públicas y su régimen jurídico”. Ed. Lex nova. Valladolid
- TARDIO PATO, J. A. “*El derecho de las universidades públicas españolas*”. Vol. II Ed. PPU. Barcelona.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

La Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, de 19 de noviembre de 2015 sobre la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía. (y Damocles guardó la espada)

José Ortiz Mallol

Letrado de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN II. CONTEXTO JURISDCCIONAL. 1. Precedentes. 2. Secuelas de la Sentencia 236/15. III. LA SENTENCIA. 1. Motivos del recurso y posicionamiento de las partes 2. Posición del Tribunal Constitucional en relación con los distintos motivos del recurso. 3. Los votos particulares. IV. A MODO DE CODA

RESUMEN

Este comentario analiza la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015 que declara la constitucionalidad de la ley 1/2011, de Reordenación del sector público de Andalucía. La Sentencia es el punto final a un intenso debate en las diversas instancias judiciales, viniendo a confirmar la posición del Tribunal Supremo al declarar la legalidad de las diversas disposiciones dictadas a su amparo.

ABSTRACT

This commentary discusses the Constitutional Court ruling 236/2015 declaring the constitutionality of the law 1/2011 of reordering the public sector in Andalusia. Judgment is the end to an intense debate in the various courts, coming to confirm the position of the Supreme Court to declare the legality of the various regulations issued thereunder.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, sobre la ley 1/2011, de Reordenación del sector público de Andalucía, es de las que valen tanto por lo que evita como por lo que asienta. Compartir la verdad de esta frase, que pudiera parecer excesiva, es más fácil si se conoce bien lo que estaba en juego.

Es sabido que el proceso de reordenación del sector público de Andalucía tiene por base normativa la ley 1/2011, la cual es consecuencia directa del Decreto-Ley 5/2010, complementado mediante el Decreto-Ley 6/2010, aprobado como proyecto de ley en sesión plenaria del Parlamento de Andalucía los días 16 y 17 de febrero de 2011. El proceso de reordenación ha supuesto, desde la estricta esfera normativa, la aprobación de un amplísimo grupo de Estatutos de las Agencias Públicas creadas¹; lo cual, desde la esfera organizativa, ha significado la transformación de entidades instrumentales privadas en agencias públicas, con todo lo que ello significa en orden a cambios estructurales en la manera de organizarse y de actuar. En suma, un proceso que ha afectado a miles de trabajadores públicos y - lo más significativo- este proceso de publicación de las entidades instrumentales andaluzas ha tenido una influencia directa en el conjunto de ciudadanos andaluces que han pasado de ser parte de relaciones jurídico-privadas con aquellas sociedades mercantiles y fundaciones de mano pública a ser administrados, con una fuerte posición jurídico-pública en relación con las Agencias creadas para la realización de las funciones que aquéllas desempeñaban.

La citada ley -y sus Decretos leyes antecesores- fueron objeto de una cierta contestación social² promovida por algunas organizaciones sindicales ligadas a la defensa de los derechos de los funcionarios de carrera. Ante todo, debe tenerse en cuenta

¹ Como meros ejemplos, Decreto 104/2011, de 19 de abril, que aprueba los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía; Decreto 92/2011, de 19 de abril, que aprueba los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento; Decreto 101/2011, de 19 de abril, que aprueba los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía; Decreto 94/2011, de 19 de abril, que aprueba los Estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía; Decreto 96/2011, de 19 de abril, que aprueba los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo; Decreto 103/2011, de 19 de abril, que aprueba los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales; Decreto 99/2011, de 19 de abril, que aprueba los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera; Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Empresariales Sanitarias. Todos ellos, publicados en BOJA nº 83 de 29 de abril) y de los diferentes Protocolos de Integración mediante Resoluciones de la Secretaría General para la Administración Pública (todas ellas) de 20 de abril de 2011.

² Contestación social que coincidió en el tiempo con unas elecciones sindicales y unas elecciones autonómicas

que la ley 1/2011 no es una “ley de función pública”, sino una ley de carecer estrictamente organizativo, ligada a la consecución de la eficiencia de las estructuras administrativas. Es una ley que culmina un proceso de extinción de determinadas entidades instrumentales y de concentración de otras tantas bajo formas de personificación jurídico-públicas, proceso parejo a otros similares en el común de Administraciones.

Entiéndase que, en la sentencia que se glosa, el Tribunal Constitucional no se ha enfrentado al análisis de una actuación singular y exclusiva de la Comunidad Autónoma Andaluza. El contexto normativo a nivel nacional está conformado, respecto del sector público estatal por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa³ y a nivel local por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local⁴. En el ámbito autonómico, son numerosas las normas que atienden a la finalidad de reestructuración administrativa: entre otros, Ley Foral Navarra 8/2009, de 18 de junio, Decreto-Ley 1/2011, de 30 de septiembre, de Medidas urgentes de régimen económico financiero del sector público empresarial y fundacional de la Comunidad Valenciana, Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, de Medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial de Aragón.

Más aún, la reforma de la Administración en un contexto de crisis ha sido principio de actuación a nivel internacional, tanto en la Administración de la Unión Europea⁵ como en los distintos estados de la Unión⁶ y motivo de especial atención de organismos internacionales en su propia referencia al caso español: “*Racionalizar las empresas públicas, fundaciones y observatorios públicos: antes de la publicación de la reforma de la*

³ Previamente, Orden HAP5583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal.

⁴ Reformas todas ellas muy comentadas por la doctrina. Entre otros trabajos, cfr. MONTOYA MARTÍN, E. “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”. Ponencia presentada en el VII Congreso de profesores de Derecho Administrativo. Tarragona, 2012. Disponible en www.aepda.es/AEPDAAdjunto-250-Ponencia-de-la-Profra-Encarnacion.*

⁵ “La Administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la Administración Pública Europea: análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica”. ELÍAS MÉNDEZ, C. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm.20/2013.

⁶ SCHILLACI, A: “Crisis económica, participación y reformas de las Administraciones Públicas”; POLI, T.N: “Las transformaciones de la Administración Pública entre Constitución formal y Constitución

CORA, se había dispuesto ya un plan para la reestructuración y la racionalización de las empresas públicas y las fundaciones a todos los niveles de la Administración, incluidas las entidades públicas a escala subnacional. La reforma reitera la necesidad de avanzar en esa racionalización. Igualmente, identifica observatorios públicos territoriales redundantes (muchos de ellos en las CC. AA. y otros en los municipios) y propone la unificación de tales entidades, o su integración dentro del observatorio del Gobierno central pertinente. La reforma de la CORA planea suprimir 90 observatorios de las CC. AA. en áreas como empleo, TIC, turismo, comercio, sanidad y juventud.⁷”.

Por consiguiente, el objeto de la Ley 1/2011 es la reacción sobre la estructura administrativa andaluza para hacer frente a las exigencias de la crisis económica⁸, aprovechando esta oportunidad para lograr, en lo sucesivo, una mayor eficiencia en su actividad, siempre desde el respeto al marco constitucional y con el objetivo político de conseguir la “vuelta al Derecho Administrativo”. Y es que, frente a la acusación de “privatizar” la actuación administrativa y de desplazar a los funcionarios de las funciones de autoridad que les corresponden, lo cierto es que la Ley 1/2011 llevó aparejada la adscripción de funcionarios de carrera a las citadas Agencias para la realización de aquellas funciones que el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP Ley 7/2007, de 12 de abril, art. 9.2⁹) les reservaba y que en el escenario anterior a la aprobación de la Ley 1/2011, realizaba personal laboral de aquellas sociedades mercantiles y fundaciones instrumentales. Es bien cierto que este proceso de adscripción de funcionarios no está concluido y que se compagina con el desarrollo transitorio de funciones por el personal laboral que las viniera prestando antes de la entrada en vigor

material”; CORFIATI, F: “Los proyectos de reforma de la Administración y del sector público desde el comienzo de la crisis económica: el apogeo de la austeridad”. Todos ellos en Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm.22/2014. También, VECCHIO F.”Crisis económica y evolución de la Administración Pública en Europa” Revista de Derecho Constitucional Europeo, num. 23/2015.

⁷ “Simplificación administrativa y gobernanza multinivel”, en el informe “España: de la Reforma de la Administración a la Mejora Continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España”, págs. 89 y ss. INAP. OCDE, 2014.

⁸ En el Consejo de Política Fiscal y Financiera del 24 de noviembre de 2010 se constató la corrección de las medidas que, en su conjunto, Andalucía había desarrollado, permitiendo augurar el cumplimiento del objetivo de endeudamiento regional autorizado. En nuestro trabajo ORTIZ MALLOL, J. “Una reforma del sector público y de la administración andaluza: la vuelta al derecho administrativo y la reducción del gasto público como principios inspiradores”, RAAP 79/2011, ya subrayábamos este enfoque económico.

⁹ “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

del EBEP¹⁰, pero ello sólo tiene una lectura: la (excesiva, a nuestra opinión) cautela del Gobierno Andaluz por llevar a sus últimas consecuencias el proceso emprendido con la aprobación del Decreto-ley 5/2010, encuentra tras esta sentencia del Tribunal Constitucional la garantía jurídica de la constitucionalidad de su actuación, por lo que ya nada debe obstar para el completo desarrollo de las consecuencias y premisas de la Ley 1/2011, entre ellas, culminar el proceso de adscripción funcional.

Con estos rudimentarios argumentos, propios de una mera introducción al comentario de una sentencia, intentamos dar veracidad a la frase con que comenzamos este artículo. La reforma operada por la Ley 1/2011 no es un mero ejercicio de voluntad política de entre varios posibles. Antes bien, la reordenación que contiene es un ejercicio obligado por la situación económica, ejercicio que fue pieza clave en la respuesta de esta Comunidad Autónoma a la crisis económica sufrida. Deshacer lo que era necesario hacer hubiera tenido, forzosamente, efectos negativos para el común de ciudadanos y ciudadanas andaluces, efectos que hubieran trascendido a una discusión jurídica.

II. CONTEXTO JURISDICCIONAL

1. Precedentes

Desde una perspectiva estrictamente judicial, la STC 236/2015 pone fin a una dilatada senda de pronunciamientos jurisdiccionales, recaídos tanto ante Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía —en sus tres Salas de Granada, Málaga y Sevilla— y finalmente, ante el Tribunal Supremo, que se enfrentaron a la impugnación de los Decretos-Leyes 5/2010 y 6/2010, los Decretos aprobatorios de los Estatutos de las Agencias creadas y los protocolos de integración.

¹⁰ Es significativo cómo el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, mantiene esta norma de derecho transitorio: “*el personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, estuviere esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pasare a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrá seguir desempeñándolos*” (DT 2^a). Sin duda, el Legislador nacional del RD 5/2015 (curiosamente, el Partido Popular, el mismo que a través de su Grupo Parlamentario recurrió la Ley andaluza), era sabedor de lo que se traía entre manos y cómo la prestación de los servicios públicos a través de personal laboral debería mantenerse en una transición gradual hasta su completa cobertura por personal funcionario, para evitar una ruptura traumática en su prestación que hubiera perjudicado necesariamente a la parte más débil: los ciudadanos que reciben tales servicios públicos.

Creemos por ende, oportuno centrar el estudio de la STC 236/15 con una previa exposición de lo que ya se había dicho en sede judicial en relación a las disposiciones que se habían dictado al amparo de la Ley impugnada. Y para realizar este repaso, nada mejor que adoptemos la óptica de lo resuelto por el Tribunal Supremo, última instancia jurisdiccional.

En resumen, puede decirse que el Tribunal Supremo ha resuelto una serie de recursos de casación contra Sentencias dictadas por las tres Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla, Granada y Málaga). En todos los casos los motivos de casación eran sustancial, cuando no literalmente, coincidentes. En dichas sentencias se han desestimado los recursos contra las desestimatorias de los correspondientes recursos contencioso-administrativos y por el contrario se han estimado los recursos contra las sentencias que habían estimado los recursos contencioso-administrativos, con la consecuente anulación de estas sentencias y desestimación de dichos recursos.

Un primer grupo lo constituyen las sentencias dictadas en los recursos contra sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Málaga, entre otras:

- Sentencia de 25 de marzo de 2013, dictada en el recurso de casación 1197/2012, formulado contra la Sentencia de 2 de febrero de 2012, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la vía especial de protección de derechos fundamentales por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), contra el Decreto 92/2011, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento.
- Sentencia de 16 de septiembre de 2013, dictada en el recurso de casación 1001/2012, formulado contra la Sentencia de 16 de enero de 2012, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía, contra el Decreto 101/2011, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.
- Sentencia de 15 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 1690/2012, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la vía especial de protección de derechos fundamentales por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), contra el Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.
- Sentencia de 14 de julio de 2014, dictada en el recurso de casación 2086/2013, formulado contra sentencia de 29 de abril de 2013, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Al Andalus de Emplea-

dos Públicos de la Junta de Andalucía y otros contra el Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de la Junta de Andalucía.

- Sentencia de 24 de noviembre de 2014, dictada en el recurso de casación 2118/2013, formulado contra sentencia de 22 de abril de 2013, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionario de la Junta de Andalucía contra el Decreto 94/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía

En el segundo grupo, se encuentran las sentencias dictadas contra Sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de Sevilla y Granada, entre las cuales se pueden citar:

- Sentencia de 21 de enero de 2013, dictada en el recurso de casación 6191/2011, formulado contra la sentencia de 2 de noviembre de 2011, que estimaba la petición subsidiaria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la vía especial de protección de derechos fundamentales por la Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, Asociación Defiendo mi Derecho a la Gestión Pública y otros contra el Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.
- Sentencia de 25 de marzo de 2013, dictada en el recurso de casación 1326/2012, formulado contra Sentencia de 20 de febrero de 2012, estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la vía especial de protección de derechos fundamentales por Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, Asociación Defiendo mi Derecho a la Gestión Pública y otros contra el Decreto 92/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento.
- Sentencia de 2 de octubre de 2013, dictada en el recurso de casación 1707/2012, formulado contra sentencia dictada el 20 de febrero de 2012, estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, Asociación Defiendo mi Derecho a la Gestión Pública y otros para la protección de los derechos fundamentales contra el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo.
- Sentencia de 4 de octubre de 2013, dictada en el recurso de casación 3213/2012, formulada contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2012, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, Asociación Defiendo mi Derecho a la Gestión Pública contra el Decreto 104/2011, de 19 de abril y,

- Resolución de 20 de abril de 2011 de la Secretaría General para la Administración Pública por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía y el Protocolo de Integración de la Agencia.
- Sentencia de 9 de octubre de 2013, dictada en el recurso de casación 2102/2012, formulada contra la sentencia 19 de abril de 2012 que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la vía especial de protección de derechos fundamentales por Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSI-F) contra el Decreto 104/2011 de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.
 - Sentencia de 15 de noviembre de 2013, dictada en el recurso 381/2012, formulado contra la sentencia de 15 de diciembre de 2011, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto Unión Sindical Obrera (USO) para la protección de los derechos fundamentales contra el Decreto 104 y 105/2011 de 19 de abril, por los que se aprobaban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía se establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía.
 - Sentencia de 20 de diciembre de 2013, dictada en el recurso de casación 3425/2012, formulado contra sentencia de 24 de julio de 2012, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, Asociación Defiendo mi Derecho a la Gestión Pública y otros contra el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo.
 - Sentencia de 30 de diciembre de 2013, dictada en el recurso de casación 3633/2012, formulado contra la sentencia de 10 de julio de 2012, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F) contra el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo.
 - Sentencia de 30 de diciembre de 2013, dictada en el recurso de casación 3355/2012, formulado contra la sentencia de 18 de junio de 2012, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía contra el Decreto 92/2011, se 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento.
 - Sentencia de 27 de enero de 2014, dictada en el recurso de casación 3740/2012, formulado contra Sentencia de 13 de septiembre de 2012, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, Asociación Defiendo mi Derecho a la Gestión Pública y otros por el cauce del art. 114 y ss. LJCA contra

el Decreto 104/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

- Sentencia de 29 de enero de 2014, dictada en el recurso de casación 3818/2012, formulado contra Sentencia de 13 de septiembre de 2012, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asociación Sindical de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos al Servicio de la Administraciones Publicas (ASICAD) y Asociación General del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos del Estado (AICCPE) contra el Decreto 104/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.
- Sentencia de 11 de febrero de 2014, dictada en el recurso de casación 3998/2012, formulado contra Sentencia de 30 de abril de 2012, que estimaba la petición subsidiaria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, Asociación Defiendo mi Derecho a la Gestión Pública y otros contra el Decreto 99/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía.
- Sentencia de 24 de marzo de 2014, dictada en el recurso de casación 739/2013, formulado contra sentencia de 19 de noviembre de 2012, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía contra la resolución de 20 de abril de 2011 por la que se aprueba el Protocolo de Integración del personal en la Agencia de Conocimiento de la Junta de Andalucía.
- Sentencia de 26 de marzo de 2014, dictada en el recurso de casación 480/2013, formulado contra Sentencia de 16 de enero de 2013, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía, Asociación Defiendo mi Derecho a la Gestión Pública y otros contra el Decreto 92/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento.
- Sentencia de 8 de abril de 2014, dictada en el recurso de casación 1006/2013, formulado contra la sentencia de 29 de octubre de 2012, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía contra la Resolución de 20 de abril de 2011, por la que se aprueba el Protocolo de integración del personal en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

Como se puede observar, el Tribunal Supremo ha ratificado la posición mantenida por la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia (favorable a la legalidad de las disposiciones de aplicación de la Ley de Reordenación) y ha corregido la

postura desarrollada por las Salas de Granada y Sevilla¹¹, contrarias a las disposiciones de desarrollo de tal ley. El Tribunal Constitucional, confirmando la constitucionalidad de la Ley 1/2011, se alinea con el Tribunal Supremo y la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia.

La postura del Supremo —mantenida en el común de pronunciamientos, con usuales remisiones a sentencias precedentes— se puede resumir de la siguiente forma. Habida cuenta que la discusión se centraba en determinar si el proceso de reordenación suponía la vulneración del derecho de acceso a las funciones públicas conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, se constataba que el personal laboral de las mercantiles y fundaciones de mano pública objeto de la reordenación no cambió su régimen jurídico como tampoco cambió la titularidad pública de la Administración matriz de las entidades empleadoras, ni el objeto de la actividad de cada cual. El Tribunal Supremo señala que en el común de los casos, se dio el supuesto de hecho de la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. De otro lado, sostuvo que este proceso de reordenación ya disponía que ese personal laboral solamente pudiera adquirir la condición de funcionario o de personal laboral de la Junta de Andalucía si superaba los correspondientes procesos selectivos.

Tales hechos constatados por el Tribunal Supremo “*impiden apreciar 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 lo que establece la Ley 1/2011 y, por otro, es coherente con lo establecido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco es gratuito, arbitrario o injustificadamente discriminatorio, porque pretende cohesionar 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 empresas públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida; y porque la integración no supone ningún plus*”

¹¹ En la STS de 9 de abril de 2014 -de la cual se extraen el resto de citas- se afirmaba que: “*Añadiremos a lo anterior que, si la Sala de Sevilla no dudó de la constitucionalidad de la Ley 1/2011, lo que hubo de hacer es desestimar el recurso contencioso-administrativo pues, limitándose el Decreto 104/2011 al estricto cumplimiento de lo establecido por ella y siendo constitucional el Decreto, tampoco podía infringir los artículos 14 y 23.2 de la Constitución*”. Más allá de la evidente defensa de la independencia judicial, resulta complicado explicar fuera del estricto discurso jurídico, cómo un mismo Tribunal no fue capaz de coordinar la posición de sus distintas Salas, ofreciendo un resultado, cuanto menos, llamativo: los Estatutos que se impugnaban recibían el respaldo o la crítica del Tribunal Superior de Justicia en función de la Sala a la que correspondía enjuiciar por razón de competencia material.

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 la empresa pública suprimida y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración General del Junta de Andalucía”.

En consecuencia y por lo que respecta al derecho a la promoción profesional, el Supremo, acogiendo el parecer del Ministerio Fiscal, ha sostenido que *“la integración dispuesta 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, implica 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”.*

Cuanto la postura del Tribunal Supremo estaba ya suficientemente asentada, el propio Tribunal Constitucional dictó, días antes de emitir la sentencia que nos ocupa, la Sentencia 230/2015, de 5 de noviembre, que resolvía la impugnación contra la disposición adicional cuarta y los arts. 1, apartados 9 y 12, 3 a 12, 18, 19 y 22 a 24 del Decreto-ley de Andalucía 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.

Los motivos de impugnación eran los siguientes: en primer lugar, que en su tramitación, el Decreto-ley 5/2010 no habría respetado la exigencia de negociación previa con los representantes de los trabajadores; en segundo lugar la vulneración de la reserva de actuación a los funcionarios (relativo al ejercicio de las potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales). En tercer lugar se alegaba la vulneración del contenido esencial de los arts. 14 y 23.2 CE, en lo relativo al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, en virtud del contenido que se da a las fórmulas de reordenación y reasignación del personal al servicio de la administración pública autonómica. Por último, la no concurrencia del presupuesto habilitante de todo decreto ley como es su condición de extrema y urgente necesidad.

El Constitucional tiene en cuenta que el Decreto-ley 5/2010, después de ser convalidado por la Diputación permanente del Parlamento de Andalucía, fue modificado por el Decreto-ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del mismo. Esta reforma, *“respondía a la necesidad de aplicar las medidas derivadas de Decreto-ley con el mayor grado de consenso posible, dada su repercusión, de modo que establece innovaciones surgidas del diálogo social permanente con las organizaciones sindicales Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía y del diálogo habido en el seno de la mesa general de negociación del empleado público de la Administración de la Junta de Andalucía”.*

El Decreto-Ley 6/2010, fue tramitado como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia y aprobado finalmente como Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. En el mismo sentido que lo hiciera el Decreto-ley 6/2010, la disposición derogatoria única de la Ley 1/2011 dispone que *“quedan sin efecto todos los preceptos contenidos en otras normas y cuyo tenor se reproduce en la presente Ley, así como cuantas normas contradigan o se opongan a lo dispuesto en la misma”*. Por lo que la totalidad de preceptos impugnados en este recurso de inconstitucionalidad habían, a tal fecha, sido derogados o sustituidos, en primer término, por el Decreto-ley 6/2010 y seguidamente por la Ley 1/2011. Lo cual supuso que el Constitucional acordara declarar la extinción del recurso por desaparición sobrevenida del objeto respecto de los arts. 3 a 12, 18, 19 y 22 a 24 del Decreto-ley de Andalucía 5/2010.

Sin embargo, el Constitucional consideró necesario el análisis de la concurrencia del presupuesto habilitante de todo decreto ley como es su condición de extrema y urgente necesidad. El Decreto Ley 5/2010 fundaba la situación de urgencia en el cumplimiento de los objetivos de déficit contenidos en el Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013. En este contexto, a tenor del Constitucional, la disposición adicional cuarta *“al referirse a la reestructuración del sector público andaluz y, en particular, a la supresión o extinción de centros directivos de consejerías y entidades instrumentales, conecta directamente con los objetivos de contención del déficit público, que son los que justifican —según la exposición de motivos y el trámite de convalidación, y por referencia a los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 15 de junio de 2010— la aprobación del Decreto-ley”*.

Sin embargo, *“el resto de medidas puede de algún modo conectarse con la reforma del sector público, pero no tienen una relación inmediata y directa con el objetivo de reducción del déficit público. No existiendo, por tanto, una justificación específica relativa a las medidas impugnadas, ni pudiendo entenderse implícitamente justificada la concurrencia del presupuesto habilitante por subsunción en la justificación genérica expuesta”*, se decretó la inconstitucionalidad del art. 1, apartados 9 y 12 aunque -claro está- inconstitucionalidad sin repercusión jurídica alguna, habida cuenta la vigencia de la Ley 1/2011.

2. Secuelas de la Sentencia 236/15

Hasta este punto, se han expuesto los pronunciamientos que precedieron la Sentencia que se glosa. El escaso transcurso de tiempo entre su publicación y la redacción de este comentario, ha impedido la recepción de la misma en las instancias

jurisdiccionales con la excepción -a día de la entrega de este trabajo y que conozcamos- de sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla, de 18 de febrero de 2016. Una y otra recaen con ocasión de la impugnación del Decreto 122/2014, de 26 de agosto, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Innovación y desarrollo de Andalucía y el Decreto 8/2014, de 21 de enero, por el que se modifican los Estatutos de la Agencia Andaluza de la Energía. En ambas sentencias, el Tribunal Superior de Justicia asume la constitucionalidad de la Ley 1/2011 y en consecuencia, dice: que “(...) el planteamiento del resto de los motivos de impugnación del Decreto resultaría acertado, si no fuera porque, es de nuevo la Ley de Reordenación del Sector Público Andaluz la que ha cambiado el régimen jurídico de la Agencia (...) De ahí, la sería preocupación de la Asociación sobre que sea este personal laboral el que lleve acabo el ejercicio de potestades administrativas reservadas constitucional y legalmente a los funcionarios públicos. Preocupación que comparte este Tribunal, sin embargo, el Legislador andaluz lo ha solventado al menos formalmente en el art. 69 apartado 2 y 3 de la Ley 1/2011 y disposición adicional quinta y sexta, que se reproduce a su vez el art. 34 de Decreto (...) Por tanto, el Decreto no atribuye potestades administrativas al personal laboral, sino que respeta la reserva de ese ejercicio a los funcionarios públicos que se adscriban, lo que la Ley difiere a la relación de puestos de trabajo de la Consejería de la que dependa (y no a los Estatutos) (...) Tampoco apreciamos vulneración de los arts. 14 y 81 del Estatuto Básico, porque el régimen jurídico de los funcionarios adscritos a la Agencia no se ve alterado (art. 34 del Decreto), tampoco en su inmovilidad ya que la adscripción sería voluntaria y se instrumenta a través de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo de la Consejería de la que dependen, a quien las funciones se ejerzan bajo la dirección funcional de la Agencia cuyo titular aunque personal de confianza, es funcionario al ser nombrado por el Consejo de Gobierno según prevé la disposición adicional quinta y sexta de la Ley 1/2011 y el propio Decreto”.

Resulta, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional que estamos glosando, un obligado cambio de rumbo de 180 grados en la postura de esta Sala respecto de la que impuso al enjuiciar los estatutos de las agencias aprobados al amparo de la Ley 1/2011.

En una declaración que podría recordar al aforismo “vencida, que no convencida”, dice la Sala de Sevilla :“Resulta obvio que por razones de oportunidad, se ha optado en nuestra Comunidad Autónoma por una Administración Instrumental en detrimento de la Administración Central y de los funcionarios públicos que la integran, que están viendo mermadas sus funciones y carrera profesional, pero sería la Ley a la que se adapta el Decreto y que establece el régimen jurídico e las Agencias y de su personal a al que se podría imputar las vulneraciones constitucionales denunciada, sin embargo el Tribunal Constitucional en sentencia de 19 de noviembre de 2015 ha desestimado el recurso de inconstitucionales que pendía contra aquella n° 2733/2011 por lo que no existe reproche que hace la actora y los dos votos particulares de la sentencia del Pleno referida”.

En cualquier caso, según decimos, la Sala se alinea con la explícita (y terminante) declaración de constitucionalidad de la Ley 1/2011 y en esta misma coherencia, contiene la sentencia un importantísimo párrafo: *“ahora bien, no basta con que los actos finales sean dictados y firmados por el Presidente de la Agencia, que en ese caso correspondería al Viceconsejero u órganos directivos que tienen expresamente atribuida la potestad administrativa, pues esa toma de decisión debe ir precedida de la instrucción de un procedimiento que incumbe exclusivamente a los funcionarios. Así lo hemos afirmado en numerosas sentencias respecto a encomiendas de gestión anuladas por esta Sala y confirmadas por el Tribunal Supremo,”* que no se pueden llevar a cabo por personal laboral, actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias de vigilancias e inspección, propuesta de resolución etc., *de naturaleza indubitablemente administrativa*; para concluir en un postrer considerando que *“se deberá cumplir la previsión normativa de elaboración de la relación de puestos de trabajo por parte de la Consejería de la que depende la Agencia, no bastando adscribir unos cuantos funcionarios interinos, que resultan a todas luces insuficientes dadas las numerosas potestades administrativas que tiene encomendada la Agencia”*.

Según decimos, es un muy importante pronunciamiento, en tanto que aclara el esquema de funcionamiento impuesto por la Ley 1/2011, más allá del juego de la disposición transitoria 2ª del TREBEP, ya reproducida: el hecho de que se reconozca a la Agencia Pública el ejercicio de potestades no evita la necesaria intervención de funcionario público en aquellos trámites que le están reservados. Esta era, precisamente, la idea perseguida por la Ley de Reordenación del Sector Público, por lo que tal declaración judicial participa del espíritu material (y no puramente formal) de tal norma. Mas la mayor trascendencia de lo que dice la esta sentencia aparece al enumerar estas funciones reservadas a personal funcionario, siendo tal enumeración -precisamente- una de las carencias del ordenamiento jurídico andaluz a día de hoy¹². Enumeración que es implícitamente requerida por la propia Ley 1/2011.

Para finalizar y siendo congruente con todo lo dicho, el Tribunal andaluz admite el recurso en cuanto que se modifica el art. 7 del Decreto 59/2005 sobre el control administrativo a través de VIASA como medio que no podrá implicar la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas al Derecho Administrativo, en cuanto que, dada la naturaleza mercantil de aquella, se vulnera la prohibición de la

¹² Entre otros tantos estudios sobre este particular, cfr. CANTERO MARTÍNEZ, J. “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional”, ponencia presentada en el VI Congreso sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria 2010. www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/.../32978.pdf

Ley 9/2007 de Administración de la Junta de Andalucía, de atribución de funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas a sociedades mercantiles y la reserva funcionarial del art. 9.2 EBEP.

III. LA SENTENCIA

1. Motivos del recurso y posicionamiento de las partes

El recurso de inconstitucionalidad se dirige contra la Ley 1/2011 en su totalidad, por el vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración andaluza (art. 133.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía: EA-And) pero también, en particular, contra los arts. 1.1, 1.2.9, 1.2.10, 1.2.12, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24, las disposiciones adicionales cuarta y sexta y la disposición derogatoria única, por considerarlos contrarios a los arts. 9.3, 14, 23.2, 53.1, 103.1 y 3 y 149.1.18 CE y 33.1, 76.1 y 2 y 133.2 EAAnd.

De una forma esquemática, los motivos de impugnación, son los siguientes:

a) Los Diputados recurrentes señalaban que la Ley impugnada *permite desarrollar la gestión ordinaria de las actividades administrativas desde una “Administración paralela”* con la atribución a las “*macroagencias*” de potestades públicas y gracias a un trasvase masivo de personal desde los servicios centrales y periféricos de las Consejerías hasta esas entidades instrumentales, a través de una adscripción funcional forzosa. En suma, acusaban a la Ley de instaurar un modelo de gestión administrativa con las ventajas del Derecho privado propio de las sociedades mercantiles y las fundaciones (especialmente en lo que se refiere al régimen de contratación y despido de su personal) y los beneficios de las potestades y prerrogativas del Derecho público.

b) Los recurrentes alegaban, en segundo lugar, que el art. 1.1 de la Ley impugnada contiene una prelación de principios de actuación general de la Administración de la Junta de Andalucía que resulta contraria al art. 133.1 EAAnd.

c) En tercer lugar, los Diputados recurrentes argumentaban que la ley recurrida vulnera la reserva funcionarial del art. 9.2 EBEP al dar una nueva redacción al art. 69.1 de la Ley 9/2007, que habilita para atribuir potestades administrativas a agencias públicas empresariales cuyo personal se regirá por el derecho privado y que constituye un fraude al art. 133.2 EAA la solución ideada por el legislador autonómico de recurrir a funcionarios adscritos

d) En cuarto lugar, los recurrentes aducían que la Ley impugnada afecta al carácter básico de las condiciones de movilidad de los funcionarios al instaurar un régimen de dependencia funcional que implica para funcionarios de carrera, una movilidad forzosa del puesto de trabajo, pues bajo la apariencia de mantenimiento en el

mismo puesto del que se sigue dependiendo orgánicamente existe, en realidad, un traslado encubierto que permite cambiar sus condiciones laborales a través del decreto que apruebe los estatutos de cada agencia, sin respetar las condiciones que se tuvieran en el puesto de origen ni los demás derechos que les reconoce el art. 81.2 EBEP.

e) En quinto lugar, los recurrentes sostenían que, en cuanto al estatuto del personal de las agencias, la Ley impugnada obvia la preferencia constitucional por el régimen funcionalarial por cuanto introduce modelos basados en el régimen de derecho privado para su personal.

f) Finalmente, los recurrentes imputaban a varios preceptos de la Ley 1/2011 la lesión del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 23.2 CE, dado que concurren a la integración de personal en condiciones similares tanto el procedente de agencias administrativas preexistentes como el procedente de entidades privadas de mano pública, al tiempo que extiende este trato a funcionarios y personal laboral de la Junta de Andalucía.

En suma, una enmienda a la totalidad desde un postulado general: la vulneración de la Constitución por el mero hecho de crear un conjunto de agencias públicas a las que se atribuyen el ejercicio de potestades administrativas. De ahí se extrae un discurso de quebrantamiento de la reserva funcionalarial del ejercicio de las potestades públicas y por consiguiente, el quebranto del status funcionalarial. Todo ello, en connivencia con las acusaciones públicas de creación de una administración paralela de personal laboral supuestamente adepto al partido gobernante.

Oponiéndose a tales argumentos se presentaron escritos por la Letrada de la Junta de Andalucía y por el Letrado del Parlamento Andaluz, en defensa de la constitucionalidad de la ley.

La Letrada de la Junta de Andalucía¹³ sostuvo que la preferencia por la gestión directa no excluye la gestión indirecta ni que la gestión ordinaria directa pueda realizarse a través de entes instrumentales, no pudiendo negarse las competencias propias de autoorganización de la Junta de Andalucía (art. 47.1.1 EAAnd). En relación a la reserva funcionalarial, explicó cómo los recurrentes dan un indebido salto cualita-

¹³ En concreto, la Sra. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS. C. es autora de un interesante artículo con clara conexión sobre la materia: “El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública” Aranzadi Doctrinal, núm. 8/2011

tivo al afirmar que “*solo aquellas entidades de derecho público que cuenten con personal funcionario podrán tener atribuidas potestades administrativas*” y al considerar que “*contar con*” equivale necesariamente a la dependencia orgánica del funcionario de la agencia o entidad en cuestión.

Contestando a los argumentos del recurso sobre la carrera funcionarial, la Letrada señalaba que los recurrentes no explican de dónde viene la idea de traslados forzosos que abrogan los procedimientos de promoción profesional establecidos en el EBEP, cuando –precisamente- el art. 69.3 de la Ley 9/2007 remite a las relaciones de puestos de trabajo que se configuren en el futuro y a los decretos por los que se aprueben los estatutos de las agencias, pero sin que en ningún momento se imponga en la norma movilidad forzosa alguna y sin que tampoco se prevea ningún procedimiento de traslados.

La Letrada destacó que se pretende una reorganización administrativa, que afecta al personal al servicio del sector público, pero no en su acceso al empleo público y que en modo alguno debe ser cuestionado que la Junta de Andalucía, en virtud de sus potestades de autoorganización, pueda reorganizar su administración institucional y reducir el número de sus entes. Lo que se discute son las consecuencias en el ámbito del empleo público, siendo aquí donde comienza la confusión de términos. Y es que, indicaba la Letrada, no es lo mismo acceso al empleo público que modificación del régimen de prestación de la relación de servicio por los empleados públicos, quienes no pierden su condición por el hecho de que haya una reordenación administrativa. Y subraya que es cuestión distinta la de quienes, en virtud de un fenómeno de sucesión empresarial *ex art. 44* de la Ley del estatuto de los trabajadores, pasan a prestar sus servicios en otra empresa distinta: este grupo de trabajadores no adquiere por ello la condición de empleados públicos conforme a los principios de mérito y capacidad.

Por su parte, sobre el fondo del asunto, el Letrado del Parlamento señaló que las afirmaciones que realizan los recurrentes para justificar el motivo de inconstitucionalidad no satisfacen la carga de la necesaria fundamentación, pues se alega que el supuesto “*vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración andaluza*” se produce mediante tres instrumentos: la creación de ocho “*macroagencias*”, la atribución a las mismas de potestades públicas o administrativas, y el trasvase masivo de personal hacia esas entidades instrumentales. Así pues, sería la suma de esos tres instrumentos lo que haría que la Ley 1/2011 fuera inconstitucional. Sin embargo, sostiene el Letrado, ninguno de los tres instrumentos, ni su suma, guarda conexión alguna a la hora de determinar el supuesto vaciamiento de funciones con los preceptos de la Ley 1/2011.

El Letrado del Parlamento alega, que, con arreglo a los arts. 133.3 y 158 EA-And, los entes instrumentales son Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía pueden ejecutar las funciones propias de su competencia con plena normalidad y carácter ordinario, de modo que decae inmediatamente toda la argumentación de los recurrentes en tal sentido. Tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el muy amplio margen de actuación con que cuentan las Administraciones públicas en ejercicio de su potestad de organización a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras, el Letrado niega que la entidad de las funciones y actividades que se atribuyen a los entes instrumentales a que se refiere la Ley 1/2011 suponga, no ya un “*vaciamiento de funciones*” de la “*Administración de la Junta de Andalucía stricto sensu*”, sino que –afirma– ésta continúa desarrollando el grueso de las funciones materialmente administrativas de la Junta de Andalucía. En suma, señala que la finalidad de la ley es llevar a cabo una reordenación o reestructuración del sector público andaluz, para conseguir, en lo posible, una simplificación y una racionalización de la estructura organizativa.

En su escrito, el Letrado destaca la densidad normativa que la Ley 9/2007 dedica al régimen de actuación de las agencias públicas empresariales, y que su actuación vendrá determinada en todo caso por lo que dispongan la Ley 9/2007, sus respectivas leyes de creación y sus estatutos, además de otras normas que les puedan resultar de aplicación. Y respecto al controvertido inciso “*podrá llevarlas a cabo*” del art. 69.3 de la Ley 9/2007 en la redacción dada por el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011, señala que las funciones podrán ser ejercidas, bien por el personal funcionario perteneciente a la Consejería, bien por el personal funcionario perteneciente a la agencia administrativa a la que esté adscrita la Consejería.

El Letrado del Parlamento de Andalucía rechaza la impugnación relativa a la vulneración de las condiciones básicas de movilidad de los funcionarios. Antes bien, explica cómo, mediante la adscripción de funcionarios, se atribuirá a determinados puestos de trabajo ya existentes en la estructura orgánica, nuevas funciones precisas para que las agencias públicas empresariales puedan desarrollar sus competencias y potestades. La única novedad será el dato de quién es la entidad titular de las competencias a las que se refieren las funciones que se ejercen, la agencia pública empresarial, porque materialmente las funciones coincidirán exactamente con las que venían desempeñando por las entidades instrumentales reordenadas. El personal afectado por esa modificación continuará dependiendo orgánicamente de su Consejería o agencia administrativa, pero funcionalmente de la correspondiente agencia pública empresarial, lo cual constituye una opción organizativa plenamente legítima que respeta el art. 9.2 EBEP, en consonancia con la jurisprudencia constitucional.

Finalmente, el Letrado del Parlamento rechaza que se produzca vulneración del derecho o principio de igualdad entre diversas parejas de grupos o colectivos de empleados públicos. Para el Letrado, todas las medidas incluidas en la ley tienen una justificación objetiva y razonable, que atiende a la excepcionalidad del proceso de profunda reestructuración del sector público andaluz que se adopta y que los recurrentes no discuten.

2. Posición del Tribunal Constitucional en relación con los distintos motivos del recurso

Tras el análisis de determinadas cuestiones procesales -en las que no nos detenemos por ser de orden secundario al motivo principal de este comentario-, el Tribunal Constitucional entra en el análisis del fondo del recurso de inconstitucionalidad analizando el pretendido vaciamiento de funciones de los servicios centrales y periféricos de la Administración al posibilitar la ley recurrida desarrollar la gestión ordinaria de las actividades administrativas desde una “*Administración paralela*”.

Ello obliga al Tribunal a la exégesis del art 133.2 EAAAnd, que dice: “*La Administración de la Junta de Andalucía desarrollará la gestión ordinaria de sus actividades a través de sus servicios centrales y periféricos*”. Según el Constitucional, este precepto requiere de una interpretación sistemática en relación con el art. 158 y el 133.3: de entrada, cabe afirmar que el Estatuto de Autonomía parte una concepción de Administración autonómica integrada tanto por la “*Administración de la Junta de Andalucía*” como por sus entes instrumentales, de tal modo que no cabe limitar la potestad de autoorganización mediante la creación de entidades instrumentales o a la atribución de funciones a dichas entidades. No contiene el art. 133.2 EAAAnd un límite en forma de naturaleza o el *quantum* de funciones cuya realización tenga que reservarse la Administración de la Junta de Andalucía y no pueda encomendar a sus entidades instrumentales. Ello determina la desestimación del primer motivo de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes.

Ligada al anterior, aparece la discusión acerca de si la ley recurrida altera la prelación de principios de actuación de la Administración de la Junta de Andalucía fijada en el art. 133.1 EAAAnd. Recordamos que el art. 1.1 de la Ley de Reordenación establece que: “*Los ejes de la reordenación o reestructuración, presente o futura, del Sector Público de Andalucía serán la atención a la ciudadanía, el interés general y la calidad de los servicios públicos. En base a ello, los principios de simplificación y racionalización de la estructura organizativa estarán supeditados a los mismos, y a la consecución del objetivo de garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos, actuando en beneficio de estos y del interés general.*”, frente a lo que ordena el art. 133.1: “*La Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al*

interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, racionalidad organizativa, jerarquía, simplificación de procedimientos, desconcentración, coordinación, cooperación, imparcialidad, transparencia, lealtad institucional, buena fe, protección de la confianza legítima, no discriminación y proximidad a los ciudadanos, con sujeción a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico.”

Tras sentar el Tribunal que “*del precepto estatutario no se deduce una obligación de la Administración autonómica o de los poderes públicos andaluces de realizar todos y cada uno de los principios al mismo tiempo y con la misma intensidad,*”, vuelve a recordar la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre su organización y la estructura de sus instituciones de gobierno, por lo que se afirma la libertad del Legislador andaluz al acometer la reordenación de su sector público para otorgar un valor informante superior a determinados principios —a los que califica de “*ejes de la reordenación o reestructuración, presente o futura, del Sector Público de Andalucía*”— como son la atención a la ciudadanía, el interés general y la calidad de los servicios públicos. Con ello, también se desestima este segundo motivo de impugnación.

En tercer lugar, los Diputados recurrentes argumentan que las modificaciones que el art. 1.2.9 de la Ley 1/2011 introduce en el art. 69 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA) afectan al carácter básico de las funciones reservadas a los funcionarios *ex art.* 9.2 EBEP¹⁴. El Tribunal Constitucional despacha la afirmación de los recurrentes de que este precepto vulnera los arts. 76.1 y 76.2 EAAnd, (que establecen las competencias andaluzas sobre fun-

¹⁴ El nuevo art. 69 LAJA se pronuncia en los siguientes términos:

“*Artículo 69. Régimen jurídico y ejercicio de potestades administrativas*

1. Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra a del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.

Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra b del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.

2. Las agencias públicas empresariales ejercerán únicamente las potestades administrativas que expresamente se les atribuyan y solo pueden ser ejercidas por aquellos órganos a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No obstante, a los efectos de esta Ley, los órganos de las agencias públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo las excepciones que, a determinados efectos, se fijen, en cada caso, en sus estatutos.

ción pública) de manera terminante: “no puede ser admitida, pues tal afirmación no viene acompañada de argumentación alguna que permita considerar que en este punto se haya levantado la carga alegatoria que pesa sobre el recurrente: los recurrentes no han precisado de qué forma el art. 69 de la Ley 9/2007 vulnera las competencias autonómicas recogidas en esos preceptos estatutarios”. Y es que, tanto la representación procesal de la Junta de Andalucía como la del Parlamento andaluz, en sus correspondientes escritos ya habían advertido de determinadas acusaciones manifiestamente infundadas que contenía el recurso.

Por lo que respecta a los motivos impugnatorios respecto a los cuales los recurrentes sí cumplieron su deber de alegar en Derecho, la Sentencia se centra en el núcleo de la discusión: la pretendida vulneración del art. 9.2 EBEP¹⁵. Indica el Tribunal Constitucional que este precepto “se limita a reservar al personal funcionario el ejercicio de determinadas funciones, que se delimitan mediante cláusulas generales —“funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas”—, y atribuye a las leyes autonómicas de desarrollo de cada Administración pública la fijación de los “términos” en los que se lleve a cabo ese ejercicio. Esta habilitación para el desarrollo legislativo del precepto se puede entender que incluye tanto la precisión de las concretas funciones que debe corresponder exclusivamente al personal funcionario como la determinación de las modalidades según las cuales los funcionarios pueden desarrollar las referidas funciones”.

Para el Constitucional, “la mera lectura del párrafo primero del apartado 3 del art. 69 de la Ley 9/2007 permite descartar la existencia de la vulneración alegada”, dado que el mismo se limita a establecer una previsión normativa que se inserta en el círculo descrito por

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

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

¹⁵ El art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 establece lo siguiente: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.”

el EBEP y que –en el reverso de lo dicho por los recurrentes– “*garantiza el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015*”.

Por lo que respecta a la cuestión de la atribución de potestades administrativas a agencias públicas empresariales cuyo personal se registrará por el derecho privado, el Constitucional indica que el art. 2.2 LRJAP y PAC no impide la atribución de potestades administrativas a las entidades instrumentales vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas territoriales y que el citado precepto no prejuzga el régimen de organización y funcionamiento de las entidades de derecho público cuando no ejerzan potestades administrativas. Dicho esto, el art. 69 de la Ley 9/2007 expresamente excluye del régimen de derecho privado de las agencias públicas empresariales las cuestiones relacionadas con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas, por lo que se sitúa en el estricto cumplimiento del marco conformado por la norma básica. Y tampoco da el Tribunal la razón a los recurrentes cuando insisten en que la única interpretación posible del art. 9.2 EBEP es la de que sólo a las entidades que cuenten con personal funcionario se les puede atribuir potestades administrativas y que el personal funcionario que desempeñe esas funciones debe depender orgánicamente de la propia entidad en la que realizan su actividad. Como indica el alto tribunal, esta interpretación “*puede sin duda resultar razonable, pero eso no significa que sea la única posible*”, ya que dentro del margen de desarrollo legislativo que en esta materia le reconocen expresamente el Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 76.1 EAAnd) y el propio art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, el Legislador autonómico ha previsto la posibilidad de la adscripción funcional de funcionarios dependientes orgánicamente de la Administración pública territorial como fórmula para proporcionar a las agencias públicas empresariales autonómicas el personal funcionario legalmente necesario para realizar las funciones anteriormente mencionadas.

En su empeño por agotar todas las vías de ataque a la adscripción funcional de funcionarios, los recurrentes argumentaron que la Ley impugnada afecta al carácter básico de las condiciones de movilidad de los funcionarios porque la misma encubre un supuesto de movilidad forzosa. A este respecto y tras recordar el Tribunal Constitucional que la disociación entre dependencia orgánica y dependencia funcional del personal funcionario no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo (incluso entre diferentes poderes públicos, como acontece con la policía judicial), niega la existencia de movilidad forzosa toda vez que, en el régimen previsto en la Ley de Reordenación, el funcionario permanece en su puesto de trabajo, sin que exista remoción o cambio de puesto de trabajo.

En un siguiente motivo de impugnación, los recurrentes consideran que la previsión legal de que el personal de las agencias sea contratado (en las agencias públi-

cas empresariales), o pueda ser tanto funcionario como personal laboral (en las agencias de régimen especial), vulnera la preferencia constitucional por el régimen funcional. Mas, a juicio del Constitucional, la interpretación correcta del art. 74.1 de la Ley 9/2007 es la que no establece una preferencia por el régimen laboral del personal al servicio de las agencias andaluzas, sino que se limita a promulgar una regla general de autorización indistinta de personal tanto funcionario como contratado en las agencias de régimen especial y una regla especial que reserva al personal funcionario las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, razón por la cual también se desestima este motivo de recurso.

A continuación, analiza el Tribunal Constitucional la alegada lesión del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 23.2 CE por no determinar el régimen de integración del personal afectado por la reordenación. Tras un detenido repaso por la doctrina constitucional, el alto tribunal concluye que, ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE *“resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcional o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE”*.

Sentado tal canon, se analiza si éste se cumple en la Ley 1/2011. Aprecia el Constitucional que la misma contiene una serie de reglas generales y abstractas que necesitan ser concretadas por la Administración en un protocolo, previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y tras recabar el informe de diversos órganos administrativos. Mas el Tribunal opina que los recurrentes no habían llegado a alegar ningún indicio o elemento que permita fundamentar el juicio de que los criterios establecidos por aquella no son constitucionalmente adecuados, llegando incluso a invocar como razón jurídica, meras hipótesis. De contrario, la sentencia que se glosa afirma que la disposición adicional cuarta de tal ley cumple suficientemente la exigencia de predeterminación normativa que dimana del art. 23.2 CE, al establecer con carácter general y de forma previa los requisitos de integración en las nuevas agencias que deberá aplicar la Administración sobre los funcionarios públicos. Y en segundo lugar, las reglas que establece *“son objetivas, no tienen en cuenta situaciones individuales ni incluyen referencias individualizadas o ad personam y no abren la puerta a la asignación de puestos de trabajo con desprecio de los principios de mérito y capacidad”*.

Finalmente, se impugna la disposición derogatoria única, por derogar expresamente una norma básica, en concreto el art. 9.2 EBEP. Mas, *“es evidente que una norma*

autonómica no puede derogar una norma estatal básica, ni de forma directa, ni mediante el expediente de derogar la norma autonómica que la reproduce. Las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y el autonómico no se rigen por el principio de jerarquía, sino por el principio de competencia. Todo lo más, una norma autonómica puede contradecir una norma estatal básica, incurriendo con ello en inconstitucionalidad mediata, siempre que la norma estatal sea efectivamente básica en el doble sentido, formal y material, requerido por la doctrina constitucional. Pero, como ya hemos indicado, eso no ocurre en el presente caso con respecto al art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015”.

En conclusión, el resultado es una sentencia extensa, clara y terminante en sus postulados que desestima al completo todos y cada uno de los motivos alegados por los recurrentes, diputados integrantes del Partido Popular, tanto respecto de la totalidad de la ley como de los concretos preceptos impugnados. Con ello, se ratifica la constitucionalidad de la Ley 1/2011.

3. Los votos particulares

La Sentencia contó con el voto particular de dos Magistrados, los Sres. González-Trevijano Sánchez y González Rivas, quien se adhirió al voto del anterior.

Considera el voto particular que la Ley 1/2011 constituye “*la manifestación más contundente de un fenómeno que ha sido objeto de abundante debate y crítica por la doctrina más autorizada y por la jurisprudencia administrativa, y que se conoce con el nombre de “huida del Derecho Administrativo”*”¹⁶. Tras realizar una detenida disertación sobre esta cuestión -ciertamente, central en el debate administrativista- critican estos Magistrados que la Ley abra “*una posibilidad cierta de transferencia de la gestión ordinaria de la Administración de la Junta de Andalucía a estas denominadas agencias públicas empresariales, mediante el diseño de un sistema administrativo que viene a conceder preferencia a entidades que, aún bajo formas de personificación pública, actúan fundamentalmente en régimen de derecho privado y con personal sometido a derecho laboral*”.

Con todo ello, mas “*sin prejuzgar cuál habría debido ser el sentido del fallo*”, para estos Magistrados la Sentencia “*debería —al menos— haberse planteado una legítima duda sobre la constitucionalidad de una ley que apuesta por una gestión generalizada de las competencias ordina-*

¹⁶ ...O quizá no toda la doctrina. Para FERNÁNDEZ LUQUE, F las normas del Decreto-Ley suponen “*en cierta medida, un alcance del Derecho Administrativo a las entidades de derecho público*”, siendo las entidades instrumentales privadas las “*formas jurídicas más damnificadas*” (“La Administración instrumental: el objeto social en las sociedades mercantiles públicas de la Junta de Andalucía”, págs. 151 y ss. (Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010).

rias de la Administración de la Junta de Andalucía a través de entidades instrumentales de naturaleza empresarial, que cumplen funciones propias de las Administraciones públicas, mediante la regulación de una figura híbrida que, a través de una confusa referencia a la doctrina de los actos separables, no viene sino a elaborar en favor de estas entidades una especie de “traje a medida”, que pretende aunar las ventajas de la atribución de potestades propias del poder público, sin los inconvenientes de la sujeción plena a las garantías del Derecho público, y, con ello, a remodelar las instituciones hasta hacerlas irreconocibles. La mera referencia apodíctica al art. 103.1 CE, que se realiza en el fundamento jurídico 5 c), resulta a todas luces insuficiente y obvia el necesario examen doctrinal que, en mi opinión, debería haberse realizado.”

Si se nos permite la licencia, se trata de una “particular” forma de emitir un voto particular, el cual no aventura el sentido del fallo pretendido, sino que -parece- apunta a una perspectiva metodológica, en el sentido de considerar que hubiera sido necesaria una mayor reflexión sobre el régimen jurídico que se crea para las agencias públicas empresariales.

IV. A MODO DE CODA

Cinco años después de ser aprobada, la Ley 1/2011 encuentra el respaldo constitucional que determinados sectores pusieron en duda. Con ello, la Comunidad Autónoma Andaluza se sitúa en condiciones de paridad con el resto de Administraciones -General del Estado, autonómicas y locales- que, como ella, han reordenado su sector público para acomodarlo a las necesidades sociales y económicas actuales. En realidad, el hecho de que las recetas empleadas en el común de los casos sean similares (lógicamente, adecuándose a cada contexto normativo) da la razón a quienes consideraron desmesurado -cuanto no, artificial- el conflicto jurídico particularmente suscitado en torno a la reordenación del sector público andaluz.

Tras esta Sentencia debería cesar el debate acerca de las intenciones y los logros de la Ley 1/2011: la misma es piedra angular de un proceso -esperemos que aún por completar- de reordenación que ha supuesto la supresión de sociedades mercantiles y fundaciones instrumentales o su transformación en agencias públicas y que posibilita que el personal funcionario acceda al desempeño de sus funciones reservadas pero, en la práctica, realizadas por personal laboral de las citadas sociedades mercantiles y fundaciones.

Y esto, simplemente, es una (insistimos, inacabada) vuelta al Derecho Administrativo.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO

B. Las Cortes Generales.

1. Sentencia 12/2015, de 5 de febrero (BOE de 2 de marzo). Ponente: González-Trevijano Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 86.

otros:

Objeto: Recurso de inconstitucionalidad núm. 3931-2013, promovido por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Socialista en relación con el Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):

60/1981; 2971082; 6/1983; 111/1983; 26/1986; 29/1986; 6/1991; 219/1992; 23/1993; 182/1997; 11/2002; 137/2003; 332/2005; 68/2007; 137/2011; 1/2012; 100/2012; 198/2012; 237/2008; 39/2013; 101/2013; 120/2014; 142/2014

Materias: Decreto ley: su régimen constitucional. Requisitos del juicio de constitucionalidad de su ejercicio. La apreciación jurídica de la presencia de circunstancias de urgente y extraordinaria necesidad.

La impugnación formulada se dirige contra la totalidad del mencionado Real Decreto-ley y se fundamenta por los diputados recurrentes en la no concurrencia del requisito de la *extraordinaria y urgente necesidad* del art. 81 CE

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

enunciado por el artículo 86.1 CE, como presupuesto habilitante del real decreto-ley. Afirma el recurrente que el Real Decreto-ley 6/2013 no responde a la necesidad urgente de solucionar la situación de quienes invirtieron en participaciones preferentes y deuda subordinada, pues se limita a establecer dos medidas que no dan respuesta inmediata a la situación de extraordinaria necesidad de los inversores minoristas: por un lado, crea la comisión de seguimiento de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, cuyas funciones son básicamente de análisis e informe, por lo que no va a impulsar la solución de la situación de los *preferentistas*; acudiendo a una figura normativa, que resulta innecesaria y desproporcionada, dado que la normativa vigente ya contemplaba los mecanismos aquí previstos, por lo que no contribuye a aportar solución alguna. Refutará el Abogado del Estado estos argumentos y defenderá que la aprobación del Real Decreto-ley 6/2013 se llevó a cabo con pleno respeto a los requisitos formales del art. 86 CE, concurriendo en el mismo tanto el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, en los términos plasmados en el preámbulo de la norma y en el debate de convalidación, como la conexión de sentido entre dicho presupuesto habilitante y las medidas adoptadas. Antes de entrar en el fondo del asunto el TC considera que debe pronunciarse sobre la causa de inadmisión parcial que plantea el Abogado del Estado, al aducir un defecto esencial en el recurso ya que solicita la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de la norma, pero únicamente argumenta sobre la inconstitucionalidad del artículo 1 del Real Decreto-ley. Siguiendo acendrada doctrina el TC coincide con el argumento; la lectura de los términos en que está formulada la impugnación pone de manifiesto que la misma se dirige, con carácter exclusivo y único, a lo dispuesto en el art. 1 del Real Decreto-ley 6/2013, es decir, la creación de la comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada. La omisión absoluta de cualquier alegación en relación con los restantes preceptos del Real Decreto-ley 6/2013, que preceptivamente debería acompañar la denuncia de inconstitucionalidad, impide que el Tribunal pueda entrar a pronunciarse sobre los mismos, trayendo en apoyo de esta solución doctrina reiterada con anterioridad: *la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente, no siendo admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente* (por todas, STC 101/2013, FJ 11); considera el TC que procede desestimar el recurso en relación con el resto de los objetos impugnados. Por lo que se refiere al fondo del asunto el recurso de inconstitucionalidad formulado se fundamenta en un único motivo de inconstitucionalidad, consistente en la infracción del art. 86.1 CE, por estimar los recurrentes que no concurre el

presupuesto de *extraordinaria y urgente necesidad* que habilita la utilización de la figura normativa del decreto-ley. Acude el TC a su doctrina que estima consolidada al respecto: el presupuesto habilitante a que se refiere el art. 81 CE habilita al Gobierno para dictar la legislación de urgencia que se manifiesta a través de la figura del decreto-ley; dicho presupuesto habilitante, *no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes*; por ello siempre ha considerado el TC que *puede en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante* (SSTC 100/2012, FJ 8; 237/2012, FJ 4; y 39/2013, FJ 5, entre otras). La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno y al Congreso. El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero *el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes* (SSTC 332/2005, FJ 5 y 1/2012, FJ 6); la fiscalización del TC es *un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno*” (STC 182/1997, FJ 3); destacará el TC los siguientes aspectos de ese control externo: en primer lugar, comprobar *que la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto y las medidas que en el Decreto-Ley se adoptan* (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3), *de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar*” (STC 182/1997, FJ 3). Por lo que se refiere a la *situación de urgencia*, será conclusión dependiente de una multiplicidad de elementos apreciables mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional: serán los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, FJ 4; 182/1997, FJ 4; 11/2002, FJ 4; y 137/2003, FJ 3); por lo que se refiere a la conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el Real Decreto-ley se adoptan, es doctrina del TC que se ha afirmado un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido y la estructura de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido: ya en la STC 29/1982, FJ 3, fueron excluidas aquellas disposiciones *que, por su contenido y de manera evidente, no guar-*

den relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente (STC 39/2013, FJ 9); se recordará, de otra parte, cómo el TC ha sostenido la aptitud del decreto-ley para atender las denominadas coyunturas económicas problemáticas, entre ellas, la apreciación de la urgencia hecha por el Gobierno en casos de modificaciones tributarias que afectaban a las haciendas locales (STC 6/1983,), de situación de riesgo de desestabilización del orden financiero (STC 111/1983), de adopción de planes de reconversión industrial (STC 29/1986), de medidas de reforma administrativa adoptadas tras la llegada al poder de un nuevo Gobierno (STC 60/1986), de modificaciones normativas en relación con la concesión de autorizaciones para instalación o traslado de empresas (STC 23/1993), de medidas tributarias de saneamiento del déficit público (STC 182/1997) o, en fin, de necesidad de estimular el mercado del automóvil (STC 137/2003) (STC 68/2007, FJ 6); al tiempo, considerará el TC que la necesidad de consolidar el crecimiento de la actividad económica permite también al Gobierno el recurso al decreto-ley como instrumento normativo adecuado para adoptar medidas de política económica general fundamentadas en garantizar la permanencia en el tiempo de una preexistente fase de expansión económica, lo que habrá de valorarse en atención a las circunstancias que concurren en cada caso concreto (STC 137/2011, FJ 6).; en suma, la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” (STC 6/1983). En atención a lo expuesto examinará el TC si en el RD-l objeto de la impugnación concurre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por el art. 86.1 CE. El art. 1 de la norma impugnada tiene por objeto la creación de la comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad, a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. Las funciones que se atribuyen al citado órgano en dicho precepto son: a) El análisis de los factores que han motivado la presentación de reclamaciones judiciales y extrajudiciales por los titulares de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada frente a las entidades de crédito en la que el Fondo de reestructuración ordenada bancaria (FROB) tenga participación; b) La remisión al Congreso de los Diputados, con carácter trimestral, de un informe relativo a los aspectos fundamentales de las recla-

maciones a las que se refiere el apartado anterior, sin perjuicio de las competencias que sobre esta materia correspondan a otros órganos, organismos o instituciones. c) En su caso, la elevación de propuestas a las autoridades competentes con la finalidad de mejorar la protección del adquirente de este tipo de productos; de modo adicional la comisión determinará los criterios básicos que habrán de emplear las entidades participadas por el FROB al objeto de ofrecer a sus clientes el sometimiento a arbitraje de las controversias que surjan en relación con instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, con el fin de que éstos queden adecuadamente compensados del perjuicio económico soportado, en caso de laudo estimatorio; la comisión especificará criterios para designar al colectivo de clientes cuyas reclamaciones deberán recibir una tramitación prioritaria por parte de las entidades participadas por el FROB. La comisión trasladará estos criterios al FROB, que dará las instrucciones necesarias para que sus entidades participadas los adopten. Señalarán los recurrentes que la norma en su Exposición de Motivos se limita solamente a un *exiguo y parco párrafo*, insuficiente para avalar su constitucionalidad, apreciándose por éstos que no se ofrece una solución global y completa a los tenedores de participaciones preferentes y deuda subordinada, que no pueden recuperar sus ahorros, lo que no se hace. Considerará el TC que es preciso comenzar por el examen de las razones o motivos determinantes de la aprobación de este precepto, que se especifican en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2013: *En los últimos años ha crecido el número de reclamaciones por parte de clientes de entidades financieras que habían adquirido instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada. En este punto, se considera necesario crear un órgano con la más alta representación institucional que coordine e impulse los trabajos necesarios para hacer un seguimiento de determinadas incidencias que hayan podido derivarse de la comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada. Dentro de estos trabajos, y con pleno respeto a las competencias que, en materia de supervisión financiera y protección de consumidores y usuarios, ostenten otros organismos y el poder judicial, la Comisión hará un análisis de los factores generadores de las reclamaciones judiciales y extrajudiciales, así como del resultado de éstas, relativas a la comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada por parte de las entidades participadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, realizando informes sobre su evolución, que serán remitidos al Congreso de los Diputados. Además, determinará los criterios básicos para fijar en el caso de entidades participadas por el FROB, en qué casos debe ofrecer a sus clientes la sumisión a arbitraje. Dicho análisis se realizará sin injerencia alguna en la debida independencia e imparcialidad con la que, conforme a la legislación vigente, deben desarrollarse los procedimientos tanto judiciales como arbitrales en materia de consumo y sin que suponga carga adicional de trabajo para los órganos jurisdiccionales o no, competentes para su tramita-*

ción, ni para el Consejo General del Poder Judicial. Asimismo se señala por el TC que se añade en la citada Exposición de Motivos: resulta necesario hacer un seguimiento de las eventuales reclamaciones que los clientes pueden dirigir a las entidades financieras por razón de la comercialización de estos productos complejos, y facilitar en determinados casos mecanismos ágiles de resolución de controversias, principalmente por medio del arbitraje; para terminar afirmando que las medidas anteriores se enmarcan en un contexto de urgente y extraordinaria necesidad derivado de la inminencia de sus efectos sobre el proceso de reestructuración de entidades de crédito acometido en España, y para el cumplimiento de los compromisos adquiridos, de conformidad con el Memorando de Entendimiento firmado para la asistencia financiera europea a la citada reestructuración.

Un segundo aspecto del juicio de constitucionalidad de la norma tiene por objeto los argumentos expuestos por el Ministro de Economía y Competitividad, en el debate de convalidación del Real Decreto-ley 6/2013 (“Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados”, núm. 103, de 11 de abril de 2013, págs. 31-55); en él se puede leer *Con la aprobación de este real de decreto-ley el Gobierno da un paso más en el conjunto de iniciativas que ha adoptado desde el inicio de la legislatura para proteger a los pequeños ahorradores que han sufrido la mala comercialización de unos productos de inversión de gran complejidad; ... la venta de participaciones preferentes y deuda subordinada entre inversores minoristas se realizaron de forma masiva durante los años 2008 y 2009 ... la comercialización se realizó sin las precauciones debidas para un tipo de productos que, por su complejidad, no deberían haberse distribuido entre ahorradores y pequeños inversores, ya que estaban destinados fundamentalmente a inversores institucionales. Desde el primer momento el Gobierno ha buscado fórmulas que compatibilicen la compensación a los afectados por esta comercialización con la normativa comunitaria de ayudas de Estado, los planes de reestructuración y resolución de las entidades financieras, aprobados por la Comisión Europea y el respeto al principio de reducir el coste para el contribuyente. [H]a sido voluntad de este Gobierno el impulso de unos procedimientos de arbitraje para dirimir las controversias derivadas de la comercialización de participaciones preferentes y deuda subordinada ... el sistema arbitral de consumo es una solución extrajudicial y voluntaria de resolución de conflictos de carácter vinculante y ejecutivo para las partes ... Consideramos que es una vía rápida, eficaz y menos costosa que un procedimiento judicial ... Más de 16.000 casos en Novacaixagalicia y casi 10.000 en Catalunya Banc han sido resueltos y los ahorradores han podido recuperar su dinero. Como ven, con unos resultados positivos; el arbitraje ofrece una solución inmediata y a unos costes asequibles para los ahorradores, que evitan así tener que emprender un proceso judicial largo y costoso... este real decreto-ley ... contiene dos medidas fundamentales: en primer lugar, se crea una Comisión de seguimiento al más alto nivel que estará presidida por la Presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y cuya vicepresidencia corresponde al subgobernador del Banco de España ... La citada Comisión tendrá como principales propósitos los siguientes: establecer las directrices de la eje-*

cución de los procedimientos de arbitraje y hacer un seguimiento de los problemas sociales derivados de la comercialización de participaciones preferentes y otros instrumentos híbridos de capital ... El Gobierno no pretende crear un órgano más sino que persigue que esta Comisión actúe como un verdadero organismo supervisor que ejerza un auténtico control de manera transparente y eficaz y, por eso, entre las funciones que se le han encomendado a esta Comisión están las siguientes: En primer lugar, analizar las causas que generan las reclamaciones judiciales y extrajudiciales relativas a la comercialización de instrumentos híbridos de las entidades controladas por el FROB; en segundo lugar y como muestra de que queremos que sea un órgano transparente, tendrá que informar de dichos procedimientos a esta Cámara trimestralmente, y, en tercer lugar, tendrá que elevar propuestas de mejora para la protección del inversor en la comercialización de este tipo de productos ... En definitiva, señorías, con este real decreto-ley el Gobierno habilita una vía rápida y sencilla que tiene como prioridad aquellos ahorradores en circunstancias más vulnerables, bien por su situación familiar o económica. Para el juicio de este segundo requisito de apreciación de la urgente y extraordinaria necesidad apreciará el Tribunal que cabe deducir que la situación de urgencia a la que la presente norma pretende subvenir es la de atender a una problemática económica desfavorable, notoriamente conocida, que ha afectado a un gran número de personas, inversores minoristas, en su gran mayoría en situación de especial vulnerabilidad, que han sufrido las consecuencias negativas derivadas de una incorrecta comercialización de unos productos de inversión de carácter complejo, las participaciones preferentes y deuda subordinada, y que se han visto abocados a soportar especiales dificultades económicas para recuperar su inversión, mediante fórmulas que tratan de hacer compatible la compensación de los afectados, con los planes de reestructuración de las entidades financieras, aprobados por la Comisión Europea, haciendo posible, por un lado, el establecimiento de un mecanismo para dotar de liquidez a los titulares de participaciones preferentes que reciban acciones en sustitución de éstas y, por otro, contemplando un cauce institucional de resolución de controversias a través del arbitraje, más rápido y menos costoso que los procedimientos judiciales tradicionales. Se apreciará por el TC su objeto: atender a lo que cabe calificar como una *coyuntura económica problemática*’, en los términos expresamente aceptados por la doctrina constitucional, concretada en la instrumentación de medidas dirigidas a compensar las consecuencias negativas que han afectado a las inversiones realizadas por un conjunto de inversores minoristas, especialmente vulnerables, mediante la agilización de los procedimientos previstos para la recuperación de las cantidades invertidas. Por todo ello considerará el TC que la definición de la *extraordinaria y urgente necesidad* es explícita y razonada, argumento que utilizará el TC para concluir que los recurrentes más que objetar la urgente y extraordinaria ne-

cesidad muestran con el recurso su desacuerdo con la solución que la norma extraordinaria contiene, aspecto que el TC considera extramuros de su función: *no corresponde al Tribunal Constitucional enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles (entre otras muchas, STC 60/1991, de 14 de marzo, Fj 5), pues debemos respetar las opciones legislativas siempre que las mismas se ajusten al texto constitucional (STC 198/2012, FJ 11)*. De ahí que considere el deber de declarar que los órganos políticos, al explicitar la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que responde el Real Decreto-ley 6/2013, que es la de crear un cauce institucional que contribuya a agilizar los procedimientos dirigidos a la protección del inversor en la comercialización de esos productos financieros complejos, no hace un uso abusivo o arbitrario de la potestad normativa excepcional conferida al Gobierno, por lo que concurre, en el presente supuesto, la primera dimensión del presupuesto habilitante exigido por el art. 86.1 CE. Por lo que se refiere a la segunda dimensión del presupuesto de esta norma excepcional -la conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas adoptadas-, la demanda sustenta sus alegaciones, únicamente, en dos aspectos: por un lado, la creación de la comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, que efectúa el art. 1 del Real Decreto-ley, no precisa de una norma con rango de ley, por lo que su aprobación mediante el presente Decreto-ley es *innecesaria y desproporcionada*; y por otro, la creación de la mencionada comisión no implica avance alguno en la situaciones de los tenedores de participaciones preferentes, pues los mecanismos de gestión de estos productos híbridos ya estaban en marcha, fundamentalmente, a través de la Ley 9/2012. Considerará, sin embargo, el T que las medidas del TC van dirigidas a la aplicación de fórmulas que compatibilicen la compensación a los afectados por las inversiones en este tipo de instrumentos financieros, con la normativa comunitaria de ayudas al Estado y los planes de reestructuración de las entidades financieras, aprobados por la Comisión Europea. Para el cumplimiento de esta finalidad, el artículo 1 de la disposición impugnada contempla la creación de una comisión de seguimiento al más alto nivel, con el fin de establecer las directrices para la ejecución de los procedimientos de arbitraje y hacer un seguimiento de los problemas sociales derivados de la comercialización de participaciones preferentes y otros instrumentos híbridos de capital; es decir, un órgano que actúe como supervisor, y que eleve propuestas dirigidas a agilizar los procedimientos establecidos para la protección del inversor; en atención a esta consideración interpretará el TC que la medida está lejos de poder ser considerada *innecesaria o desproporcionada*, antes bien, contribuyen de manera efectiva a la introducción de *mejoras regula-*

torias en los mecanismos de protección de quienes han resultado afectados por los errores en la comercialización de estos productos financieros, apreciándose de este modo existe una conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la concreta urgencia invocada, treyendo el TC en su apoyo lo que ya se dijo en la STC 142/2014 en la que se vino a considerar conforme con el orden constitucional de competencias, la previsión de la oficina de información, atención y arbitraje para el consumidor de productos energéticos, por vía de decreto-ley. Se desdeñará asimismo el argumento de que es impropio el contenido reglamentario del RD-I, en la medida en que en nuestro ordenamiento no existe la denominada *reserva de reglamento*; como se ha señalado reiteradamente, *no cabe deducir de la Constitución la existencia de una reserva reglamentaria, de manera que el legislador no tiene vedada la regulación de materias que no le estén materialmente reservadas, de suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro ordenamiento cualquier contenido y en modo alguno le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario* (por todas, STC 120/2014, FJ 8, como expresamente se consideró en la STC 33/2005, FJ 7 *nuestro sistema de fuentes no contempla reservas de reglamento, lo cual implica que a la ley no le está vedada la regulación de materias atribuidas anteriormente al poder reglamentario ... Aunque en la mayoría de los supuestos nos hemos referido a leyes formales, esta doctrina también nos ha llevado en el pasado a aceptar la posibilidad de que los decretos-leyes eleven y congelen el rango normativo de materias que anteriormente estaban deslegalizadas (STC 60/1986, FJ 2)*). Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, —que la creación de la mencionada comisión no implica avance alguno en la situaciones de los tenedores de participaciones preferentes, pues los mecanismos de gestión de estos productos híbridos ya estaban en marcha, fundamentalmente, a través de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito— cabe recordar que la Ley 9/2012, a la que hace referencia el texto de la demanda, no viene a establecer el marco normativo dirigido al seguimiento y control de los procedimientos arbitrales para la solución de controversias entre los tenedores de títulos y las entidades emisoras. Es la norma que se impugna la que viene a articular la necesidad de un cauce normativo formal, mediante la creación de un órgano del máximo nivel que supervise el proceso y que imponga a las entidades que han necesitado fondos públicos los criterios para llevar a cabo estos procedimientos arbitrales. Son pues los criterios fijados por la comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada los que habrán de aplicarse por las entidades participadas por el FROB, para ofrecer a sus clientes el sometimiento a arbitraje de las controversias que surjan. Asimismo, corresponde a la comisión especificar los criterios para designar al colectivo

de clientes cuyas reclamaciones, en atención a la especial dificultad de sus circunstancias personales o familiares, deberán recibir una tramitación prioritaria por parte de las entidades participadas por el FROB. Concluyendo el Tc que esas funciones ponen por tanto de manifiesto que el art. 1 del Real Decreto-ley 6/2013 viene a innovar la situación jurídica preexistente, creando un marco institucional encargado de la supervisión del procedimiento arbitral y con incidencia directa en el proceso de reestructuración del sector financiero; concluyendo el TC que el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permite apreciar la existencia de la situación habilitante exigida por el art. 86.1 CE, y que las medidas adoptadas en el mencionado precepto guardan conexión de sentido con la situación de extraordinaria y urgente necesidad descrita en la norma.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3931-2013.

Se aprecia falta de concurrencia del requisito del presupuesto habilitante entendiéndose que el artículo 1 de dicha norma no supera dicha exigencia, remitiéndose el disidente con carácter general al Voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Mas no es sólo ésta ya señalada discrepancia, la única advertida: se trata de advertir la innecesariedad del rango que se atribuye a la norma de creación de la Comisión: éste no tenía por qué adoptar la forma de decreto-ley, supuesto que era posible su aprobación mediante decreto, en ausencia de reserva de ley alguna al respecto. Al tiempo que se disiente de las referencias a la declaración de las Sentencias citadas como aplicables al supuesto que se enjuicia.; como la mera lectura de la STC 332/2005 pone de manifiesto, el Tribunal admite la posibilidad de regular por decreto-ley lo que antes era materia reglamentaria pero, en lo que ahora importa, la somete a límites, como la existencia de razones de conexión sistemática y oportunidad, permitiendo que “se aproveche la aprobación de un decreto-ley de carácter liberalizador para reformar aspectos reglamentarios que teóricamente tienen esta misma intención”, aspecto que es diverso de lo que aquí se enjuicia. En suma, se considera que allí donde existe una ley para regular una materia es posible la in-

tervención del legislador de urgencia, con respeto a los límites que derivan del art. 86.1 CE, pues tal precepto constitucional habilita que, con los requisitos en él previstos las decisiones del Gobierno desplacen lo dispuesto en las leyes. Es evidente que el hecho de que la potestad legislativa resida en las Cortes Generales no impide que el Gobierno esté constitucionalmente habilitado para dictar normas con rango de ley, pero tal posibilidad ha de tener presente que, en nuestro sistema, la inexistencia de espacios exentos a una posible regulación legal se predica del Parlamento y no creo que deba ser entendida en el sentido de aumentar acriticamente el campo de actuación del Gobierno en el uso de un instrumento normativo que, por su propia naturaleza, debería ser excepcional. El decreto-ley puede ser necesario para modificar una materia regulada por ley pero lo es menos en materias que tienen un mero nivel reglamentario, ya que la innovación normativa puede hacerse mediante reglamentos. La idea de que únicamente es admisible la adopción de un decreto-ley si es inaplazable modificar una materia regulada mediante ley en un tiempo inferior al necesario para la aprobación de una ley formal por las Cortes Generales está, a juicio del disidente, sólidamente asentada en la doctrina del Tribunal STC 237/2012, FJ 4, con cita de la STC 137/2011, FJ 4, *no conviene olvidar que la Constitución reconoce a las Cortes Generales como 'las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario', ya que son ellas las que representan al pueblo español (art. 66.1 CE). El Gobierno ejerce la iniciativa legislativa, de conformidad con el art. 87.1 CE, por lo que la potestad que ostenta para dictar reales decretos-leyes, en virtud del art. 86.1 CE, se configura 'como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman' (STC 29/1982, FJ 1; doctrina que reitera la STC 182/1997, FJ 3); la STC 183/2014, FJ 4, señala que el fin de la norma de urgencia no es otro que subvenir a 'situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.'* (SSTC 31/2011, FJ 4; 137/2011, FJ 6; y 100/2012, FJ 8); en parecidos términos se pronuncia la STC 96/2014, FJ 5. Recordará el disidente que el decreto-ley es una norma dotada con fuerza y valor de ley pero no es equivalente a una ley formal del Parlamento, sino solamente, y no es poco, un producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución y sólo en los limitados términos allí previstos. En consecuencia, y sensu contrario, si el Gobierno puede atender la situación de urgencia con el ejercicio de las facultades normativas que le son propias, esto es, ejerciendo la potestad reglamentaria, no es constitucionalmente lícito que se sirva de facultades excepcionales que ha-

bilitan para dictar normas que valen como leyes únicamente en la medida estrictamente necesaria y determinada por la concurrencia de la situación de urgencia que constituye su presupuesto. La argumentación de la Sentencia, centrada en la inexistencia de una reserva reglamentaria, es irrelevante a estos efectos, pues no se trata de la ley ni del legislador que son quienes no tienen más límite respecto a lo que deciden regular que el respeto a la Constitución, sino de una norma excepcional, que no es ley, sino que se le equipara, y que es adoptada por quien no es el titular ordinario de la potestad legislativa, sino de la reglamentaria. En un caso como éste, resultaba preciso exigir al Gobierno, y no a la Sentencia, que hubiera siquiera explicitado las razones por las que ha acudido al rango legal para regular una cuestión que hubiera podido abordar en sede reglamentaria. Es criterio del voto particular que lo que ha quedado acreditado en este supuesto es que al Gobierno le parecía conveniente regular esta cuestión por decreto-ley, pero no que fuera necesario hacerlo.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3931-2013.

El dictado por el Gobierno de una norma que, pese a no proceder del único órgano al que corresponde, en un Estado democrático de Derecho, la titularidad originaria del poder legislativo, tiene rango y fuerza de ley se encuentra sujeto a un serie de límites, destinados todos ellos a garantizar el uso adecuado y no abusivo de este poder normativo excepcional. En lo que ahora interesa destacar, un singular relieve ha de atribuirse al concurso de una particular situación, constitucionalmente calificada como “extraordinaria y urgente necesidad”. Conforme se encargó de precisar este Tribunal desde sus momentos fundacionales, esta noción no constituye *una expresión vacía de contenido* dentro de la cual pueda moverse sin restricción alguna el Gobierno (STC 29/1982, FJ 3); se trata, antes al contrario, de un requisito dotado de un contenido complejo, que se erige adicionalmente como presupuesto habilitante del ejercicio regular de esta potestad y cuya ausencia, tras la obligada verificación por la jurisdicción constitucional, determina la nulidad de la norma aprobada. Mi disentimiento se traduce, precisamente, en relación con la aplicación que el parecer mayoritario efectúa del primero de los escrutinios de necesario empleo para verificar la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad en relación con el único precepto legal contestado. Se considera relegada la apreciación de lo congruencia entre la norma elegida y la situación que se pretende normar. Se disiente de los argu-

mentos de la Sentencia en cuanto a la necesidad de la norma y, por ende, de su carácter extraordinario, por injustificado el motivo que la produce. Siendo claramente insuficiente, para el disidente, los argumentos de la Sentencia; apreciando que su finalidad va dirigida a declarar que dicha actividad ha de estar revestida con los atributos propios de las reglas imperativas, y no ya de las meramente programáticas, instrumentadas mediante una variada gama de vías, reconducibles a fórmulas del derecho suave u orientativo (soft law). Tampoco el examen de los argumentos del Ministro que promueve la norma objeto de este juicio de constitucionalidad son convincentes para el disidente por cuanto la totalidad de las argumentaciones suministradas por el Sr. Ministro constituye una simple narración de los objetivos perseguidos con el dictado de la norma de urgencia así como de las medidas que la propia norma incorpora a su articulado, mas, en ningún caso justifican la urgencia y necesidad de acudir a esta fuente jurídica excepcional, cobertura ésta que en modo alguno puede satisfacer los requerimientos constitucionales: en ese discurso, en suma, no es posible vislumbrar el menor intento o el más liviano empeño por explicitar la concurrencia de una necesidad urgente y extraordinaria en la constitución de la tan mencionada comisión de seguimiento.

Amén de la Sentencia que acabamos de reseñar, en el tramo de las Sentencias del Tribunal durante 2015 entre la 1 a la 91, que son objeto de la reseña de este número, es posible encontrar otras decisiones del TC acerca del ejercicio de la competencia gubernamental en materia de Decreto-ley:

Sentencia 27/2015, de 19 de febrero de 2015 (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 6368-2013. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Competencias en materia laboral y límites a los decretos leyes: nulidad por falta de acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante para abordar la reforma urgente de algunas de las obligaciones de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo y de la competencia para sancionar el incumplimiento del deber de mantener la inscripción como demandantes de empleo.

Sentencia 28/2015, de 19 de febrero de 2015 (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 6412-2013. Promovido por el Gobierno de Extremadura en relación con los arts. 1; 2, apartados uno y dos; 3; disposición adicional única y disposición final tercera del Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

Límites a los decretos leyes: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante para la regulación legal urgente del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (véase la STC 183/2014 reseñada en el n° anterior de la Revista).

Sentencia 29/2015, de 19 de febrero de 2015 (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015).

Cuestión de inconstitucionalidad 1772-2014. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa.

Límites a los decretos leyes: falta de acreditación del presupuesto habilitante para aprobar con carácter urgente el precepto legal que enumera los supuestos en los que se requiere acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa en materia de ordenación territorial y urbanística.

Sentencia 47/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 85, de 9 de abril de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 2856-2011. Interpuesto por la Xunta de Galicia en relación con el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero.

Principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad e igualdad; límites a los decretos-leyes: constitucionalidad de los preceptos legales dictados al amparo de las competencias estatales sobre bases de ordenación del crédito, banca y seguros, acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante para la regulación urgente.

Sentencia 48/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 85, de 9 de abril de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 6045-2012. Interpuesto por la Xunta de Galicia, contra el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la sus-

pensión de los procedimientos de pre-asignación 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.

Principio de seguridad jurídica y límites a los decretos-leyes: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante y de la conexión de sentido para la reforma de las medidas de fomento de la producción de energías renovables. Voto particular.

Sentencia 49/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 85, de 9 de abril de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 1114-2013. Interpuesto por más de cincuenta diputados respecto del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones. Voto particular.

Sentencia 81/2015, de 30 de abril de 2015 (BOE núm. 136, de 8 de junio de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 5736-2012. Interpuesto por el Parlamento de Navarra frente al artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Límites a los decretos-leyes, competencias en materia de ordenación general de la economía y función pública y principio de seguridad jurídica: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante y de la conexión de sentido en la supresión de la paga extraordinaria y de la paga adicional de complemento específico, correspondientes al mes de diciembre de 2012; observancia de los límites materiales de los decretos-leyes.

2. Sentencia 15/2015, de 5 de febrero (BOE de 2 de marzo). Ponente: Ollero Tassara (Conflicto de competencia).

Preceptos constitucionales: 1.1; 2; 9.3; 14; 68.3; 137; 152.1; 153.a)

otros:

Objeto: Recurso de inconstitucionalidad núm. 6408-2014, promovido por más de

cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista contra la Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 75/1985; 45/1992; 225/1998; 103/2008; 19/2011; 106/2014; 197/2014; 214/2014.

Materias: Respeto al principio de proporcionalidad. Límites del TC en el control de constitucionalidad de las opciones del legislador.

La parte dispositiva de la Ley impugnada consta de un artículo único, de una disposición derogatoria de cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo en él prescrito y de otra final, en la que se determina la entrada en vigor de la Ley al día siguiente a su publicación oficial. El contenido del primero de estos preceptos es el siguiente:

Artículo único. Reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha

El artículo 16 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha quedará redactado conforme al siguiente tenor literal.

Artículo 16. Las Cortes de Castilla-La Mancha están formadas por 33 Diputados.

A cada provincia le corresponde un mínimo inicial de 3 Diputados.

Los 18 Diputados restantes se distribuyen entre las provincias en proporción a su población, conforme al siguiente procedimiento:

Se obtienen una cuota de reparto resultante de dividir por 18 la cifra total de la población de derecho de las cinco provincias de Castilla-La Mancha.

Se adjudican a cada provincia tantos Diputados como resulte, en números enteros, de dividir la población de derecho provincial por la cuota de reparto.

Los Diputados restantes se distribuyen asignando uno a cada una de las provincias cuyo cociente, obtenido conforme al apartado anterior tenga una fracción decimal mayor.

El Decreto de convocatoria debe especificar el número de Diputados a elegir en cada circunscripción, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo.

Considerará el TC que es relevante señalar que la disposición transcrita, y esta Ley 4/2014, en su conjunto, se presentan, conforme a su exposición de motivos, como desarrollo del art. 10 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (EACM), precepto estatutario que fue objeto de modificación parcial por la Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo. La reforma determinó que las Cortes de la Comunidad Autónoma pasarían a estar integradas, reduciendo así su composición anterior, por un mínimo de 25 diputados y un máximo de 35. Procede tener presente asimismo que la citada Ley Orgánica 2/2014 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal, resuelto por la STC 197/2014, de 4 de diciembre, desestimatoria de aquella impugnación. La demanda del presente recurso no sólo ha pedido la declaración de inconstitucionalidad de la Ley impugnada, sino también su suspensión cautelar, en prevención de que la Sentencia no llegara a dictarse antes de las próximas elecciones a Cortes de Castilla-La Mancha. Bien claro está que así no ha sido, lo que ha hecho innecesario un pronunciamiento anticipado sobre tal solicitud (SSTC 103/2008, FJ, 6, y 106/2014, FJ 9). Antes de entrar a considerar las tachas de inconstitucionalidad que el recurso hace a la Ley impugnada es precisa una delimitación del objeto de este control de constitucionalidad a la vista de lo que en la demanda se aduce. Se dice en ella, ciertamente, que objeto del recurso es la Ley 4/2014 “en su integridad”, pero esta afirmación no se compadece ni con lo alegado en concreto por los recurrentes ni, de otra parte, con los límites objetivos del control de constitucional que a este Tribunal corresponde: En efecto, toda la argumentación de la demanda, como en los antecedentes se ha expuesto, se orienta a fundamentar la inconstitucionalidad de la nueva composición numérica de las Cortes de Castilla-La Mancha, cifrada en 33 diputados por el nuevo art. 16.1 de la Ley electoral, conforme al artículo único de la impugnada; para el TC es claro que su enjuiciamiento directo ha de quedar acotado de igual modo, sin perjuicio de lo previsto en el art. 39.1 LOTC en punto a una eventual declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia; será criterio del Tc que no habrá de enjuiciar ni las disposiciones derogatoria y final de la Ley 4/2014 en su consideración de disposiciones *meramente instrumentales*, ni tampoco el resto de determinaciones contenidas en el nuevo art. 16 de la Ley electoral, referidas a la asignación mínima inicial de tres diputados por provincia, al procedimiento de distribución de los 18 diputados restantes entre las circunscripciones provinciales en atención a su población respectiva (número 3) y, en fin, a la necesaria especificación por el decreto que convoque a elecciones del número de representantes a elegir en cada circunscripción (número 4). Apreciará el TC que sobre esta última previsión no se dice, desde luego, cosa alguna en la de-

manda, pero tampoco se contiene en ella alegato específico en contra de lo establecido en los números 2 y 3 que quedan dichos. No puede de ningún modo tomarse por censura de inconstitucionalidad, en particular, la pregunta retórica que la demanda formula en determinado pasaje sobre el porqué de la fijación de un mínimo inicial de tres diputados por provincia y no de dos, según lo establecido en el art. 162.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general; precepto este no aplicable a las elecciones a asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. La respuesta a tal interrogante sería la de que, si así hubiera sido, *la barrera electoral se determinaría en porcentajes inasumibles desde el punto de vista de un estricto juicio de la proporcionalidad*; opinión ex parte sobre la que el TC considera que nada tiene que decir. El recurso no impugna, en sí misma, esta adjudicación mínima o inicial de escaños por provincia y tampoco controvierte el procedimiento de distribución de los restantes entre las circunscripciones, reparto este último que, por otro lado, se ordena conforme a unas pautas que no difieren de las fijadas en la redacción originaria del art. 16.3 de la Ley electoral 5/1986. Siguiendo con su análisis de la demanda el TC toma también distancias críticas respecto a la exposición de motivos de la Ley impugnada, a la que se tacha de no ser *sincera*, y opone a sus aseveraciones, con reiteración, el señalamiento de un llamado, con estas palabras u otras, *motivo oculto* de la misma, su *intencionalidad partidista*; esta constituiría su *verdadera finalidad* e ilustraría sobre la inconstitucionalidad pretendida. Como con reiteración ha advertido el Alto Tribunal, no corresponde a este procedimiento el enjuiciar, ni considerar siquiera, las hipotéticas o presuntas intenciones con las que las leyes hayan sido adoptadas; so pena de privar de toda objetividad al control que a esta jurisdicción le cumple (STC 197/2014, FJ 1). Sobre uno y otro de estos extremos, en consecuencia, no cabe esperar del TC pronunciamiento alguno. Subrayará el éste que el objeto de su pronunciamiento no ha de ser sino la conformidad o no a la Constitución y al Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha de la reducción legal, hasta 33 diputados, de la composición de las Cortes de Castilla-La Mancha. Procede ya, en consecuencia, considerar los alegatos expuestos frente a la constitucionalidad de esta determinación legislativa y en su defensa. Los recurrentes articulan seis motivos de inconstitucionalidad contra la Ley que impugnan, que incluye la norma originaria que ahora se reforma parcialmente, pues el recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley Orgánica, al que los demandantes en este punto se remiten, fue ya, como se ha recordado, resuelto y desestimado por la STC 197/2014; en lo demás, según la demanda, la Ley 4/2014 sería contraria al principio constitucional del pluralismo político (art. 1.1 CE, en relación, se dice, con el art. 14 CE); al sistema de representación proporcio-

nal (arts. 152.1 CE y 10.2 EACM, junto a los que se cita el art. 68.1 de la norma fundamental, mención esta última que hay que suponer referida al número 3 de tal disposición); al precepto constitucional que enuncia el derecho a un acceso igualitario a las funciones y cargos públicos (art. 23.2); a la interdicción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3) y, en fin, a la garantía por la Constitución de la autonomía política de la Comunidad de Castilla-La Mancha [invoca la demanda, a estos efectos, los arts. 2, 137 y 153 a) CE]. Como ya se hizo en la STC 197/2014, las tres primeras tachas de inconstitucionalidad habrán de ser consideradas en lo que sigue de un modo integrado. Estando a lo que en la demanda se aduce, la infracción primera que aquí se ha de enjuiciar es la que vendría dada por la conculcación de lo dispuesto en el art. 152.1 CE en orden al sistema de representación proporcional para la elección de los miembros de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas; supuesta vulneración ésta de la que se seguirían la del valor superior del pluralismo político y la del derecho enunciado en el art. 23.2 de la norma fundamental, todo ello conforme a lo argumentado en la ya mencionada STC 197/2014 (FJ 2); una consideración específica y diferenciada requieren, por el contrario, las otras dos tachas de inconstitucionalidad opuestas frente a la Ley impugnada. Se afirma en el recurso que la Ley 4/2014 habría conculcado, al fijar en 33 el número de diputados a las Cortes de Castilla-La Mancha, la norma constitucional que proscribía la arbitrariedad en el actuar de los poderes públicos (art. 9.3 CE); se aducirá que esta determinación legal es fruto del *capricho*; que ignora, además, la *regla esencial* según la cual la dimensión de la Cámara de representación no puede disminuir cuando la población no lo hace o incluso aumenta, así como que la reducción del número de representantes estaría buscada de propósito para favorecer al partido político mayoritario hoy en las Cortes; afirmación, esta última, que quiere acreditarse mediante proyecciones y estimaciones sobre cuál podría ser la distribución del sufragio ciudadano en unos próximos comicios. El TC considera que no puede compartir estos reproches, fundados como están, exclusivamente, en apreciaciones políticas (inconducentes en términos de constitucionalidad); en juicios sobre la intención del legislador (ajenos al control de constitucionalidad); en pronósticos o conjeturas acerca del voto futuro de los electores (sobre los que no cabe argumentar la inconstitucionalidad de una determinación legal) o, en fin, en una aducida *regla esencial*, no ciertamente jurídico-constitucional, según la cual, la dimensión de una asamblea representativa no debiera disminuir cuando no lo hace, o incluso aumenta, la población representada. Considera el TC que ninguno de estos alegatos abona, ni tan siquiera sugiere, la denunciada arbitrariedad de la Ley 4/2014. Este reproche requiere de una ar-

gumentación específica que aporte siquiera indicios, a confirmar o no en el juicio, de que la disposición con tal título impugnada encarna una discriminación normativa o carece en absoluto de explicación racional (STC 197/2014, FJ 5); al margen de conjeturas sobre el sentido de un sufragio por venir y de valoraciones acerca del supuesto *animus* del legislador, el recurso no aporta, sin embargo, indicio alguno en orden a tal hipotético alcance discriminatorio de la Ley impugnada; no es sólo que el legislador autonómico puede desplegar toda su amplia libertad de configuración en este punto dentro del margen abierto por el art. 10.2 EACM (entre 25 y 35 representantes), libertad de la que también este Tribunal es garante. Además, la propia exposición de motivos de la Ley 4/2014 se ha cuidado de dar razón de sus propias determinaciones normativas; sin que a este Tribunal, como es obvio, le corresponda entrar a valorar en derecho tal designio. En definitiva, concluye el TC, no ha resultado infringido, en definitiva, el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Entra a analizar el TC el argumento de que se están violando los arts. 2, 137 y 153 a) CE, que la Ley 4/2014 infringe la autonomía política de la Comunidad de Castilla-La Mancha al haber reducido a 33 el número de representantes en las Cortes de la Comunidad Autónoma, lo que depararía la privación a dicha Cámara de la *capacidad de hacer leyes como producto de la participación y el debate plural*. Sin perjuicio de que no se alcanza a ver cuál sea el sentido de la invocación, en este contexto, del art. 153 a) CE, basta para excluir todo asomo de inconstitucionalidad por esta causa con remitirse a lo que, ante reproche igual, ya fue mantenido en la tantas veces citada STC 197/2014; se reitera que era evidente que la autonomía política de la Comunidad de Castilla-La Mancha (arts. 2 y 137 CE) y su consiguiente capacidad de legislar en los ámbitos de su competencia [art. 152.1 CE y art. 9.2 a) EACM] no había quedado empañada, ni afectada siquiera, por la reducción del número de miembros de la Cámara autonómica; sobre la apreciación de que la Constitución no depara pauta alguna, de modo directo y específico, sobre el número de integrantes de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas; será criterio del TC que esta determinación corresponde a la Ley Orgánica que apruebe cada Estatuto de Autonomía [art. 147.2 c) CE] o a las normas autonómicas que complementen o desarrollen tales previsiones estatutarias; desarrollo del art. 10 EACM llevado aquí a cabo, precisamente, por la Ley ahora impugnada. Considerará el TC que es patente que la Ley 4/2014 no ha afectado, con la reducción a 33 el número de diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha, a la autonomía política que a esta Comunidad corresponde conforme a la Constitución y al propio Estatuto de Autonomía. Afrontará enseguida, el Alto Tribunal, lo que puede conside-

rarse el núcleo del recurso, es decir, la supuesta vulneración por la Ley 4/2014, al fijar en 33 el número de diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha, de lo prescrito en el art. 152.1 CE; de conformidad con este, las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas habrán de ser elegidas *con arreglo a un sistema de representación proporcional*. Esta aducida infracción constitucional conllevaría, de confirmarse, la transgresión, también, del art. 10.2 EACM, en cuyo párrafo primero se reitera tal exigencia de proporcionalidad para la elección de las Cortes de la Comunidad Autónoma. No así, sin embargo, la vulneración del art. 68 CE, que los recurrentes también citan, precepto cuyo número 3 impone atender a criterios de representación proporcional en la ordenación, estrictamente, de las elecciones al Congreso de los Diputados. Recordará, el TC que conforme a reiterada doctrina constitucional, la exigencia de proporcionalidad *ex* art. 152.1 CE pesa sobre las normas reguladoras de las elecciones a las asambleas legislativas de todas las Comunidades Autónomas, no sólo de aquellas que se constituyeron con arreglo al art. 151 de la propia norma fundamental (STC 197/2014). Considerará el TC que si la proporcionalidad que impone aquel art. 152.1 CE hubiera sido ignorada por la Ley 4/2014, sí sería ya obligado apreciar que también habrían sido contradichos el principio del pluralismo político y la regla que enuncia el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al cargo de diputado. No es dudoso que aquel principio y esta regla encuentran una de sus garantías en la proporcionalidad cuando esta última viene impuesta por la Constitución o, en general, por el bloque de la constitucionalidad. Afirmará el TC que la piedra de toque para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley 4/2014 viene dada por el art. 152.1 CE y, en reiteración de tal precepto, por el art. 10.2 EACM. No queda condicionada la validez en este punto de la Ley impugnada por otras reglas o criterios ni en particular por las recomendaciones que se invocan de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), directrices que no pueden constituirse en pauta del enjuiciamiento constitucional como ya se dijo en la tantas veces citada STC 197/2014, FJ 4). Por lo que se refiere a la fijación en la norma impugnada del número de Diputados en 33 ciertamente, reconoce el TC, ciertamente se ha reducido la dimensión de la Cámara; el margen que se concretó, primero, en 47 diputados, según la reforma de la Ley electoral llevada a cabo por la Ley 8/1998; después en 49, conforme a la Ley 12/2007 y más tarde en 53, por obra de la nueva modificación de aquella normativa electoral mediante la Ley 4/2012 (esta última reforma, con todo, nunca ha sido aplicada en comicios autonómicos —según se ha recordado en la STC 214/2014, FJ 2— pues la Ley 4/2012 ha sido derogada por la citada Ley Orgánica 2/2014 y susti-

tuida, después, por la que, hoy impugnada, desarrolla esta última reforma parcial del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha). Consideran los recurrente que esa reducción del número de diputados, al tiempo que la reducción de la magnitud de cada una de las cinco circunscripciones electorales de Castilla-La Mancha conllevaría una *abolición del sistema proporcional* o la configuración de un *sistema mayoritario sin corrección alguna*. Entienden los recurrentes que la disminución, hasta 33, del número de diputados a Cortes y la consiguiente la reducción de la magnitud de cada una de las cinco circunscripciones electorales de Castilla-La Mancha conllevaría una, así dicen, *abolición del sistema proporcional* o la configuración de un *sistema mayoritario sin corrección alguna*; la nueva y menor dimensión de las circunscripciones provinciales depararía unas desmedidas *barreras electorales* para acceder al reparto de escaños, lo que determinaría una exclusión de la asamblea autonómica de opciones minoritarias o *terceras fuerzas* políticas, favoreciéndose al partido hoy mayoritario en las Cortes a través de la asignación selectiva de un número par o impar de escaños a unas u otras circunscripciones. Señalará el TC cómo, el resto de las partes en el proceso, han salido al paso de tales alegatos afirmando, *ex* STC 197/2014, que la Ley 4/2014 se limita a fijar un número de diputados comprendidos en el margen abierto, sin quiebra de la Constitución, por la Ley Orgánica 2/2014; su impugnación no podría fundamentarse en pronósticos o anticipaciones sobre el futuro sufragio de los electores y, en fin, que la proporcionalidad exigida por el art. 152.1 CE comportaría sólo, conforme a la jurisprudencia constitucional, una orientación o imperativo de tendencia, respetado sin duda por la Ley recurrida. Como ya advirtió el TC en su reiterada cita de la STC 197/2014, toda reducción del número de representantes a elegir en una circunscripción electoral no favorecerá, más bien al contrario, la mayor proporcionalidad del sistema electoral de que se trate; la menor proporcionalidad en principio asociada a la disminución del número de puestos a cubrir (de escaños, en este caso) no es un efecto jurídico determinado sólo, de manera directa y necesaria, por las normas que asignen diputados a cada circunscripción; observará el TC que una importancia no menor tendrán —para restringir o, incluso, para favorecer la proporcionalidad— elementos o variables ajenos a toda predeterminación jurídica; sobre todo, el número de candidaturas presentadas y el grado mayor o menor de concentración o dispersión entre ellas del sufragio de los electores; sostiene el TC que no es posible compartir la censura de inconstitucionalidad que la demanda dirige contra la Ley 4/2014; apreciará el TC que los argumentos contra la norma objeto del proceso son en muy buena medida preventivas o cautelares, construidas como están a partir de lo que se presenta al modo de prognosis del sentido del

sufragio por venir mediante extrapolaciones o ejercicios de proyección de anteriores resultados electorales sobre unos comicios futuros; un planteamiento de este género es, en general, y conforme a una muy reiterada jurisprudencia constitucional, inconducente para instar la declaración de inconstitucionalidad de una ley y no ha de servir ahora para llevar al TC a la convicción de que la norma impugnada deparará la supresión o abolición de la proporcionalidad que exige el art. 152.1 CE tan sólo por haber reducido, en los términos dichos, el número de diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha [STC 197/2014, FJ 7 c) y jurisprudencia allí citada]. En definitiva, como ya se advirtió en la STC 197/2014 el grado, incierto hoy, en que la proporcionalidad pueda llegar a contraerse a resultados de lo dispuesto en esta Ley no es algo que quepa enjuiciar, en abstracto, por este Tribunal Constitucional. Se reprochará los recurrentes un un entendimiento de lo exigido por los arts. 152.1 CE y 10.2 EACM y, en general, por las normas del bloque de la constitucionalidad referidas a la representación proporcional, que no se compadece, según constante jurisprudencia de este Tribunal, con el recto sentido de tales preceptos; será criterio del TC que bastará para ilustrar lo dicho con la remisión de la jurisprudencia al respecto y en especial, una vez más, a la tan citada STC 197/2014 [FJ 7 b)]; en ella ya se recordó que las exigencias constitucionales en punto a la proporcionalidad han de ser vistas como *imperativos de tendencia* que orientan, pero no conforman, la libertad de configuración del legislador (ATC 240/2008, FJ 2), cuyo insuprimible y amplio margen de autodeterminación no ha de quedar comprometido en pos de la consecución de un apenas concebible sistema *puro* de representación proporcional (STC 75/1985, FJ 5); ya se observó por el TC que las reglas constitucionales referidas a la proporcionalidad no pueden interpretarse como imperativos de resultados y sí, con carácter bastante más limitado, como mandatos al legislador para establecer una condición de posibilidad de la proporcionalidad misma. Mandatos de alcance negativo, se precisó en la STC 75/1985, que se cifran, por lo pronto, en la interdicción de la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección; esto conlleva la necesaria conformación de las circunscripciones electorales en modo tal que no se impida *de iure* toda posible proporcionalidad, en el grado y extensión que sea, para la conversión de votos en escaños. Junto a ello, en la prohibición, también, de la desfiguración por ley de lo que hemos llamado *esencia* de la proporcionalidad mediante límites directos de la misma, como las barreras electorales o cláusulas de exclusión que, vista su entidad, llegasen a resultar desmedidas o exorbitantes para la igualdad de oportunidades entre candidaturas. Ya se concluye, observa el TC que, si límites como estos no hubieran sido transgredidos, no podría ya

este Tribunal erigirse en juez del grado, mayor o menor, suficiente o no, según estimaciones políticas, de la proporcionalidad auspiciada por determinado sistema electoral, en cada una de sus piezas y en la conjunción de todas ellas, pues, si tal hiciera, ocuparía el lugar que corresponde al legislador. La jurisprudencia recién recordada conduce derechamente a rechazar que la Ley 4/2014 haya quebrantado la exigencia constitucional de proporcionalidad por haber reducido hasta 33 el número de representantes en las Cortes de Castilla-La Mancha y disminuido, con ello, el número de escaños a cubrir en cada circunscripción electoral. Con independencia de que aquella reducción de la dimensión de la Cámara lo ha sido, como es patente, dentro de los límites fijados por la Ley Orgánica 2/2014, es ahora obligado constatar que la específica disminución del número de escaños a elegir en cada una de las circunscripciones que de tal reducción se sigue en modo alguno que impida toda posible proporcionalidad del sistema electoral para la integración de las Cortes de la Comunidad Autónoma. Compete al legislador determinar el número de escaños asignados a cada circunscripción (STC 45/1992, de 2 de abril, FJ 5) o condicionar su determinación; decisión ésta que no debe hacerse en modo tal que se impida *de iure* toda posible proporcionalidad en el procedimiento de conversión de votos en escaños. Pero si la configuración de las circunscripciones no imposibilita, en sí misma, tal posible despliegue de la proporcionalidad no podrá ya censurarse la opción legislativa en términos jurídico-constitucionales, so pena de convertir la legítima crítica política en argumento de inconstitucionalidad; en ello incurre a menudo la demanda al calificar, por ejemplo, de poco creíble y poco fiable esta reforma de la Ley electoral. Considera el TC que no es su cometido fijar por Sentencia el concreto número de escaños que así corresponderá a cada circunscripción, determinación ésta que le corresponde al decreto de convocatoria de elecciones con arreglo a lo dispuesto en la Ley electoral (art. 16.4) y sobre la base de los datos oficiales de población, pero sí le corresponde constatar que la asignación de escaños a cada una de las circunscripciones electorales de Castilla-La Mancha resultante de lo establecido en la Ley impugnada (número inicial de escaños por provincia y asignación del resto según su respectiva población) queda lejos de impedir todo posible despliegue de la proporcionalidad exigida por los arts. 152.1 CE y 10.2 EACM. El sistema electoral para la integración de las Cortes de la Comunidad Autónoma no ha perdido por obra de la Ley impugnada, en definitiva, su capacidad para reflejar, las principales opciones políticas existentes y en esto es en lo que se cifra la no transgresión del mandato constitucional de proporcionalidad (STC 225/1998, FJ 7), sin que sea tarea de este Tribunal decir cosa alguna sobre la mayor o menor corrección constitu-

cional de otras posibles opciones legislativas que hubieran podido adoptarse tanto en cuanto a la composición numérica de la Cámara como para el reparto de escaños entre las circunscripciones electorales (STC 19/2011, FJ 3). El art. 152.1 CE no ha sido, por todo ello, vulnerado. Tampoco lo ha sido, en consecuencia, el art. 10.2 EACM. No conculcada, en suma, la proporcionalidad que la Constitución y el Estatuto de Autonomía exigen, es obligado concluir en que tampoco lo han sido ni el pluralismo político ni la norma que enuncia el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad y de conformidad con los requisitos que señalen las leyes (arts. 1.1 y 23.2 CE).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, ha decidido desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

A. Comunidades Autónomas.

A.1. Autonomía.

1. Sentencia 26/2015, de 19 de febrero de 2015 (BOE de 16 de marzo). Ponente: Enrique Sancho (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 133; 149.1.14; 150.3; 156.1; 157.3.

otros: 6.2 y 3 LOFCA; 203.5 EAA; 203.5 EAC

Objeto: Recurso de inconstitucionalidad núm. 1808-2013, interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el art. 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 27/1981; 76/1983; 19/1987; 37/1987; 214/1989; 150/1990; 135/1992; 197/1992; 221/1992; 214/1994; 296/1994; 46/2000; 194/2000; 276/2000; 289/2000; 72/2003; 193/2004; 179/2006; 7/2010; 31/2010; 37/2011/ 19/2012; 32/2012; 210/2012; 101/2013; 53/2014; 83/2014.

Materias: Imposición estatal, imposición autonómica: límites constitucionales sobre duplicidad de hechos imposables con el mismo objeto: alcance de las limitaciones en el art. 6 LOFCA.

El precepto impugnado establece el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito, con la finalidad, expresada en el preámbulo de la norma, de asegurar un tratamiento fiscal armonizado que garantice una mayor eficiencia en el funcionamiento del sistema financiero. El impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito tiene los siguientes elementos esenciales: Se define como un tributo de carácter directo que grava *los depósitos constituidos en las entidades de crédito* (art. 19.1). Su ámbito territorial de aplicación es el territorio español, *sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económico en vigor, respectivamente, en los territorios históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra* (art. 19.2). El hecho imponible lo constituye *el mantenimiento de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por los contribuyentes señalados en el apartado Seis de este artículo, y que comporten la obligación de restitución, a excepción de los fondos mantenidos en sucursales fuera del territorio español* (art. 19.3 de la Ley 16/2012). Su periodo impositivo es el año natural con carácter general (art. 19.5). Los contribuyentes son las entidades de crédito definidas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, *sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas así como las sucursales en territorio español de entidades de crédito extranjeras* (art. 19.6). La base imponible del tributo está integrada por el importe resultante de promediar aritméticamente el saldo final de cada trimestre natural del periodo impositivo, correspondiente a la partida 4 *Depósitos de la clientela* del Pasivo del Balance reservado de las entidades de crédito, incluidos en los estados financieros individuales (art. 19.7), con los ajustes a que se refiere el mismo precepto. La cuota íntegra *será el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen del 0 por 100* (art. 19.8 Ley 16/2012). Las obligaciones de presentar autoliquidación (art. 19.9 Ley 16/2012), así como las de realizar pagos a cuenta (art. 19.10) se supeditan a que la cuota sea superior a cero euros. Se habilita a la LPGE para modificar el tipo de gravamen y el pago a cuenta (art. 19.11 Ley 16/2012). El apartado 13 prevé la aplicación de la compensación a que se refiere el art. 6.2 de la LO 8/1980, de 22 de septiembre, LOFCA a *aquellos tributos propios de las Comunidades Autónomas establecidos en una Ley aprobada con anterioridad a 1 de diciembre de 2012*. La demanda solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la Ley 16/2012 por tres motivos: En primer lugar, el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito sería en realidad la simulación de un impuesto, que por lo tanto no tiene encaje en el concepto de tributo del art.

31.1 CE toda vez que su única finalidad es armonizar la imposición sobre los depósitos bancarios, pero no recaudar, como es propio de todo tributo. En consecuencia, su creación por el Estado no puede ampararse en las competencias para crear tributos (arts. 133.1 y 149.1.14 CE). En conexión con el argumento anterior, se sostiene en la demanda que el Estado ostenta efectivamente la competencia para armonizar la imposición sobre los depósitos bancarios, si bien ello debe hacerse mediante la Ley Orgánica a que se refiere el art. 157.3 CE, que en estos momentos es la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA, en lo que sigue). Sólo a esta norma corresponde la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, el art. 19 de la Ley 16/2012 habría invadido el ámbito constitucionalmente reservado a la ley orgánica por el art. 157.3 CE. El apartado 13 del art. 19 resultaría además inconstitucional porque limitaría indebidamente el alcance de la compensación en caso de ocupación de hechos imposables por parte del Estado, tratándose de una norma meramente interpretativa del art. 6.2 LOFCA que además vulnera la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE). Se solicita, por parte del Abogado del Estado la desestimación en base a las siguientes alegaciones: El impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito tiene la legítima finalidad de asegurar un tratamiento fiscal armonizado que garantice una mayor eficiencia en el funcionamiento del sistema financiero. Por tanto, su creación se incardina en las competencias que al Estado reserva la Constitución (arts. 133.2 y 149.1.14 CE), teniendo además una finalidad extrafiscal amparable en el art. 149.1.13 CE, y sin que deje de tener encaje en el concepto de tributo del art. 31.1 CE por el mero hecho de tener un tipo de gravamen cero. Tampoco se invade el ámbito correspondiente a la LOFCA, sino que precisamente se aplica el art. 6.2 de esta norma, que permite la ocupación de hechos imposables por el Estado. Finalmente, el art. 19.13 no es una norma meramente interpretativa que asuma indebidamente papel alguno que corresponda al constituyente, como sostiene la demanda, sino que se limita a concretar los criterios que se establecen en la LOFCA tal y como reclama el propio tenor literal de su art. 6.2. Afrontará el TC, con carácter previo, al examen de fondo, la incidencia que en este proceso tiene la modificación del art. 19 de la Ley 16/2012 que se impugna, mediante el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (Real Decreto-ley 8/2014, en adelante), y por la Ley 18/2014, de 15 de octubre. El preámbulo del Real Decreto-ley 8/2014 justifica la modificación en la aprobación de impuestos autonómicos con posterioridad a la tramitación legislativa del

precepto que ahora se impugna, situación que *hace necesaria esta modificación urgente con el objeto de garantizar una tributación armonizada de los depósitos constituidos en las entidades de crédito en todo el territorio español. A tal fin, se establece, con efectos desde el 1 de enero de 2014, un tipo de gravamen del 0,03 por 100, cuya recaudación será destinada a las Comunidades Autónomas donde radiquen la sede central o las sucursales de los contribuyentes en las que se mantengan los fondos de terceros gravados. Además, se introducen mejoras técnicas en la configuración de la base imponible del impuesto.* Se introducen con carácter específico las siguientes modificaciones: (a) Se otorga nueva redacción a los apartados 5 (*Periodo impositivo y devengo*); y 7 a 10 (*Base imponible; Cuota tributaria, Autoliquidación y Obligación de realizar pago a cuenta*), lo que tiene como relevante efecto que el tributo deja de ser un impuesto a tipo cero para tener un tipo de gravamen del 0,03 por 100. (b) Se añade un párrafo al apartado 13, limitativo de la compensación, con el siguiente tenor: *Respecto de los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2014, las medidas de compensación en favor de las Comunidades Autónomas establecidas con base en el art. 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, se minorarán en el importe de la recaudación que se distribuya a las correspondientes Comunidades Autónomas de acuerdo con lo previsto en el apartado siguiente. Se renumera el apartado 14, que pasa a ser el 15, y se añade un nuevo apartado 14, con efectos desde el 1 de enero de 2014, intitulado Distribución de la recaudación, y que tiene como consecuencia atribuir íntegramente la recaudación obtenida con el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito a todas las Comunidades Autónomas, repartiéndose entre ellas en función de los criterios allí establecidos.* (d) Finalmente, el art. 124.2 del RD-18/2014 añade una disposición transitoria única en la Ley 16/2012, estableciéndose que el tributo estará en vigor hasta que se reforme el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. En esencia, este régimen implica que el Estado transferirá a las Comunidades Autónomas el referido importe correspondiente a la recaudación del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito sin que ello suponga una modificación del fondo de suficiencia global regulado en el art. 21 de la Ley 22/2009, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. Dicho fondo no se verá disminuido con la recaudación obtenida por el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito. La modificación del art. 19 de la Ley 16/2012, cuyas líneas generales se han expuesto, podría hacer perder virtualidad al principal motivo impugnatorio, que se refería precisamente a que el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito era una simulación de impuesto porque tenía un tipo de gravamen de cero, siendo su única finalidad la de armonizar el poder tributario de las Comunidades Autónomas en esta concreta materia. A partir de la modificación acometida por el RD-18/2014, y por la L 18/2014,

el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito estatal tiene ahora un tipo de gravamen del 0,03 por 100, estableciéndose además que el importe de su recaudación se repartirá íntegramente entre todas las Comunidades Autónomas hayan o no establecido un impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito, en función de los criterios que recoge la norma. No impedirá, sin embargo, el examen de fondo del primer motivo de inconstitucionalidad, el hecho de que la impugnación haya perdido parcialmente su finalidad a la luz de la vigente regulación del tributo en conexión con el segundo, dado su evidente contenido competencial, que no puede considerarse resuelto tras las modificaciones legislativas antes indicadas [por todas, SSTC 134/2011, de 20 de julio, FJ 2 b); y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 2 b)]. Considera ahora el TC que está en condiciones de examinar el fondo del asunto Como se recordará, la demanda considera que el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito establecido por el Estado es un tributo simulado, que no reúne las condiciones del concepto de tributo del art. 31.1 CE, por lo que su creación no puede ampararse en sus competencias para crear tributos (arts. 133.1 y 149.1.14 CE). Efectivamente el encuadre competencial del precepto impugnado depende de la naturaleza jurídica del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito, cuyo examen deberá realizarse en primer lugar, partiendo de que *las prestaciones patrimoniales de carácter público tienen cada una de ellas la naturaleza propia y específica que les corresponde de acuerdo con su presupuesto de hecho y en función de su configuración y estructura jurídica, no pudiendo hacerse depender, en ningún caso, de la mera denominación que el legislador, a su discreción, les asigne* (STC 83/2014, FJ 3 con cita de, entre otras, las SSTC 296/1994, FJ 4; y 73/2011, FJ 4). (a) Uno de los elementos centrales de la noción de tributo es su finalidad recaudatoria, o lo que es lo mismo, allegar recursos a la hacienda pública, inherente a la propia función de sostener la financiación del gasto público a que se refiere el art. 31.1 CE; sin embargo ello no empece que determinadas figuras tributarias puedan perseguir otra finalidad diversa de la puramente recaudatoria, denominadas por ello *extrafiscales*. No será infrecuente, por ello que en los sistemas tributarios modernos, en los que coexisten diversas figuras tributarias, se persigan otras finalidades diversa de la simplemente recaudatoria [como dijimos, con respecto del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en la STC 19/2012, FJ 3 a)]. Traerá en su apoyo el TC su doctrina: *difícilmente habrá impuestos extrafiscales químicamente puros ya que resulta evidente que todos los impuestos sin excepción producen otros efectos, además de la recaudación de ingresos, de manera que es preciso distinguir entre los fines y sus efectos, queridos o no, que la norma tributaria produce en la vida social y económica* [STC 53/2014, FJ 6 c)]. En suma, *el tributo puede no ser sólo una fuente de ingresos, una manera de allegar medios económicos a los entes*

territoriales para satisfacer sus necesidades financieras (fin fiscal), sino que también puede responder a políticas sectoriales distintas de la puramente recaudatoria (fin extrafiscal) [STC 19/2012, FJ 3 a), con cita de las SSTC 37/1987, FJ 13; 197/1992, FJ 6; 194/2000, FJ 7; 276/2000, FJ 4; y 179/2006, FJ 3]. Fija su atención el TC en el amplio margen de configuración de que dispone el legislador para establecer un tributo con otras finalidades adicionales, no propiamente recaudatorias sino de ordenación. Esta libertad del legislador debe obviamente ejercerse de conformidad con la Constitución, respetando, en concreto y por lo que en este proceso interesa, tanto el orden competencial establecido en la misma (tempranamente, STC 37/1987, FJ 13, sobre el *impuesto sobre tierras infrutilizadas establecido por la Comunidad Autónoma de Andalucía*), como los principios de justicia tributaria a los que se refiere el art. 31.1 CE: de modo central principio de capacidad económica [STC 53/2014, FJ 6 c), y las SSTC 37/1987, FJ 13; y 194/2000, FJ 8]. Se afirmará el TC en su vieja doctrina de que el legislador no podrá establecer tributos sobre una materia que no refleje riqueza real o potencial, o lo que es lo mismo, sea inexpressiva de capacidad económica (STC 193/2004, FJ 5), exigiéndose por tanto siempre que se someta a tributación *una concreta manifestación de riqueza o de renta real, que no inexistente, virtual o ficticia*” (SSTC 221/1992, FJ 4; 193/2004, FJ 6; y 19/2012, FJ 7). Si bien, estima el TC que ello no implica sin embargo que toda fuente de capacidad económica deba ser objeto de gravamen ni que éste deba configurarse siempre de la misma manera. Como ya se ha reiterado por el TC el legislador puede, en ocasiones, declarar la exoneración de determinadas rentas cuando exista la oportuna justificación, y siempre que ello no suponga el desconocimiento de los límites al ejercicio del poder tributario que se derivan de los principios constitucionales contenidos en el art. 31.1 CE [STC 19/2012, FJ 3 d); las SSTC 27/1981, FJ 4; 221/1992, FJ 4; 214/1994, FJ 5; 46/2000, FJ 4, y 7/2010, FJ 6]. De esta manera, el empleo de las técnicas desgravatorias por el legislador puede llevar al resultado de que algunas fuentes de capacidad económica, estando formalmente sujetas al impuesto, estén exentas de tributación. Así sucede siempre que la ley prevé un mínimo exento o una deducción, o incluso un tipo de gravamen cero, como es el caso en el impuesto sobre el vino (art. 30 de la Ley 38/1992, de impuestos especiales); o, en el impuesto de sociedades, los fondos de pensiones regulados en el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por RDL 1/2002; art. 29 de la Ley 27/2014, reguladora del impuesto de sociedades); y en otros supuestos. En concreto la posibilidad de emplear un tipo de gravamen cero se encuentra además expresamente contemplada en el art. 55.3 de la LGT, que dispone que *[l]a ley podrá prever la aplicación de un tipo cero, así como de*

tipos reducidos o bonificados. La conclusión de lo expuesto, es que, siendo la finalidad de recaudar consustancial al propio concepto de tributo, la misma se predica del conjunto del sistema tributario, sin impedir el empleo de técnicas desgravatorias, entre las que se encuentra el tipo de gravamen cero. En el caso del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito, es evidente su finalidad de armonizar la sujeción a gravamen de la imposición sobre los depósitos en entidades de crédito; siendo esta finalidad en principio legítima, como de hecho asume la propia demanda cuando se refiere al segundo motivo de inconstitucionalidad, lo determinante a efectos del art. 31.1 CE es que en el hecho imponible del tributo aparece efectivamente una fuente de capacidad económica, *concretada en el mantenimiento de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica...*, y que comporten la obligación de restitución (art. 19.3 Ley 16/2012). El art. 31 CE impone un deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través de un sistema tributario que, teniendo en cuenta la capacidad económica de cada contribuyente, alcance el valor superior de justicia y se inspire en los principios de igualdad y progresividad, con el límite absoluto de su alcance confiscatorio. El hecho de que estas prescripciones sólo tengan sentido partiendo de una posición jurídica de los ciudadanos como sometidos a una obligación positiva de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y de que en función de esta obligación se definan los principios en que debe inspirarse el sistema tributario, no significa que, *a sensu contrario*, no pueda calificarse de tributaria una regulación que contemple una determinada capacidad económica, la configure como hecho imponible de un tributo y la desarrolle de tal modo que no termine en la obtención de una cuota tributaria, y en este sentido ha de interpretarse la expresión contenida en el FJ 6 c) párrafo segundo *in fine* de la STC 53/2014. La anterior configuración del tributo encuentra cabida en el art. 31.1 CE, lo que permite descartar que estemos ante una simulación de impuesto en los términos sostenidos en la demanda. b) Concluida la naturaleza tributaria del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito, ninguna duda plantea la competencia del Estado para establecer un impuesto con la citada finalidad de asegurar un tratamiento fiscal armonizado de esta materia imponible. Con carácter general, ha reiterado el TC que el art. 149.1.14 CE confiere al Estado la competencia exclusiva para dictar un conjunto de normas en materia de *hacienda general* que proporcionen el marco jurídico para la estructura y funcionamiento del sistema tributario, ordenando mediante ley los principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria [STC 19/2012, FJ 3 b); con cita de las SSTC 19/1987, FJ 4, y 135/1992, FJ 6]. Apreciará el Tc cómo la conexión de este título con los arts. 133.1 y 157.3 CE, determina que el Esta-

do no sólo ostente la competencia para regular sus propios tributos, sino específicamente *el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado* (por todas, SSTC 72/2003, FJ 5; 31/2010, FJ 130; 32/2012, FJ 6, y 101/2013, FJ 3, con cita de muchas otras). Este reparto competencial tiene consecuencias precisas cuando se trata de la creación de impuestos nuevos, que se traduce en una preferencia del Estado en la ocupación de los hechos imponible expresamente recogida en el art. 6 LOFCA, cuyos límites *reflejan que la competencia autonómica para establecer tributos ex novo no se configura constitucionalmente en términos absolutos, sino que se encuentra sujeta a lo establecido en las leyes del Estado a que se refieren los arts. 133.2 y 157.3 CE* (por todas, STC 49/1995, de 16 de febrero, FJ 4). Así, la finalidad última de los citados límites no es otra que la coordinación del ejercicio de las competencias tributarias de las Comunidades Autónomas, *garantizando de esta manera que el ejercicio de poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de 'un sistema' tributario en los términos exigidos por el art. 31.1 CE* [SSTC 19/1987, FJ 4; 19/2012, FJ 3 b)]” [SSTC 210/2012, FJ 4, y 53/2014, FJ 3 a)]. El poder tributario de las Comunidades Autónomas puede así ser delimitado por el Estado, salvaguardando en todo caso su propia existencia, de manera que no se produzca un vaciamiento de la competencia autonómica; trayendo en apoyo de esta afirmación su pionera Sentencia 37/1987: ninguno de los límites constitucionales que condicionan dicho poder tributario puede ser interpretado de tal manera que haga inviable el ejercicio de aquella potestad tributaria [SSTC 150/1990, FJ 3; 289/2000, FJ 3; 210/2012, FJ 4, y 53/2014, FJ 3 a)]. Así, afirmará el TC, dentro de su ámbito competencial, el legislador estatal dispone de diferentes instrumentos para su desarrollo, sin que corresponda a este Tribunal enjuiciar la oportunidad de utilizar un instrumento u otro, sino tan sólo si el concretamente seleccionado tiene encaje en el reparto competencial en esta materia; sentado que el Estado ostenta la competencia de coordinar su propio sistema tributario con los de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.14 CE), y sentada en concreto la preeminencia para ocupar hechos imponible que deriva directamente del art. 6.2 LOFCA, es lógico concluir que también será competente para establecer un tributo cuya finalidad central es precisamente la coordinación de la sujeción a gravamen de las entidades de crédito o lo que es lo mismo, la armonización de esta concreta materia imponible. Se trata de un fin que encuentra fácil acomodo en el título de coordinación contenido en el art. 149.1.14 CE, en relación con los arts. 133 y 157.3 CE. Rechazará en su integridad el TC el primer motivo de inconstitucionalidad con la conclusión de que forma parte del ámbito competencial del Estado el esta-

blecimiento de un tributo cuya finalidad central es armonizar una determinada materia imponible, lo que encuentra amparo concreto en la previsión contenida en el art. 6.2 LOFCA, que específicamente prevé la posibilidad de que el Estado, *en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imposables gravados por las Comunidades Autónomas*. El segundo motivo de inconstitucionalidad se refiere a la vulneración de la reserva de ley orgánica contenida en el art. 157.3 CE, en conexión con la lesión de la autonomía financiera (art. 156.1 CE). La demanda pretende que esa modificación debería haberse hecho a través de la LOFCA, por lo que el precepto impugnado habría invadido el ámbito reservado a la ley orgánica por el art. 157.3 CE. Además, en la medida en que el art. 19 de la Ley 16/2012 impondría una prohibición a las Comunidades Autónomas para crear impuestos sobre el mismo hecho imponible, se vulneraría la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, en relación con el establecimiento de tributos propios [art. 156.1 CE en relación con arts. 133.2 y 157.1 b) CE, y, para el caso de Cataluña, art. 203.5 de su Estatuto de Autonomía (EAC)]. Considera el Alto Tribunal que debe rechazar la premisa de la que parte la demanda, pues la creación del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito por el art. 19 de la Ley 16/2012 no supone en este punto un desarrollo de la LOFCA, para lo que conviene insistir en que el propio tenor de su art. 6.2 del citado texto legal arbitra la posibilidad de que el Estado ejerza su potestad tributaria originaria estableciendo *tributos sobre hechos imposables gravados por las Comunidades Autónomas*. En consecuencia, la creación de un tributo nuevo, por parte del Estado, en ejercicio de su poder tributario está prevista expresamente en la propia LOFCA y da lugar a que se aplique de forma automática la cláusula contenida en su art. 6.2, en virtud de la cual las Comunidades Autónomas no podrán sujetar desde ese momento a tributo hechos imposables similares; cuestión distinta es que dicha ocupación deba ser objeto de compensación o coordinación, como, enseguida se verá. Puede, en consecuencia, concluirse que el Estado no sólo no invade el ámbito reservado a la ley orgánica por el art. 157.3 CE, sino que ha ejercido su competencia de forma legítima, haciendo uso de la citada posibilidad de ocupar los hechos imposables previamente gravados por un tributo autonómico; debe, además, rechazarse expresamente la alegación de la demanda en el sentido de que el Estado habría precisado aprobar una ley de armonización a tal efecto; recordará el TC, sin embargo, que el art. 150.3 CE es una norma de cierre del sistema que sólo es aplicable allí donde el legislador estatal *no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa, o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general* (SSTC 76/1983, FJ 3, y 150/1990, FJ 4). En este caso, el Estado ostenta la

competencia para coordinar el ejercicio de poder tributario por parte de las Comunidades Autónomas de manera que la vía del art. 150.3 CE no habría sido constitucionalmente posible de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta; asimismo se desestima la tacha de vulneración de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, a la que se refiere la demanda en relación con el establecimiento de tributos propios [art. 156.1 CE en relación con arts. 133.2 y 157.1.b) CE, y, para el caso de Cataluña, art. 203.5 EAC]; esta alegación, conectada directamente con la anterior, se refiere en realidad a los efectos que produce la creación de un impuesto nuevo por parte del Estado, efectos que como hemos constatado están previstos en la LOFCA. Efectivamente la creación del impuesto sobre depósitos en las cantidades de crédito puede suponer la imposibilidad para todas las Comunidades Autónomas de establecer un impuesto similar. Pero esta limitación de la autonomía financiera deriva en los términos expuestos del propio reparto de competencias en la materia y, específicamente, de la previsión contenida en el art. 6.2 LOFCA, siendo en fin coherente con la propia definición de la autonomía financiera de las Comunidades Autónoma, reconocida en el art. 156.1 CE *con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal*; argumento que le sirve al TC para desestimar el segundo de los motivos de inconstitucionalidad.

El último motivo de inconstitucionalidad se dirige exclusivamente contra el artículo 19.13 de la Ley 16/2012, que arbitra una medida de compensación aplicable a aquellos tributos propios de las Comunidades Autónomas establecidos en una Ley aprobada con anterioridad al 1 de diciembre de 2012, lo que contradiría el citado precepto 6.2, interpretación vedada está vedada a la legislación ordinaria según la doctrina de la STC 214/1989, FJ 5, que considera aplicable al caso; sin embargo, es criterio del TC que el art. 19.13 de la Ley 16/2012, no pretende interpretar el art. 6.2 LOFCA sino que lo aplica al tributo objeto de su regulación; en efecto, al decir que *[c]uando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a estas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de las misma*, contiene una norma de mandato directo al legislador estatal para que instrumente, bien medidas de compensación, bien de coordinación, siempre y cuando el tributo estatal haya supuesto una merma de ingresos para las Comunidades Autónomas. La exclusión de esas medidas de coordinación o compensación a aquellos tributos establecidos por las Comunidades Autónomas a partir del 1 de diciembre de 2012, no es más que una concreción de lo establecido en el art. 6.2 LOFCA para su aplicación al tributo creado por el art. 19 de la Ley 16/2012, y se hace, no con la finalidad de interpretar el referido precepto

de la LOFCA, sino para aplicarlo en atención al procedimiento legislativo seguido para su aprobación, lo que implica, como es propio de todo proceso aplicativo de una norma, una previa labor de interpretación de su sentido y alcance. Precisamente atendiendo a ese proceso de elaboración del art. 19 impugnado en este recurso, puede concluirse que la fijación de esa fecha de 1 de diciembre de 2012 no contraviene lo previsto en el art. 6.2 LOFCA, pues obedece a la finalidad de evitar que durante el proceso de elaboración de la Ley 16/2012 pudieran algunas Comunidades Autónomas crear tributos equivalentes al impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito estatal, en procedimientos legislativos más rápidos, anticipándose así a la aprobación de aquel tributo, y más que con la finalidad de aprobar una nueva fuente de ingresos tributarios, que es la previsión contemplada en el art. 6.2 LOFCA, con la de situarse en la posición de posibles acreedoras de las medidas de compensación o coordinación que dicho precepto considera. De ahí la elección de esa fecha del 1 de diciembre de 2012, según el TC, toda vez que el art. 19 de la Ley 16/2012 fue incorporado a ella tras la aprobación de una enmienda presentada en el Senado el 29 de noviembre de 2012. Concluirá el TC que la limitación establecida en el art. 19.13 no contradice el art. 6.2 LOFCA, ni supone por tanto tampoco una vulneración de la autonomía financiera contraria al art. 156.1 CE, con lo que queda desestimado en su integridad el presente recurso.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido Desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el art. 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula, el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, la Magistrada doña Encarnación Roca Trías y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucional núm. 1808-2013.

Mis discrepancias con la opinión mayoritaria en que se sustenta la Sentencia se refieren a (i) la ausencia de una finalidad constitucionalmente legítima en la creación de un impuesto estatal con un tipo de gravamen del cero por ciento; (ii) la falta de respeto al sistema de fuentes en la consecución de la fi-

nalidad armonizadora realmente perseguida con la creación de este impuesto; y (iii) la carencia de fundamento constitucional para limitar el sistema de compensación previsto en el art. 6.2 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). Se concuerda con la opinión mayoritaria en que en el establecimiento de un tributo pueden existir fines extrafiscales que no sean puramente recaudatorios y, por tanto, en que caben técnicas de desgravación con tipos de gravamen cero; se disiente al estimar que la nula finalidad recaudatoria choca frontalmente con la idea constitucional de tributo, trayendo en su apoyo la STC 53/2013. Si la finalidad recaudatoria está ausente existirá una vulneración constitucional cuando se ponga de manifiesto el propósito de utilizar el caparazón formal del poder tributario, despojado de su finalidad intrínseca, sin otro alcance que el de eludir los requisitos y límites de orden formal y material que la Constitución impone específicamente a los poderes públicos en el ejercicio de sus potestades. La creación de un impuesto estatal con un tipo de gravamen del 0 por 100 y la exención de cualquier tipo de obligación formal para los sujetos pasivos, en competencia con la existencia y proliferación de ese mismo impuesto por parte del poder autonómico tributario, acredita que su finalidad no era en absoluto recaudatoria. Hay que preguntarse, pues, si la consecución de fines extrafiscales, perseguida de manera exclusiva mediante esta figura impositiva, resulta en este caso legítima —formal y materialmente— desde una perspectiva constitucional. La opinión de la mayoría en que se funda la Sentencia admite que la creación de un impuesto de tipo cero sobre hechos impositivos gravados por las comunidades autónomas tenía como finalidad, tal como reconoce la exposición de motivos de la Ley impugnada, una armonización encaminada a garantizar una mayor eficiencia en el funcionamiento del sistema. Con ello se intentaba justificar la ausencia de fin recaudatorio de este impuesto argumentando sobre una supuesta facultad de coordinación ejercida mediante una reserva o inhabilitación de hechos impositivos amparada en el art. 6.2 LOFCA. Pues bien, desde el punto de vista material, el art. 6.2 LOFCA confiere al Estado una potestad tributaria: debe concretarse en el hecho de gravar y no en la simple reserva o inhabilitación de hechos impositivos (la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas hace mención reiterada de los “hechos impositivos gravados”). Esa facultad, por su propia naturaleza, aunque pueda ir ligada a una labor de coordinación y armonización estatal, solo cabe entenderla como constitucionalmente legítima si se ejerce en su dimensión positiva —gravar hechos impositivos gravados por las comunidades autónomas o susceptibles de ser gravados— pero no negativa —inhabilitar materialmente un hecho impositivo gravado por una comunidad autónoma—. Lo con-

trario implicaría el reconocimiento de una competencia incondicionada de coordinación, armonización o tutela por parte del Estado sobre el poder tributario autonómico, con la consiguiente posibilidad de irrumpir en el ejercicio de este al margen de los mecanismos constitucionales de coordinación financiera. Se mantiene, en consecuencia que la pretendida competencia estatal ejercida persigue una finalidad espuria que se concreta en la imposibilidad en fraude de ley de que las CCAA puedan ejercer sobre esa materia imponible su potestad tributaria. Como se demuestra que tras la aprobación de un Impuesto sobre estas características por varias CCAA, incluso contando con la no declaración de inconstitucionalidad del TC en relación con el mismo, la aprobación de la Ley 16/2012 viene a erradicar de raíz esa posible competencia autonómica, siendo ésta, según los disidentes su única finalidad, como lo demuestra que se haya aprobado con un tipo 0. En segundo lugar se apreciará que tampoco se ha respetado los límites formales establecidos constitucionalmente y, por tanto, también desde la perspectiva del art. 157.3 CE habría que haber estimado el recurso. Incluso se pone en cuestión que tal solución no se encuentre recogida en LO. También se discrepa con la argumentación sustentada para rechazar la inconstitucionalidad de que la medida de compensación resultara aplicable solo respecto de aquellos tributos propios de las Comunidades Autónomas establecidos en una ley aprobada con anterioridad al 1 de diciembre de 2012. Lo que viene a significar, asimismo, un fraude de ley, por cuanto si bien, con posterioridad a la fecha señalada, aunque con anterioridad a la ley que la señala otras CCAA ya habían, asimismo establecido el correspondiente tributo objeto de la controversia.

Sobre este mismo asunto es posible encontrar otros pronunciamientos del TC, en el tramo de Sentencias seleccionadas del año 2015.

Sentencia 30/2015, de 19 de febrero de 2015 (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 5832-2014. Interpuesto por la Presidenta, en funciones, del Gobierno respecto del artículo 161 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.

*Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: nulidad del precepto legal que regula el **impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito** (STC 26/2015). Voto particular.*

Sentencia 59/2015, de 18 de marzo de 2015 (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 1873-2013. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto del artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

Competencias financieras, finalidad recaudatoria de los tributos, compensación por ocupación del hecho imponible y facultades de enmienda del Senado: STC 26/2015 (constitucionalidad del precepto legal estatal que regula el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito), concurrencia del requisito de la conexión de homogeneidad en el ejercicio del derecho de enmienda (STC 119/2011). Voto particular.

Pleno. Sentencia 73/2015, de 14 de abril de 2015 (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 1881-2013. Interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias respecto del artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

Competencias financieras, finalidad recaudatoria de los tributos, compensación por ocupación del hecho imponible y facultades de enmienda del Senado: constitucionalidad del precepto legal estatal que regula el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito (SSTC 26/2015 y 59/2015). Voto particular.

VII. ECONOMÍA Y HACIENDA

A. Principios generales.

B. Presupuestos.

1. Sentencia 44/2015, de 5 de marzo (BOE de 9 de abril). Ponente: Xiol Ríos (Recurso de Inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 9.3; 14; 43.2; 33.3; 51.1; 66.2; 133.1; 134; 149.1.16.

otros:

Objeto: Recurso de inconstitucionalidad núm. 1955-2005, interpuesto por don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, doña Alicia Castro Masaveu y don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, todos ellos Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, y el primero comisionado por otros 82 Diputados de dicho Grupo Parlamentario, contra los arts. 2, 4 y 13, el Anexo I, las Disposiciones adicionales 28ª, 30ª, 31ª, 34ª, 39ª, 40ª y 48ª, así como contra las Secciones 12 (Asuntos Exteriores y Cooperación en los Servicios 01 y 04), 13 (Justicia en los Servicios 02, 03 y 04), 14 (Defensa en los Servicios 03, 11, 16 y 21), 15 (Economía y Hacienda en el Servicio 08), 16 (Interior en los Servicios 01, 02, 03, 04 y 05), 17 (Fomento en los Servicios 38 y 01), 18 (Educación y Ciencia en los Servicios 02, 03 y 10), 19 (Trabajo y Asuntos Sociales en los Servicios 01, 04 y 07), 20 (Industria, Turismo y Comercio en los Servicios (01, 05 y 06), 21 (Agricultura, Pesca y Alimentación en el Servicio 01), 22 (Administraciones Públicas en el Servicio 01), 23 (Medio Ambiente en el Servicio 01), 24 (Cultura en los Servicios 02, 03 y 04), 25 (Presidencia en los Servicios 01, 02 y 03), 26 (Sanidad y Consumo en los Servicios 03, 09 y 13) y 27 (Vivienda en el Servicio 09), unos y otras, de la Ley 2/2004, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005, al considerar que vulneran los arts. 9.3, 14, 31.1 y 3, 66.2, y 134.2, 6 y 7, todos ellos de la CE, y los arts. 69 y 133.3 del Reglamento del Congreso.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 27/1981; 108/1986; 296/1994; 164/1995; 185/1995; 134/1996; 61/1997; 182/1997; 233/1999; 19/2000; 109/2000; 234/2000; 276/2000; 109/2001; 67/2002; 3/2003; 16/2003; 193/2004; 102/2005; 238/2007; 248/2007; 73/2011; 74/2011; 136/2011; 176/2011; 204/2011; 238/2011; 102/2012; 209/2012; 239/2012; 9/2013; 19/2013; 36/2013; 64/2013; 86/2013; 132/2013; 206/2013; 217/2013; 83/2014.

Materias: Presupuestos Generales del Estado: régimen jurídico constitucional; limitaciones; contenido esencial y eventual; alcance de las limitaciones: tributos *versus* prestaciones patrimoniales públicas.

Comienza el TC afirmándose en su conocida doctrina, a tenor de la cual que el hecho de que algunas de las disposiciones de la ley impugnada hayan podido ser eventualmente modificadas o derogadas no priva de objeto al presente recurso porque *es necesario que este Tribunal Constitucional se pronuncie porque una parte importante de los motivos alegados por los Diputados recurrentes afectan al procedimiento legislativo de aprobación de la ley y a su contenido posible, por lo que la eventual derogación o modificación de alguna de las normas contenidas en esta disposición legal no incidiría en el control de los vicios de validez en que pudiera haberse incurrido al momento de su aprobación, con lo cual subsiste el interés constitucional de velar por el rec-*

to ejercicio de la potestad legislativa (STC 136/2011, FJ 2; y 132/2013, FJ 1); ello sin perjuicio de que cuando se imputen a disposiciones concretas violaciones constitucionales que no afecten al procedimiento legislativo de aprobación de la ley o a su contenido posible, se pueda entrar a delimitar los efectos que sobre el objeto del presente proceso constitucional pueda tener la eventual derogación o modificación de los mismas. El primer bloque de preceptos impugnados en el presente proceso constitucional son los arts. 2 [“De la aprobación de los estados de gastos e ingresos de los Entes referidos en las letras a) a d) del artículo 1 de la presente Ley”], 4 (“De la financiación de los créditos aprobados en el artículo 2 de la presente Ley”) y 13 (“De la Seguridad Social”), así como el anexo I (“Distribución de los créditos por programas”) de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2005. Consideran los Diputados recurrentes que no se ha garantizado la transparencia y publicidad en el proceso de formación de la voluntad de la Cámara, y, por tanto, que se han vulnerado los arts. 9.3, 66.2 y 134.2, todos ellos de la CE, así como el art. 69 del Reglamento del Congreso de los Diputados, porque al no haberse llegado a conocer por los Diputados del Congreso las cifras de los ingresos y gastos que se estaban aprobando y al haberse publicado en el Diario Oficial del Congreso de los Diputados unas cifras definitivas que no son las aprobadas por el Pleno del Congreso, se sustrajo a esta Cámara el conocimiento del estado definitivo de los ingresos y gastos que figuraban en los presupuestos generales para 2005, impidiéndole con ello cumplir la función de control que tiene la LPGE. Niegan que se haya producido este vicio el Letrado de las Cortes, así como el Abogado del Estado de procedimiento, porque el texto del proyecto de ley no ha dejado de recoger ninguna de las decisiones adoptadas por el Congreso de los Diputados, ni tampoco ha recogido aspecto alguno que no haya sido aprobado; en segundo lugar, porque de haberse producido la infracción denunciada, era carga de los recurrentes tanto la de haberla denunciado ante la propia Cámara como la de haber acreditado luego ante este Tribunal qué incidencia tuvo el defecto en el proceso de formación de la voluntad de la Cámara; sostendrá el TC que *la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley aunque no basta cualquier vicio o inobservancia de los previstos en las normas que regulan el procedimiento parlamentario siendo necesario que esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras, ya que sólo los vicios o defectos más graves provocan un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que podría conducir a su declaración de inconstitucionalidad* [SSTC 136/2011, FJ 10; 176/2011, FJ 4; 102/2012, FJ 3; 209/2012, FJ 4 c); y 36/2013, FJ 3]; se sostiene, en consecuencia que *sólo tendrá trascendencia si se*

hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, siendo imprescindible que el citado defecto se hubiese denunciado ante las mismas Cámaras [SSTC 108/1986, FJ 3; 136/2011, FJ 10 a); y 238/2012, FJ 3.]. Señalará el TC que los recurrentes no señalaron ni ejercieron su derecho a solicitar la observancia del Reglamento. Pues bien, en primer lugar, debe señalarse que no consta que los Diputados recurrentes hayan hecho uso de su derecho a pedir la observancia del Reglamento (art. 72.1 del RC), al tiempo que no denunciaron el vicio por el que ahora reclamen; es criterio del TC que sólo por este motivo debe rechazarse la pretendida declaración de inconstitucionalidad; subrayará, además, el Alto Tribunal que el juicio de constitucionalidad de una norma con rango legal nada tiene que ver con el análisis de la pureza técnica del procedimiento parlamentario dirigido a su aprobación; solo pueden llegar a tener relevancia constitucional los vicios de procedimiento cuyo alcance haya alterado de manera sustancial el proceso de formación de la voluntad de una Cámara; máxime, a mayor abundamiento cuando se reconoce que se ha producido una aclaración supletoria sobre la cuantía de los créditos. [STC 136/2011, FJ 10 e)]; insistirá el TC en que la reducción del tiempo para analizar la documentación entregada no tiene por qué haberse traducido en una merma de los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de la voluntad del órgano (STC 234/2000, FJ 13); en consecuencia, se rechaza la inconstitucionalidad del primer bloque de preceptos impugnados. En relación con el segundo bloque de disposiciones impugnadas, a juicio de los Diputados recurrentes, carecen de la necesaria conexión con los PGE para ese ejercicio y, por tanto, de un razón legitimadora para formar parte de su contenido eventual, con vulneración, por esta razón, de los arts. 9.3, 66.2 y 134.2 CE, todos ellos de la Constitución, y también, en el caso de la disposición adicional trigésima cuarta, con vulneración del art. 134.7 CE. Para el Abogado del Estado, sin embargo, todas las disposiciones adicionales impugnadas pueden considerarse que forman parte del contenido eventual o posible de la LPGE por guardar la necesaria conexión con las previsiones de ingresos, con las autorizaciones de gasto del ejercicio, con la política económica del Gobierno o por servir a la mayor inteligencia y mejor ejecución del presupuesto; señalará el TC que algunas de esas normas ya no están en vigor, lo que no las priva de ser objeto del proceso constitucional en la medida que al imputársele *como vicio la afectación del contenido posible de la Ley impugnada, subsiste el interés constitucional de velar por el recto ejercicio de la potestad legislativa*” [SSTC 136/2011, FJ 2; 86/2013, FJ 2; 132/2013, FJ 2; y 217/2013, FJ 5 c)]. Recordará el TC su doctrina sobre el contenido eventual de la LPGE: un contenido eventual o disponible, que se

concreta en aquellas otras disposiciones que, aun no constituyendo una previsión de ingresos o habilitación de gastos, sí guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto [por todas, SSTC 3/2003, FJ 4; 238/2007, FJ 4; 248/2007, FJ 4; 9/2013, FJ 3 b); y 217/2013, FJ 5 a)]; limitación de contenido es una exigencia del principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado (art. 9.3 CE), esto es, de la certeza del Derecho que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la LPGE, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE), debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo indudablemente origina [por todas, SSTC 86/2013, FJ 3; y 217/2013, FJ 5 a)]; para que una disposición pueda integrarse en el contenido eventual de la LPGE salvando su legitimidad constitucional es necesario que guarde una conexión económica —relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno— o presupuestaria —para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto— [SSTC 274/2000, FJ 4; 109/2001, FJ 5; 238/2007, FJ 4; 248/2007, FJ 4; 74/2011, FJ 3; 9/2013, FJ 3 b), y 217/2013, FJ 5 a)]. La DA 28^a declara de interés general una serie de obras de infraestructura; la declaración de utilidad pública de una infraestructura conlleva necesariamente que se consignen en el presupuesto los créditos necesarios para la ejecución de esas obras en los que también deben incluirse el montante de las indemnizaciones que deban afrontarse con motivo de la expropiación por exigencias del art. 33.3 CE; así, esta declaración de interés general, no solo pone de manifiesto una conexión directa con los gastos del ejercicio, sino que, además, sirve a la mejor inteligencia del instrumento presupuestado para cuya ejecución se dicta [en el mismo sentido, STC 206/2013, FJ 3 c)]. Debe rechazarse, por tanto, que la disposición impugnada vulnere los arts. 9.3, 66.2 y 134.2, todos ellos de la Constitución. Por lo que se refiere a la modificación de la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria, mediante la norma presupuestaria se introdujo una previsión en orden a la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria, conforme a la cual si el objetivo de estabilidad aprobado por el Congreso de los Diputados se rechazaba por el Senado, antes de que el Gobierno tuviese que remitir una nueva propuesta con otro objetivo de estabilidad, el Congreso podía mediante una nueva votación por mayoría simple, aprobar el citado objetivo. Considera el TC que se trata de una disposición de ordenación procedimental que se limita a arbitrar un trámite dirigido a concretar la forma de determinar el objetivo de estabilidad presupuestaria a cuyo

cumplimiento se deben dirigir los PGE, por lo que es difícil apreciar la necesaria conexión económica o presupuestaria. Pero lo realmente definitivo es que esa ordenación procedimental afecta a la autonomía reglamentaria de la Cámara, ya que establece una regulación del procedimiento parlamentario de aprobación de los PGE que, por su incidencia en el proceso de elaboración legislativa queda reservada al desarrollo normativo de las propias Cámaras de acuerdo con el art. 72.1 CE o a la ley y, por tanto, queda al margen del limitado contenido material que el art. 134.2 CE reserva a la ley de presupuesto; en consecuencia considera el TC que debe declararse, que la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2005, es inconstitucional y nula por contradecir los arts. 9.3, 66.2 y 134.2 CE. Por lo que se refiere a la modificación del art. 148 LGP se trata de una medida que no solo carece de virtualidad para incidir en los límites materiales ex art. 134 CE que para las leyes de presupuestos ha declarado nuestra jurisprudencia constitucional [SSTC 61/1997, FJ 2.b); 206/2013, FJ 3; y 217/2013, FJ 5 d)], sino que se dirige a una mejor ejecución del presupuesto, lo que impide apreciar la vulneración denunciada [en sentido similar, STC 206/2013, FJ 3 i)]. Por tal motivo, debe rechazarse que la disposición impugnada vulnere los arts. 9.3, 66.2 y 134.2, todos ellos de la Constitución. Acerca de la modificación del TR de la Ley del Catastro Inmobiliario, mediante una disposición de la LPGE no puede negarse que, al margen de que el régimen catastral, con carácter general, sirve de base a la aplicación de determinados tributos —como el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, el impuesto sobre la renta de las personas físicas o el impuesto sobre el patrimonio— las concretas modificaciones incluidas en la ley de presupuestos impugnada tienen una relación directa con los ingresos del ejercicio, bien referido a la titularidad de derechos reales de disfrute sobre un bien inmueble sometido a la imputación de rentas inmobiliarias en el impuesto sobre la renta de las personas físicas; a la identificación y determinación de las respectivas cuotas en caso de cotitularidad de los derechos reales sobre los bienes inmuebles inscritos; o, en fin, a la propia valoración catastral de los bienes. Ello legitima constitucionalmente esta regulación para formar parte del contenido eventual de la LPGE. A igual conclusión llegará el TC acerca de la modificación del art. 6.2 del TRLCI que afecta al régimen bienes que también tienen la consideración de inmuebles a efectos catastrales, limitándose a añadir al ámbito espacial de una concesión administrativa el de un derecho de superficie. No solo se trata, entonces, de una medida que carece de virtualidad para incidir en los límites materiales ex art. 134 CE que para las leyes de presupues-

tos ha declarado nuestra jurisprudencia constitucional [SSTC 61/1997, FJ 2 b); 206/2013, FJ 3, y 217/2013, FJ 5 d)], sino que consiste en una mera adecuación circunstancial de un aspecto concreto de una clase de bien inmueble que de ninguna manera incide en la prohibición prevista en el art. 134.7 CE. Debe rechazarse que la disposición impugnada vulnere los arts. 9.3, 66.2, 134.2 y 134.7 CE. Sobre la DA 39^a (Modificación de la Ley 41/1999, *sobre sistemas de pagos y liquidación de valores*) y la DA 40^a (Modificación de la Ley 13/1994, *de Autonomía del Banco de España*) modifican, respectivamente la Ley 41/1999, y la Ley 13/1994, con el fin de establecer una nueva regulación del sistema de pagos y liquidación de valores, conforme al cual desaparecería el Servicio Español de Pagos Interbancario y la gestión del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, que hasta entonces estaba atribuido al Banco de España, se traspasa a una sociedad privada denominada *Sociedad Española de Sistemas de Pago, Sociedad Anónima*; no cabe dudar que las modificaciones operadas por estas disposiciones impugnadas carecen de virtualidad para incidir en los límites materiales ex art. 134 CE que para las leyes de presupuestos ha declarado nuestra jurisprudencia constitucional [SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 2 b); 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 3, y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 5 d)] al tener una relación directa no solo con objetivos de política económica sino también una conexión directa con los gastos del ejercicio. Por tanto, debe rechazarse que las disposiciones impugnadas vulnere los arts. 9.3, 66.2 y 134.2, todos ellos de la Constitución. Por lo que se refiere a la DA 48^a (Modificación de la Ley 25/1990, *del Medicamento. Ingresos por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud*), añade una nueva DA 9^a a la Ley 25/1990, conforme a la cual se concretan los ingresos que deben efectuarse por los empresarios, grupos empresariales, fabricantes e importadores de medicamentos y sustancias medicinales, tanto en el tesoro público como en la caja del Instituto de Salud Carlos III, en función del volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud. No es difícil apreciar, en consecuencia, la legitimidad constitucional de esta disposición para integrarse en el contenido eventual de la ley de presupuestos fruto de su relación directa con los ingresos del Estado (conexión económica; también debe rechazarse que la disposición impugnada vulnere los arts. 9.3, 66.2, 134.2 y 134.7 CE. Por lo que se refiere las enmiendas que provocan altas y bajas de cuantías en la Sección 31, la razón de la impugnación se encuentra, según los Diputados recurrentes, en la vulneración del art. 134.1, 6 y 7 CE, y del art. 133.3 RCD del Reglamento del Congreso de los Diputados, por haberse admitido a trámite, aprobado e incorporado al texto del proyecto, una serie de enmiendas que han implicado bajas en diversas secciones y servicios con las correlativas altas en la sección trigésima primera; a

juicio de los recurrentes ello supone un uso fraudulento de la sección trigésima primera como paso intermedio para redistribuir entre secciones, con violación del art. 133.3 RGD, pudiendo haber provocado que el legislador haya visto reducida su capacidad de examen de la norma de que se trata, de formulación de enmiendas, y de discusión y votación en Pleno y Comisiones, restringiéndose con ello de forma ilegítima sus competencias; sin embargo para el el Letrado de las Cortes Generales, la naturaleza de la sección trigésima primera ha venido admitiendo, como práctica parlamentaria la formulación de enmiendas que proponen el alta en cualquier sección compensándola con una baja en la sección trigésima primera y viceversa; en la misma línea se manifiesta el Abogado del Estado para quien, dejando a un lado que los recurrentes no han denunciado siquiera la alteración, sustancial o no, de la formación de la voluntad de la Cámara, si se admite como posibilidad la baja en la sección trigésima primera, no se sabe qué razón habría para excluir sus aumentos; el TC recordará que de conformidad con el art. 40 de la LGP, la clasificación orgánica del estado de gastos de los presupuestos agrupará por secciones y servicios *los créditos asignados a los distintos centros gestores de gasto de los órganos con dotación diferenciada en los presupuestos* (apartado 1); cada sección incorpora, entonces, las autorizaciones de gasto de cada centro gestor, esto es, entre otros, tanto de los órganos constitucionales como de cada Departamento ministerial, incorporándose además a los presupuestos generales una sección que da cobertura a las necesidades imprevistas del ejercicio y que bajo el número 31 se rotula *Gastos de Diversos Ministerios*; se traerá a colación el art. 133 RCD: al amparo de esta previsión, los Diputados recurrente sostienen que existe una práctica parlamentaria que acepta excepcionalmente que puedan aprobarse enmiendas que impliquen transferencias desde la sección trigésima primera a otras Secciones presupuestarias, al entender que su contenido puede redistribuirse entre todas las Secciones, práctica que no puede extenderse, a su juicio, a la operación contraria, esto es, a la de inflar artificialmente dicha sección para posteriormente trasladar su contenido a créditos de otras secciones; el TC señala que no basta con denunciar la existencia de un eventual incumplimiento de alguna previsión de los Reglamentos de las Cámaras para deducir, sin más, la inconstitucionalidad de la norma impugnada, pues *la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras* [SSTC 136/2011, FJ 6; 176/2011, FJ 4; 204/2011, FJ 4; 102/2012, FJ 3; 209/2012, FJ 4.c); 36/2013, FJ 3, y 132/2013, FJ 3], no es suficiente, en consecuencia, *cualquier vicio o inobservancia de los previstos en las normas que regulan el procedimiento parlamentario para declarar la eventual inconstitu-*

cionalidad de la norma o disposición con que se pone fin al mismo, pues tal inconstitucionalidad sólo se producirá si el vicio o inobservancia denunciada afecta esencialmente al proceso de formación de la voluntad de los parlamentarios, de modo que solo los vicios o defectos más graves provocan un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que podría conducir a su declaración de inconstitucionalidad (SSTC 136/2011, FJ 9; y 102/2012, FJ 3); sin embargo, en el presente caso no se acredita que el eventual vicio procedimental haya afectado y de forma esencial, al proceso de formación de voluntad de la Cámara, limitándose a plantear, como hipótesis, que el legislador podría haber visto reducida su capacidad de examen de la norma, cuando a efectos de una eventual declaración de inconstitucionalidad, lo relevante es determinar las consecuencias que la inobservancia del procedimiento haya podido tener sobre el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras (STC 204/2011, FJ 4): en consecuencia, debe rechazarse la vulneración del art. 134.1, 6 y 7 CE, y del art. 133 del RCD, por las Secciones presupuestarias impugnadas. Se ha denunciado por los recurrentes discriminación y arbitrariedad por la aceptación de las enmiendas de otros Grupos Parlamentarios. En el recurso se argumenta que con la incorporación de las enmiendas identificadas anteriormente, no solo se ha violado el principio de igualdad (art. 14 CE) entre los grupos parlamentarios que integran el Congreso de los Diputados, sino también el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), por el interés puramente parcial de unos grupos políticos, a la vista de las dificultades parlamentarias para efectuar una tramitación de los presupuestos generales del Estado ajustada al bloque de constitucionalidad; considerará el TC que en el desarrollo de esta invocación no se ha satisfecho la carga de argumentar los vicios denunciados que pesa sobre los recurrentes [SSTC 19/2013, FJ 2 f); y 64/2013, FJ 6]; es justo, pues, hablar de una carga del recurrente y en los casos en que ésta no se atiende, de una falta de diligencia procesalmente exigible, como es la de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar (por todas, STC 16/2003, FJ 9); En particular, es claro que la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación y no caben impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada (por todas, STC 16/2003, FJ 9), como sucede en el presente supuesto donde la demanda se limita a alegar que el acto de aprobación de una serie de enmiendas vulnera los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad, pero sin especificar, de un lado, por qué razón ello supone un acto discriminatorio y, de otro, por qué razón el contenido de las Secciones impugnadas es de una arbitrariedad de tal magnitud que merece el reproche máximo que se le puede hacer al fruto del legislador democrático: la declaración de su inconstitucionalidad. El TC

considera que no es posible apreciar, entonces, que las secciones presupuestarias impugnadas vulneren los arts. 9.3 y 14, ambos de la Constitución. Finalmente por lo que se refiere a la DA 48ª (*Modificación de la Ley 25/1990, del Medicamento. Ingresos por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud*), aunque esta vez por vulneración de los arts. 9.3 CE (interdicción de arbitrariedad), 31.3 CE (reserva de ley en materia tributaria) y 134.7 CE (prohibición de crear tributos mediante LPGE); en el recurso se alega que con esta regulación se establece una prestación patrimonial de carácter público que implica la imposición unilateral de una obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla incidiendo, por tanto, en la reserva de ley en materia tributaria (arts. 31.3 y 133.1, ambos de la Constitución), en la prohibición constitucional de establecer tributos por la Ley de presupuestos (art. 134.7 CE) y en la prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 CE; igualmente, se alega que la disposición impugnada desconoce el art. 4 de la Directiva 89/105/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos para uso humano, pues debía haberse comunicado a la Comisión Europea el establecimiento de aquella medida y no consta que esta circunstancia se haya producido. Considera el TC que la disposición impugnada modificaba la Ley 25/1990, del medicamento, que luego ha sido derogada por la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos, y esta Ley, en lo que al objeto del proceso se refiere, posteriormente ha sido objeto de variadas modificaciones; esta circunstancia no hace decaer el objeto del presente proceso constitucional sobre este particular en la medida que, puesto que lo que se cuestiona es la regulación que se hace mediante ley de presupuestos, imputándose como vicio de inconstitucionalidad el empleo de este vehículo normativo, no cabe duda de que *subsiste el interés constitucional de velar por el recto ejercicio de la potestad legislativa* [SSTC 136/2011, FJ 2; 86/2013, FJ 2; 132/2013, FJ 2, y 217/2013, FJ 5 c)]; de otra parte, por lo que se refiere a la presunta exclusión del control del Derecho comunitario. Debe descartarse, también el control de una eventual contradicción entre la disposición impugnada y el art. 4 de la Directiva 89/105/CEE del Consejo, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos para uso humano; sin perjuicio del valor interpretativo que el Derecho comunitario pueda tener en la exégesis de la normativa interna, cumple recordar una vez más que *a este Tribunal no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

(SSTC 239/2012, FJ 5; 19/2013, FJ 2; 51/2013, FJ 6, y 64/2013, FJ 4). Hechas las precisiones que anteceden, el TC considera necesario recordar que la Ley 2/2004, de PGE para 2005, mediante la DA 48ª ahora impugnada, introdujo una nueva DA 9ª en la Ley del medicamento, que bajo el título de *[i]ngresos de los empresarios, grupos empresariales, fabricantes e importadores de medicamentos y sustancias medicinales por descuentos por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud*, estableció la obligación para las personas físicas, los grupos empresariales y cualesquiera otras personas jurídicas que se dediquen a la fabricación o importación de medicamentos, sustancias medicinales y cualesquiera otros productos sanitarios que se dispensen en territorio nacional a través de receta oficial del Sistema Nacional de Salud, de ingresar con carácter cuatrimestral, entre el 1,5 (para ventas de hasta 3 millones de euros) hasta el 5 por 100 (para ventas superiores a 300 millones de euros), del volumen cuatrimestral de ventas. La anterior cantidad resultante se corrige mediante la aplicación de un porcentaje (de entre el 0 y el 25 por 100) en función de la valoración de las compañías en el marco de la acción PRO-FARMA. Además, se obliga a ingresar de forma anticipada, en función de las ventas del ejercicio inmediatamente anterior, la cantidad que el Ministerio de Sanidad y Consumo comunique al fabricante o importador afectado. Esta disposición adicional novena de la Ley 25/1990, fue modificada posteriormente por la DA 6ª de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, concretando el porcentaje aplicable al volumen cuatrimestral de ventas entre el 1,5 (para ventas de hasta 3 millones de euros) y el 2 por 100 (para ventas superiores a 3 millones de euros). Por lo que se refiere a la reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público, considerará el TC que aun cuando la Constitución autoriza el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público, no lo hace de cualquier manera, sino *con arreglo a la ley* (art. 31.3 CE); con esta previsión se está consagrando el principio de reserva de ley, de manera que el establecimiento de cualquier prestación patrimonial, de naturaleza tributaria o no, debe hacerse por la propia ley o con arreglo a lo dispuesto en la misma; ahora bien, de la misma manera que la Constitución ha sometido al imperio de la ley, con carácter general, el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público, cuando se trata de prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria ha condicionado los instrumentos normativos a través de los cuales se puede cumplir con aquella reserva pues no solo limita el uso del decreto-ley a aquellos supuestos en los que no se afecte a los deberes de los ciudadanos regulados en el título I (art. 86.1 CE) y, concretamente, al deber de contribuir de todos al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), sino que impide la utilización de la ley de pre-

supuestos como instrumento a través del cual *crear tributos* (art. 134.7 CE) y excluye la materia tributaria de la iniciativa popular (art. 87.3 CE). Con independencia del *nomen iuris* empleado por el legislador es preciso subrayar que las prestaciones patrimoniales de carácter público tienen cada una de ellas la naturaleza propia y específica que les corresponda de acuerdo con su presupuesto de hecho y en función de su configuración y estructura jurídica, no pudiendo hacerse depender, en ningún caso, de la mera denominación que el legislador, a su discreción, les asigne (en sentido parecido, SSTC 296/1994, FJ 4; 164/1995, FJ 4; 185/1995, FJ 6; 134/1996, FJ 6; 276/2000, FJ 3; 102/2005, FJ 4; 121/2005, FJ 5, y 73/2011, FJ 4); de esta manera, son prestaciones patrimoniales de carácter público las impuestos coactivamente, esto es, *las derivadas de una obligación de pago establecida unilateralmente por el poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla*, siempre que, al mismo tiempo, *la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público* (SSTC 185/1995, FJ 3; 182/1997, FJ 15, y 233/1999, FJ 33). Para determinar cuándo puede considerarse que una prestación patrimonial resulta coactivamente impuesta es necesario concretar, en primer lugar, *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* [STC 185/1995, FJ 3 a)], y, en segundo lugar, si la libertad o la espontaneidad exigida en la realización del supuesto de hecho y en la decisión de obligarse es real y efectiva [STC 185/1995, FJ 3 b)]; calificada una determinada prestación como patrimonial de carácter público, además, tendrá naturaleza tributaria si, habiendo sido coactivamente impuesta, *se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos* (SSTC 182/1997, FJ 15, y 102/2005, FJ 6), sometiendo a gravamen un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica (SSTC 276/2000, FJ 4, y 193/2004, FJ 4). Afrontará ahora el TC la naturaleza de los ingresos por descuentos en el volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud, es decir, examinar la verdadera naturaleza jurídica de la prestación aquí controvertida; se señalará, en primer lugar, que los *[i]ngresos de los empresarios, grupos empresariales, fabricantes e importadores de medicamentos y sustancias medicinales por descuentos por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud* previstos en la DA controvertida, se enmarcan en el ejercicio de una actividad que forma parte de un sector regulado por el Estado, tanto en la fijación de los precios de las especialidades farmacéuticas, como en la determinación de los márgenes comerciales de las oficinas de farmacia que las dispensan y que, además, lo es respecto de todos los sujetos obligados a que se refiere la disposición impugnada. A esos efectos, debe destacarse que tanto con anterioridad a la vi-

gencia de la actual normativa, como con la ahora vigente cuando se establece el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa referida a los productos farmacéuticos este no queda limitado a su prescripción y dispensación, sino que se extiende a la labor de investigación clínica, su evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, de modo tal que se regula también la actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial, además de en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios; de acuerdo con su presupuesto de hecho y en función de la configuración y estructura jurídica que le ha dado el legislador, el controvertido descuento reviste la naturaleza de una *prestación pecuniaria* impuesta coactiva y unilateralmente por el poder público (las Cortes Generales), que se satisface a un ente público (el Ministerio de Sanidad y Consumo), sin la concurrencia de la voluntad del sujeto obligado a su pago (los empresarios, grupos empresariales, fabricantes e importadores de medicamentos y sustancias medicinales), donde el supuesto de hecho que da lugar al mismo (la fabricación o importación de medicamentos, sustancias medicinales y cualesquiera otros productos sanitarios que se dispensen en territorio nacional a través de receta oficial del Sistema Nacional de Salud) no se realiza de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y en el que la prestación debida tiene una inequívoca finalidad de interés público (la contención urgente del gasto público farmacéutico). Contrastará el TC las características citadas con la doctrina constitucional anteriormente extractada relativa a las prestaciones patrimoniales de carácter público, y no le será es difícil concluir que aun cuando *nos encontramos ante una prestación impuesta que queda sometida al principio de reserva de ley consagrado en el art. 31.3 CE, sin embargo, no toda prestación impuesta tiene que ser necesariamente una expresión concreta del deber de contribuir del art. 31.1 CE, como sucede cuando con ella no se persigue derechamente buscar una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tenga como efecto económico indirecto el de servir también a dicha financiación. Pueden existir medidas, entonces, en las que, aun siendo prestaciones impuestas, su finalidad principal, como sostiene el Abogado del Estado, no sea la de establecer un tributo, esto es, una nueva forma de ingreso público con la que coadyuvar a la financiación de gasto del gasto público, sino que pretenda efectuar una asignación de los recursos públicos que responda a los criterios de eficiencia y de economía (art. 31.2 CE). En efecto, con la deducción controvertida el Estado no ha recurrido a su poder tributario (art. 133.1 CE) para establecer una nueva forma de contribución al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), sino que ha puesto su poder de gasto al servicio de una concreta política farmacéutica no solo con la finalidad de garantizar un uso racio-*

nal del medicamento (art. 43 CE), sino con el objetivo de llevar a cabo una adecuada y razonable distribución de unos recursos públicos escasos frente a necesidades de protección siempre crecientes (art. 31.2 CE) [STC 83/2014, FJ 3], y seguirá diciendo el TC los sujetos obligados a soportar la prestación impuesta no son llamados a su cumplimiento como contribuyentes, en el ámbito de una nueva relación tributaria, en la que el Estado se erija en el sujeto activo y estos obligados en el sujeto pasivo, sino que lo son en el seno de la relación económica que les une al Estado, de la que surgen tanto derechos como cargas que asumir. Como ya ha señalado el TC con anterioridad la deducción controvertida se enmarca en el ejercicio de una actividad que forma parte de un sector regulado por el Estado que, en lo que ahora interesa, alcanza a la fijación de los precios de las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo al Sistema Nacional de Salud. De esta manera, el Estado, para garantizar la protección de la salud pública (arts. 43.2 y 51.1 CE) y en el ejercicio de sus competencias exclusivas sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE), no solo puede obligar a las empresas farmacéuticas y a las oficinas de farmacia (como establecimientos sanitarios privados de interés público) a abastecer, suministrar y dispensar, a través del Sistema Nacional de Salud, los medicamentos, sustancias medicinales y productos necesarios para proteger la salud pública, en general, y la atención primaria a la salud de los ciudadanos, en particular, sino que puede actuar tanto sobre el precio de los medicamentos como sobre el coste que para aquel Sistema Nacional tienen los medicamentos, para imponer, incluso, un descuento (rappel) en función del volumen de ventas, por el consiguiente interés público que subyace a la prestación farmacéutica. Y la determinación de un descuento en función del volumen de ventas de especialidades farmacéuticas al Sistema Nacional de Salud, *por mucho que con la misma se consiga como efecto económico indirecto el de la financiación del gasto público, no puede considerarse que afecte al deber de ‘todos’ de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE)*” (STC 83/2014, FJ 3). En suma, el descuento controvertido que se establece a las personas físicas, los grupos empresariales y las personas jurídicas no integradas en ellos que se dediquen en España a la fabricación o importación de medicamentos, sustancias medicinales y cualesquiera otros productos sanitarios que se dispensen en territorio nacional a través de receta oficial del Sistema Nacional de Salud en función de su volumen de ventas, al igual que ya se afirmó en relación con la deducción que se aplica a la facturación mensual de las oficina de farmacia por las recetas de especialidades farmacéuticas dispensadas con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad, es una obligación impuesta coactiva y unilateralmente por el poder público con una evidente finalidad de interés público, por lo que reviste la

naturaleza de una prestación patrimonial de carácter público que queda sometida en su establecimiento y configuración al principio de reserva de ley operante en la materia (art. 31.3 CE). *Ahora bien, dicha prestación carece de naturaleza tributaria, pues con ella no se pretende establecer una nueva forma de ingreso público con la que coadyuvar a la financiación del gasto público, sino racionalizar el gasto farmacéutico mediante una asignación eficiente y económica de los recursos públicos disponibles (art. 31.2 CE)* (STC 83/2014, FJ 3). Una vez alcanzada la conclusión de que el descuento por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud tiene la naturaleza de una prestación patrimonial de carácter público, pero no de naturaleza tributaria, nuestro siguiente paso debe dirigirse a concretar si es factible, desde un punto de vista constitucional, su establecimiento a través de la LPGE. Sobre este particular, es necesario insistir, una vez más, que la reserva de ley tributaria (arts. 31.3 y 133.1, ambos de la CE) se ve reforzada por la prohibición atinente a la LPGE de no crear o modificar tributos (art. 134.7 CE). En efecto, el art. 134.7 de la Constitución dispone que *[l]a Ley de Presupuestos no puede crear tributos”, aunque sí “[p]odrá modificarlos cuando una Ley tributaria sustantiva así lo prevea*. Con esta previsión, aunque *prohíbe indiscriminadamente la creación de tributos en la ley de presupuestos, permite su modificación, aunque se trate de alteraciones sustanciales y profundas del impuesto, siempre que exista una norma adecuada que lo prevé* (STC 27/1981, FJ 2). Esta prohibición constitucional no solo deriva del condicionamiento a que somete el art. 134 CE a los PGE como vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno y, por tanto, con una función específica y constitucionalmente definida, sino también de las restricciones impuestas a su tramitación parlamentaria (fundamentalmente en los trámites de enmienda y debate) por los Reglamentos de las Cámaras (entre muchas, SSTC 27/1981, FJ 2; 274/2000, FJ 4; 109/2001, FJ 5; y 67/2002, FJ 3); considerará el TC que basta con acudir a la tramitación parlamentaria del Texto Constitucional para comprobar cómo, de un lado, el art. 26.2 del Anteproyecto de Constitución solo habilitaba a establecer *prestaciones personales o patrimoniales con arreglo a una ley* y, de otro, el art. 124.6 impedía a la ley de presupuestos *crear nuevos impuestos* [“BOCor. núm. 44, 5 de enero de 1978, pág. 690], siendo el informe de la ponencia (que aceptó la enmienda núm. 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático) el que cambió la expresión “impuestos” por la más genérica de “tributos”, para pasar a disponer que “[l]a Ley de Presupuestos no puede crear ni modificar tributos” [“Boletín Oficial de las Cortes” núm. 82, 17 de abril de 1978, pág. 1594]. Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, el art. 124.6 pasó a ser el art. 128, cuyo apartado 6, rezaba que “[l]a ley de presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley

tributaria sustantiva así lo prevea” [“Boletín Oficial de las Cortes” núm. 121, 1 de julio de 1978, pág. 2613], numeración y redacción que conservaría en el texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados [“Boletín Oficial de las Cortes” núm. 135, 24 de julio de 1978, pág. 2967], que pasaría a ser el art. 133.7 en el dictamen de la Comisión de Constitución del Senado [“Boletín Oficial de las Cortes” núm. 157, 6 de octubre de 1978, pág. 3438] y el art. 134.7 en el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado [“Boletín Oficial de las Cortes” núm. 170, 28 de octubre de 1978, pág. 3724]. Según lo que antecede y dado que no puede efectuarse una lectura expansiva de los límites que la Constitución impone a la ley de presupuestos, debe señalarse que cuando el art. 134.7 CE prohíbe a la ley de presupuestos “crear tributos” está poniendo en conexión esta limitación con el deber de contribuir al que hace referencia el art. 31.1 CE y con la potestad originaria del Estado para crear tributos por ley del art. 133.1 CE, sin que haya pretendido extender esa prohibición a cualquier *prestación patrimonial de carácter público* a las que se refiere el art. 31.3 CE. Dicho de otra manera, cuando el Constituyente consideró inhábil el instrumento presupuestario para introducir nuevos “tributos” en el ordenamiento o para modificar los existentes (sin previa habilitación legal al respecto), era consciente de la existencia de una reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE), y, sin embargo, no quiso extender aquella limitación a toda clase de prestación patrimonial de carácter público, sino únicamente a las de naturaleza tributaria, quedando legitimadas las restantes prestaciones patrimoniales no tributarias para formar parte del contenido eventual de la ley de presupuestos, siempre y cuando, guarden la necesaria conexión económica o presupuestaria con el instrumento presupuestario. En suma, aun cuando la DA 48ª de la Ley 2/2004, de PGE para 2005, ha introducido en el ordenamiento, *ex novo*, una prestación patrimonial de carácter público, al no tener naturaleza tributaria, no puede considerarse que haya transgredido la prohibición prevista en el apartado 7 del art. 134 CE, ni, por tanto, la reserva de ley del art. 31.3 CE ni la garantía de la interdicción de arbitrariedad del art. 9.3 CE.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, ha decidido: Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 1955-2005 promovido por 85 Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra diversos preceptos de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de PGE para 2005, y, en consecuencia, declarar que:

1º Es inconstitucional y nula la DA 30ª.

2º Se desestima el recurso en todo lo demás.

Amén de las Sentencias reseñadas in extenso, y otras citadas al pie de aquéllas, por tratar del mismo asunto; será de interés la consulta de las que reseñamos a continuación, clasificándolas en atención a la vía procesal que la resolvió el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que se trata de las Sentencias comprendidas en el primer tercio de 2015

a) *Recursos de inconstitucionalidad*

Sentencia 8/2015, de 22 de enero de 2015 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad: constitucionalidad de los preceptos legales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; modificación sustancial de las condiciones de trabajo, negociación colectiva; extinción del contrato de trabajo, procesos por despido; aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Voto particular.

Sentencia 11/2015, de 5 de febrero de 2015 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 76-2012. Interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con el artículo 6 de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

Competencias sobre legislación civil y ordenación general de la economía: constitucionalidad del precepto legal estatal que prevé la creación de un registro autonómico sobre explotaciones agrarias de titularidad compartida (STC 112/2013).

Pleno. Sentencia 13/2015, de 5 de febrero de 2015 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 1399-2014. Interpuesto por las Cortes de Aragón en relación con diversos preceptos de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

Competencias sobre aguas: nulidad de los preceptos legales aprobados sin solicitar la emisión del informe, previsto en el Estatuto de Autonomía de Aragón, respecto de cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte al territorio de esta Comunidad Autónoma (STC 110/2011).

Sentencia 14/2015, de 5 de febrero de 2015 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 3552-2014. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones.

Competencias sobre fundaciones, legislación mercantil, ordenación del crédito y la banca y general de la economía: interpretación conforme del ámbito de aplicación de la ley foral, que no regula las fundaciones bancarias sino las ordinarias que resulten de la transformación de cajas de ahorro de Navarra y sean de competencia de la Comunidad Foral.

Sentencia 60/2015, de 18 de marzo de 2015 (BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015).

Cuestión de inconstitucionalidad 3337-2013. Planteada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del artículo 12 bis de la Ley de la Comunidad Valenciana por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos, en la redacción dada por el art. 16 de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2006, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.

Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: nulidad del precepto legal que supedita el disfrute de una bonificación tributaria a la residencia habitual en la Comunidad Valenciana.

Sentencia 85/2015, de 30 de abril de 2015 (BOE núm. 136, de 8 de junio de 2015).

Recurso de inconstitucionalidad 6228-2013. Interpuesto por la Generalitat de Cata-

luña en relación con diversos preceptos de la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario.

Competencias sobre ordenación general de la economía y agricultura: nulidad de los preceptos legales que atribuyen a la Administración del Estado el ejercicio de funciones ejecutivas.

b) *Cuestión de inconstitucionalidad*

Sentencia 3/2015, de 19 de enero de 2015 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015).

Cuestión de inconstitucionalidad 7045-2013. Planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el segundo párrafo del artículo 623.1 del Código penal.

Derechos a la presunción de inocencia y a la legalidad penal; principio de seguridad jurídica: interpretación conforme con la Constitución del precepto legal relativo a la reiteración de las faltas de hurto (STC 185/2014).

Sentencia 22/2015, de 16 de febrero de 2015 (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015).

Cuestión de inconstitucionalidad 4538-2013. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Extremadura 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente.

Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: nulidad de los preceptos legales que gravan actividades sujetas al impuesto sobre actividades económicas sin finalidad extrafiscal (STC 179/2006).

c) *Conflictos de competencia*

Pleno. Sentencia 6/2015, de 22 de enero de 2015 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015).

Conflicto positivo de competencia 823-2011. Planteado por el Gobierno de la Nación respecto de la resolución de 30 de diciembre de 2010 por la que se hace público el acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el catálogo priorizado de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Conflicto positivo de competencia 823-2011. Competencias sobre sanidad, productos farmacéuticos y Seguridad Social: ejercicio acorde con el bloque de constitucionalidad de las competencias autonómicas (STC 211/2014). Voto particular.

d) *Recursos de amparo*

Sentencia 9/2015, de 2 de febrero de 2015 (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 2015).

Recurso de amparo 4930-2012. Promovido por doña R.D.S.O., en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que desestimó su reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el Institut Català de la Salut.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): resolución judicial carente de una estimación expresa o tácita de las pruebas practicadas que permita conocer las razones que condujeron al órgano judicial a descartar su valoración.

Sentencia 17/2015, de 16 de febrero de 2015 (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015).

Recurso de amparo 2246-2012. Promovido por la Compañía de Distribución Integral Logista, S.A., en relación con el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió su recurso de casación frente a Sentencia de la Audiencia Nacional sobre aranceles e impuesto sobre el valor añadido

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): STC 7/2015 (inadmisión de recurso de casación acordada sin atribuir ninguna virtualidad al intento de reparar la ausencia de cita en el escrito de preparación de las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales que el recurrente consideraba infringidas). Voto particular.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Tribunal Supremo (*)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

DISTINCIÓN ENTRE DISPOSICIÓN Y ACTO

La disposición administrativa, a diferencia del acto, no se agota con su cumplimiento sino que sigue desplegando sus efectos con vocación de permanencia, regulando futuras situaciones.

“Es en este marco normativo en el que se dicta la Orden EHA/3124/2011 de 16 de noviembre, ahora impugnada, aprobando el pliego de bases que regirá la convocatoria de las licencias generales para el desarrollo y explotación de las actividades de juego.

La Orden no establece, por tanto, las normas generales por las que han de regir los procedimientos para la concesión de las licencias generales necesarias para la explotación del juego, que están contenidas en la Ley del 13/2011, de 27 de mayo y en el RD 1614/2011, sino que en desarrollo de esta previsión legal y reglamentaria se limita a aprobar las bases de la convocatoria por las que ha de regir este concreto procedimiento de adjudicación de licencias de juego.

Como acertadamente señala en este punto la sentencia de instancia, citando la jurisprudencia de este Tribunal, la diferencia entre una disposición de carácter general y un acto administrativo singular no viene dada por la el número de destinatarios o su indeterminación, pues resulta perfectamente admisible la figura del acto administrativo que tiene como destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos, sino por la vocación de permanencia para regular situaciones futuras, de modo que mientras la eficacia del acto se agota con su cumplimiento, siendo necesario para regular una nueva situación dictar uno nuevo, la disposición general no se consume sino que sigue desplegando sus efectos con vocación de permanecer y regular futuras situaciones.

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ

Y en el supuesto que nos ocupa, la Orden regula un concreto procedimiento de obtención de licencias agotando sus efectos con la resolución de este, pudiéndose convocar en el futuro nuevos procedimientos que exigirá la aprobación de las correspondientes bases a las que habrán de sujetarse los que a él concurren. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 15 del RD 1614/2011 al disponer la procedencia de convocar nuevos procedimientos de otorgamiento de licencias generales para la explotación y comercialización del juego, de oficio o a instancia de los interesados, y en este último caso fija un plazo de seis meses contados desde la recepción de la solicitud, disponiendo además que párrafo siguiente que “los interesados podrán solicitar la convocatoria de un nuevo procedimiento de otorgamiento de licencias generales para la explotación y comercialización de determinados juegos transcurridos al menos 18 meses contados desde la fecha de la anterior convocatoria en relación con la misma modalidad de juego”. Y de conformidad con el art. 15.1 de dicha norma las nuevas convocatorias de un nuevo procedimiento se registrarán por el pliego de bases que, a propuesta de la Comisión Nacional del Juego, sea aprobado por el titular del Ministerio de Economía y Hacienda, y que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

En definitiva, nos encontramos ante un acto administrativo, aunque dirigido a una pluralidad de personas como es propio de todos los actos que convocan un concurso o procedimiento competitivo, que no tiene la consideración de disposición de carácter general o reglamentaria y al que no le resulta aplicable, en consecuencia, el procedimiento de elaboración de los reglamentos previsto en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ni precisa de la comunicación a la Comisión prevista en el R.D 1337/1999, de 31 de julio que se circunscribe a la información “en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información”. Ello determina también la imposibilidad de aplicar la prohibición de delegar en otros órganos de la Administración la competencia para la adopción de disposiciones generales contenida en el art. 13.2.b) de la Ley 30/1992, pues ni se trata de una disposición general ni la Orden impugnada se dicta por delegación sino en el ejercicio de las competencias atribuidas por la disposición transitoria primera de la ley 13/2011 a la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en tanto no se constituya la Comisión Nacional del Juego.

Tampoco el grado de detalle en la regulación constituye un elemento indicativo de que nos encontremos ante una disposición general. Conforme a las previsiones generales sentadas en las normas legales y reglamentarias, existe una remisión expresa a las bases de cada convocatoria de cada proceso pa-

ra la regulación de determinados aspectos por la que se ha de regir el mismo, sin que ese contenido regulador, que necesariamente comporta una precisión de algunos aspectos concretos del mismo, modifique su naturaleza jurídica, pues no tiene la finalidad de establecer normas generales y abstractas para todos los procedimientos destinados a obtener licencias generales de juego ni vocación de permanencia en el tiempo sino regular ese proceso selectivo (en tal sentido se ha pronunciado STS de 30 de noviembre de 2015, rea 794/2014).

La empresa recurrente considera que la Orden innova el ordenamiento jurídico y se aparta de las previsiones contenidas en la Ley y el Real Decreto que la desarrolla, pero esta argumentación no sirve para sustentar su pretensión de que nos encontramos ante una disposición general, sino ante la eventual infracción de las normas de superior rango en la que se sustenta, lo cual trataremos más adelante.

Y finalmente tampoco puede constituirse como un argumento definitivo la publicación de la Orden impugnada en el BOE en el apartado referido a “Disposiciones Generales”, pues la publicación de las bases de la convocatoria en el BOE ya estaba contemplada en el art. 10.2 de la Ley 13/2011, previsión que encuentra su razón de ser en el intento de dar la mayor publicidad posible a una convocatoria dirigida a una pluralidad de empresas que pueden estar interesadas en la obtención de este tipo de licencias, sin que resulte relevante y mucho menos determinante su ubicación concreta en un apartado de dicho periódico oficial, pues ello no modifica la naturaleza jurídica de allí publicado”.

STS de 28 de enero de 2016. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Córdoba Castroverde.

ROJ: STS 138/2016. Nº Recurso: 440/2014.<http://www.poderjudicial.es>.

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

POTESTAD REGLAMENTARIA DE LOS MINISTROS

La expresión materias propias de su departamento no debe interpretarse exclusivamente referida a aspectos internos u organizativos, sino también al ámbito de su competencia material.

“A los efectos de este primer motivo de casación la jurisprudencia de esta Sala es copiosa; valga así la cita de las Sentencias dictadas en casación por esta Sala por la Sección Tercera de 30 de diciembre de 2004, 20 de enero de 2005, de 29 de enero y 3

de junio de 2015; por esta Sección Cuarta de 16 de diciembre de 2011 Recurso 2306/2009), de 1 de julio de 2014; por la Sección Quinta de 4 de o por la Sección Sexta de 30 de noviembre de 1996. Su contenido puede resumirse en los siguientes términos:

1º La referencia a que los ministros ejercen su potestad reglamentaria respecto de las “materias propias de su Departamento”, sin duda es un reconocimiento de la potestad reglamentaria autoorganizativa o doméstica, pero por sí solo no supone una interdicción de su potestad reglamentaria ad extra. Tal referencia no debe interpretarse referida exclusivamente a los aspectos internos u organizativos, sino también el ámbito de su competencia material.

2º Esta ampliación del ámbito de tal potestad se ha justificado, por ejemplo, en el artículo 12.2.d) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en cuanto que determina el ejercicio de la potestad reglamentaria de los ministros en los términos previstos en la legislación específica.

3º Es lícito que el Consejo de Ministros, al promulgar un reglamento, apodere al ministro para que en el ejercicio de su potestad reglamentaria regule puntos concretos, accesorios, que no supongan una modificación o alteración sustantiva de aquél, y se ciña ese reglamento ministerial al mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias en aspectos más estrictamente técnicos y organizativos propios del sector funcional homogéneo que constituye cada Ministerio.

4º Lo que se ha venido censurando es un desarrollo per saltum , esto es, que un reglamento del Consejo de Ministros no contuviera una regulación material reconocible como de desarrollo y ejecución de una ley; que se limitase a formular una remisión prácticamente acondicionada al posterior y sucesivo desarrollo reglamentario a través de una Orden Ministerial de manera que fueran ésta la que, de hecho, incorporasen la regulación material de desarrollo pues la realidad sería que ese desarrollo se habría hecho, en lo que tiene de funcional y operativo, a través de las Ordenes Ministeriales.

5º Tal afirmación ha sido matizada en la Sentencia de esta Sección de 1 de julio de 2014. No es el caso de autos, pero se deja constancia pues arroja luz sobre la cuestión litigiosa al afirmar que si bien lo normal es que las llamadas que las leyes hacen para su desarrollo reglamentario se dirijan al Gobierno, no hay norma alguna que, expresamente, lo exija siempre así, exigencia que no se encuentra ni en la Constitución ni en la Ley del Gobierno. Será inusual, excepcional, pero no cabe negar tal posibilidad cuando la norma legal que hace la llamada al desarrollo reglamentario no se dirige específicamente al Gobierno”.

STS de 2 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 8º. Magistrado Ponente Sr. Requero Ibáñez.

ROJ: STS 5190/2015. Nº Recurso: 3595/2013. <http://www.poderjudicial.es>.

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio.

“Acorde con los hechos sucintamente expuestos no podemos considerar lesionada la confianza legítima, pues la Administración no puede adoptar decisiones que contravengan las perspectivas y esperanzas fundadas en las propias decisiones anteriores de la Administración. Cuando se confía en la estabilidad de su criterio, evidenciado en múltiples actos anteriores en un mismo sentido, que lleva al administrado a adoptar determinadas decisiones, se genera una confianza basada en la coherencia del comportamiento administrativo, que no puede defraudarse mediante una actuación sorprendente. La invitación a formalizar una subvención y las actuaciones posteriores necesarias y favorables, todas ellas, a su conclusión, forja una fundada esperanza de lo que era razonable y coherente esperar.

Conviene tener en cuenta que confianza legítima requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente (3). Exactamente lo que acontece en el caso examinado, a tenor de los hechos antes relatados, que no hace al caso insistir.

Recordemos que, respecto de la confianza legítima, venimos declarando de modo reiterado, por todas, Sentencia de 22 de diciembre de 2010 (recurso contencioso administrativo nº 257 /2009), que «el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y

aceptarlas consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “venire contra factumproprium”.»

STS de 22 de febrero de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 9º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. ROJ: STS 561/2016. Nº Recurso: 1354/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El comportamiento anticompetitivo de la sociedad filial puede imputarse a la sociedad matriz, cuando la sociedad filial no determina de forma autónoma su conducta en el mercado.

“El cuarto motivo de casación, basado en la infracción de la jurisprudencia formulada respecto de la exigencia de responsabilidad a la empresa matriz por las conductas anticompetitivas imputadas a la sociedad filial, no puede ser acogido, puesto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado, en la determinación del sujeto infractor, una aplicación adecuada del artículo 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que, atendiendo a las circunstancias específicas concurrentes en este supuesto, que desvelan las relaciones societarias entre Cementos Portland Valderrivas, S.A. y Canteras de Alaiz, S.A., resulta plenamente acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, estimamos que la Sala de instancia, al sostener, con base en las pruebas obrantes en el expediente administrativo, que Cementos Portland Valderrivas, S.A., es el sujeto infractor, en cuanto sociedad que encabeza el grupo empresarial que actúa a través de sus sociedades filiales en los mercados de suministro de materiales de construcción de hormigón, mortero y áridos, y no la sociedad Canteras de Alaiz, S.A. no ha ignorado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que exige que se acredite que la empresa matriz ha ejercido una «influencia decisiva» sobre la empresa filial, a los efectos de imputar a aquella sociedad la responsabilidad de las conductas realizadas por ésta, ya que dicho pronunciamiento se basa en datos objetivos que evidencian los vínculos societarios entre ambas empresas, pues CPV ostenta el 70% del capital social de Canteras de Alaiz, como el

poder de dirección de CPV sobre la empresa filial, que recaba instrucciones de la matriz (como lo pone de relieve el correo electrónico interno de CPV de 4 de mayo de 2009 sobre cómo actuar frente a un miembro del cártel que se aparta de los precios fijados).

En este sentido, cabe señalar que en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 (C-93/13), se concluye, siguiendo la doctrina consolidada de ese Tribunal, que el comportamiento anti-competitivo de la sociedad filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando la sociedad filial no determina de forma autónoma su conducta en el mercado, con la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Tal y como recordó el Tribunal de Justicia [en el apartado 46 de la sentencia *Eni/Comisión* (EU:C:2013:289), invocada por la Comisión, según jurisprudencia reiterada, a efectos de aplicar el artículo 81 CE , el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. En efecto, en tal situación, al formar parte la sociedad matriz y su filial de una misma unidad económica y constituir, por lo tanto, una única empresa en el sentido de lo dispuesto en el artículo 81 CE, la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción.

También se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial (sentencia *Eni/Comisión*, EU:C:2013:289, apartado 47).

En tales circunstancias, basta que la Comisión demuestre que todo o casi todo el capital de una filial pertenece a su sociedad matriz para concluir que concurre tal presunción. La Comisión podrá, seguidamente, declarar que la sociedad matriz está obligada solidariamente al pago de la multa impuesta a su filial, a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir tal presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véanse las sentencias *Akzo Nobel y otros/Comisión*, EU:C:2009:536, apartado 61, y *Elf Aquitaine/Comisión*, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 57).

43 Además, en el caso concreto de que una sociedad holding posea todo o casi todo el capital de una sociedad interpuesta que posee, a su vez, todo el capital de una filial de su grupo que ha cometido una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia, existe asimismo una presunción iuris tantum de que dicha sociedad holding ejerce una influencia determinante en el comportamiento de la sociedad interpuesta e indirectamente, a través de ésta última, también sobre el comportamiento de dicha filial (véase, en este sentido, la sentencia *Eni/Comisión*, EU:C:2013:289, apartados 48 y 49 y jurisprudencia citada) . »

STS de 7 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruza.

ROJ: STS 5313/2015. Nº Recurso: 586/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

MEDIDAS CAUTELARES

Como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, no tienen carácter excepcional, para garantizar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial.

“No debe cuestionarse que las medidas cautelares son una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y que, por ello, la suspensión cautelar no tiene carácter excepcional, de suerte que sin desvirtuar la doctrina de los autos impugnados en la parte que se relaciona con el primero de los fundamentos de las medidas cautelares, el *periculum in mora*, que se reputa correcta, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, la evolución que ha supuesto, respecto de los criterios tradicionales, la toma en consideración del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho como elemento integrador del artículo 130 LJCA .

El *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho es considerado en el derecho común de la justicia cautelar como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza, pues no parece que a quien, manifiestamente, asiste la razón a limine *Litis* deba resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo. En principio constituye, pues, un requisito de carácter negativo para integrar las perspectivas mínimas indispensables de buen éxito que debe reunir la pretensión principal a la que accesoriamente está ligada la pretensión cautelar, pues mientras el ejercicio

de la acción no está sujeta a restricción alguna, por imperativo del art. 24 CE, el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, prima facie o en apariencia, de su fundamento.

En el derecho público las prerrogativas exorbitantes de la Administración y la consiguiente necesidad de la justicia cautelar de constituir un contrapeso o límite a dichas prerrogativas, especialmente de la ejecutividad de la actuación administrativa, ha determinado, entre otras consecuencias, que el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho se desdibuje como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) y se convierta en un criterio positivo, junto con otros, para determinar la procedencia de la medida cautelar.

La doctrina del *fumus bonis iuris* o «apariencia del buen derecho» supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar.

Este Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones a veces con gran amplitud (ATS 20 diciembre de 1990,17 ene. 1991 ,23 abril 1991,16 julio 1991,19 diciembre 1991,11 marzo 1992, 14 mayo 1992 , 22 marzo 1996 y 7 junio 1996), si bien en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación.

La LJCA, en efecto, suprime todo apoyo normativo al criterio de *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que «la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran» (art. 124.2 Proyecto LJCA). En su lugar, la LJCA dispone que «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130.1 LJCA). El sentido restrictivo de esta omisión respecto al criterio de *fumus bonis iuris* resulta subrayado por la palabra «únicamente» y confirmado por el art. 132.2 LJCA (también introducido en el trámite parlamentario), en el cual se dispone que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el pro-

ceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate; y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar». Esto equivale a decir que si durante el transcurso del proceso se produce o incrementa la apariencia de buen derecho del demandante el tribunal no podrá fundar en esta modificación la adopción de una medida cautelar antes denegada.

Pues bien, en la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda.

En efecto, nuestra jurisprudencia advierte frente a los riesgos de perjuicios (*Dogma vom Vorwegnahmeverbot* en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito».

En definitiva, no es la pieza de suspensión el lugar indicado para enjuiciar de manera definitiva la legalidad de la actuación administrativa impugnada. Ahora bien, la doctrina de que se trata permite valorar la existencia del derecho con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgarlo que en su día declare la sentencia definitiva, a los meros fines de la tutela cautelar.

Y es que existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que si con carácter general la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento central de la decisión caute-

lar, debe ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, desde las sentencias *Factortame* y *Zuckerfabrik*, de 19 junio 1990 y 21 febrero 1991, respectivamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la competencia del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes del país que estuvieran en contra del Derecho Europeo y, más aún de los actos administrativos cuando existieran fundadas dudas sobre su validez, e incluso adoptar medidas cautelares positivas frente a su aplicación. De esta doctrina se deduce que en aquellos casos en que el acto impugnado pueda estar en contradicción con el derecho europeo el principio de primacía de dicho derecho sobre el interno permite al órgano jurisdiccional acordar una medida cautelar encaminada a suspender la aplicación del expresado acto o a garantizar la eficacia de la resolución que pueda dictarse”.

STS de 24 de febrero de 2016. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Montero Fernández.

ROJ: STS 694/2016. Nº Recurso: 2517/2015. <http://www.poderjudicial.es>.

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

JURADO PROVINCIAL DE EXPROPIACIÓN

Los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación gozan de la presunción de veracidad, legalidad y acierto.

“En todo caso, aun soslayando tales deficiencias formales, dichos motivos no pueden prosperar porque, de una parte, en cuanto al motivo segundo, no se ha infringido el principio de presunción de acierto de los acuerdos del Jurado que se alega por el recurrente, pues a este respecto es preciso partir de la doctrina reiterada de esta Sala, que recogen las sentencias de 9 de junio de 2012 (recurso 3245/2009) y 4 de diciembre de 2012 (recurso 1849/2012), entre otras muchas, según la cual los acuerdos de los Jurados de Expropiación Forzosa gozan de la presunción de veracidad, legalidad y acierto, por lo que sus decisiones merecen ser acogidas con el crédito y autoridad que se desprende de su doble composición técnica y jurídica, y de su permanencia y especialización, si bien siendo tal presunción de naturaleza *iuris tantum*, puede y debe ser revisada en vía jurisdiccional. Ahora bien, para que esta

presunción sea desvirtuada es necesario que se haga prueba suficiente de infracción legal, un notorio error de hecho o desafortunada apreciación de los elementos de prueba existentes en el expediente, cuya acreditación corresponde a la parte que impugna los acuerdos del Jurado de Expropiación, en la que recae el “onus probandi”, que es quien debe ofrecer los elementos de prueba con todas las garantías procesales. Y en el presente caso, como quiera que el Tribunal “a quo” considera que la prueba practicada no permite sostener la pretensión de valoración del suelo como urbano que propugna el expropiado, no resta otra solución que confirmar el acuerdo del Jurado objeto de impugnación jurisdiccional.

Y por lo que se refiere al motivo cuarto, además de la falta de claridad del argumento que en él se expone, no se aprecia que lo razonado por la Sala de instancia en cuanto a la pretendida valoración del suelo tomando como referencia eventuales mutuos acuerdos entre las partes sea erróneo pues como acertadamente señala dicho órgano jurisdiccional, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo rechaza la aplicación analógica de los precios convenidos entre la administración expropiante y los expropiados en otros expedientes, por no tratarse de ninguno de los criterios de valoración previstos en la legislación, con fundamento en que estos convenios expropiatorios sólo producen efectos entre las partes, no extensibles a terceros, puesto que en ellos pueden concurrir muchas circunstancias ajenas a la verdadera valoración de los bienes expropiados, puesto que no se trata de una compraventa concertada en base al encuentro espontáneo y libre de la oferta y la demanda, sino de una transacción realizada mediante avenencia después de iniciado el expediente expropiatorio (sentencias de 30 de junio de 1986 , 14 de diciembre de 1987 , 18 de marzo de 1993 , entre otras). En particular, la sentencia de 19 de septiembre de 2002 declara que “es manifiesto que el instituto de la expropiación es radicalmente diferente en su naturaleza al contrato de compraventa, sin que la expropiación pierda tal condición por el hecho de que el justiprecio se fije por mutuo acuerdo. En la expropiación concurren razones de utilidad pública que condicionan o pueden condicionar el actuar de la Administración expropiante que puede encontrarse urgido por la necesidad de satisfacer aquella necesidad y, por otra parte, se da en el expropiado una situación condicionada por la fuerza del expediente expropiatorio que en todo caso determinará que se vea privado de su propiedad. No son, en consecuencia, los justiprecios establecidos por mutuo acuerdo el valor en venta a que se refiere el artículo 38.2 de la Ley de Expropiación”. Criterio este que se reitera, entre otras, en sentencias de 13 de junio de 2011 (recurso 885/2008) y 18 de diciembre de 2012 (recurso 896/2010).”

STS de 26 de octubre de 2015. Sala 3ª, Secc. 1ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina.

ROJ: STS 4332/2015. Nº Recurso 2309/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

XIII. FUENTES

REGLAMENTO AUTONÓMICO

Se omite el preceptivo trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento de elaboración de un reglamento: se trata del Decreto 15/2011, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, anuló esta disposición en 2013.

“Como primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.c) de nuestra Ley Jurisdiccional, la Junta de Andalucía denuncia que la sentencia impugnada incurre en un vicio de incongruencia y de falta de motivación causando indefensión, porque la anulación se basa en un vicio que como tal no fue invocado por la entidad recurrente en la instancia, ni fue sometido por la Sala sentenciadora a la consideración de las partes antes de resolver, por lo que no tuvo la Junta modo de combatir tal motivo de nulidad determinante a la postre del fallo; y, por otra parte también, desde la perspectiva ahora de la motivación, la anulación de la norma reglamentaria impugnada se basa en el incumplimiento de un trámite, sin concretar el precepto que imponía el trámite y que, por tanto, resultaba infringido.

No es exactamente cierto esto último, toda vez la sentencia deja expresa constancia su “ratio decidendi”, que sitúa concretamente en el ámbito del artículo 21 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, cuyo apartado segundo dispone que: “El procedimiento de elaboración de los Planes incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las organizaciones sin fines lucrativos que persigan el logro de los objetivos de esta Ley”.

Sobre este precepto funda así la Sala su conclusión de que, en la medida en que las corporaciones locales incluidas total o parcialmente en el ámbito territorial de los distintos PORN de los Parques Naturales de Andalucía reúnen las condiciones legalmente establecidas para su consideración como interesadas, resulta perentorio el otorgamiento del trámite de audiencia a todas y cada una de tales corporaciones.

Lejos está la sentencia impugnada de estar inadecuadamente fundamentada, por tanto. No podemos compartir que esta resolución carezca de la mo-

tivación que le resulta exigible.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la incongruencia, la cuestión, cuyo tratamiento se dice soslayado en el curso del debate sustanciado en la instancia, aparecía ya suscitada desde el escrito de demanda, que en efecto reprocha a la administración autonómica la omisión en el procedimiento de la participación de las corporaciones locales afectadas, trámite que resulta exigible según la asociación recurrente en la instancia, atendiendo a la normativa que resulta de aplicación.

Es cierto que la demanda cimenta después su construcción argumental, esencialmente con base en la Ley 2/1992, de 15 de agosto, Forestal de Andalucía, y en el Reglamento dictado en su desarrollo (Decreto 208/1997, de 9 de septiembre), normativa que, según la Junta de Andalucía, regula un procedimiento diferente, relativo a la tramitación de los PORN de los terrenos forestales distintos de los PORN de los parques naturales.

Pero el error no fue sino entender que, en desarrollo de las previsiones establecidas por la normativa básica (Ley 42/2007: artículo 21), a esa normativa era a la que había que acudir. Por eso, en apreciación de la Sala:

“Al margen de las diversas interpretaciones sobre el procedimiento adecuado, sí es claro que tanto el citado artículo 21 de la Ley 42/2007 como el art. 6 de la Ley 4/1989 establecen en todo caso la necesaria observancia de los trámites procedimentales de audiencia de los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados”.

Es decir, la cuestión estaba conveniente y suficientemente planteada desde el principio, y por eso la Sala no encuentra razones para proceder a la apertura de un trámite complementario en aras de la salvaguardia del principio de congruencia procesal.

No está de más recordar la virtualidad de la regla “iura novit curia”, por otra parte, en el ejercicio de la función jurisdiccional, tal y como este Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho (entre otras, STS de 3 de junio de 2004, 2 de febrero de 2005 y 23 de marzo de 2005

Así, pues, al margen de la corrección de la normativa puntualmente invocada, la cuestión sobre la intervención de las corporaciones locales en el procedimiento de aprobación de la normativa reglamentaria impugnada en la instancia estaba adecuadamente suscitada desde el inicio del litigio y, por tanto, no cabe apreciar la producción del vicio de incongruencia (por exceso) que también el recurso pretende hacer valer al socaire de este motivo”

STS de 3 de julio de 2015. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Suay Rincón.
 ROJ: STS 3362/2015. Nº Recurso: 3554/2013. <http://www.poderjudicial.es>.

XIV. HACIENDA PÚBLICA

TASAS

La forma gestora de prestación del servicio público es irrelevante para delimitar el ámbito de aplicación de las tasas.

“Debe precisarse, ante todo, que la sentencia previa en que se apoya el Tribunal de instancia para desestimar el recurso contencioso administrativo se refería a una modificación de la Ordenanza, operada antes de la entrada en vigor de la ley 2/2011 de Economía Sostenible, que modificó el art. 2.2 apartado a) de la Ley General Tributaria, suprimiendo el apartado en relación con lo que debía de entenderse por actividades o servicios prestados en régimen de derecho público.

En esta situación, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de mayo de 2014, siguiendo su doctrina sintetizada en la sentencia de 3 de diciembre de 2012, enjuiciando supuestos de hecho posteriores a la ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las tasas estatales y locales y de ordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, y que superaba la distinción entre contraprestaciones que generaban ingresos de Derecho público y las que no tenían esta naturaleza, confirma la calificación como tasa de la retribución abonada por los usuarios al Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma, aunque el servicio público fuera prestado mediante concesión, por ser indiferente el modo de gestión del mismo.

Sin embargo, ahora nos encontramos con una modificación de una Ordenanza que se aprueba una vez en vigor la ley 2/2011, por lo que habrá que determinar el alcance de la supresión del apartado segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, que llevó a cabo su disposición final quincuagésima octava, en lo que respecta a la tasa local.

Ante esta regulación, esta Sala, siguiendo la doctrina constitucional de que la forma o régimen con que se preste el servicio público por parte de su titular no afecta a la naturaleza de la contraprestación, se vio obligada a modificar su criterio tradicional de que no podían considerarse como tasas las prestaciones por servicios prestados en régimen concesional, haciéndolo incluso antes de la entrada en vigor del segundo párrafo del art. 2.2 a) de la Ley General Tributaria de 2003, declarando que la forma gestora es irrelevante para delimitar el ámbito de aplicación de las tasas; y que lo esencial era determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos, doctrina que hay que seguir manteniendo, pese a la derogación de dicho párrafo por la disposición adi-

cional 58 de la Ley de Economía Sostenible , máxime cuando los conceptos de prestaciones patrimoniales de carácter público y de tributos son recordados también por el Tribunal Constitucional en la sentencia 102/2005, de 20 de abril, que estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , en la medida en que califica como “precios privados” contraprestaciones por servicios portuarios que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, siendo tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad portuaria de forma directa o indirecta.

En suma, si en la sentencia de 20 de julio de 2009, examinando el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ávila de 22 de diciembre de 2000 se aprobó definitivamente la modificación de Ordenanzas y Regulación de Precios Intervenidos por la Administración para el ejercicio 2001, esto es, antes de que se aprobase la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dijimos con rotundidad que « el servicio de suministro y distribución de agua potable, debe ser objeto de una tasa (art. 20.4.t) LHL). Poco importa que el servicio público de suministro de agua potable sea prestado mediante concesión administrativa. Las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de suministro de agua potable prestado mediante concesión deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión empleada. Incluso en los casos en que el servicio es gestionado por un ente público que actúa en régimen de Derecho privado -las entidades públicas empresariales-, a través de sociedades municipales o por un concesionario, lo exigido a los ciudadanos tiene la calificación de tasa, no de precio privado o tarifa. La forma de gestión del servicio no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión» (FD Cinco.3); y la reforma operada por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible se limita a dejar el concepto de tasa contemplado en la Ley General Tributaria de 2003, tal y como estaba recogido anteriormente en la derogada Ley General Tributaria de 1963, no vemos razones suficientes para modificar aquel resultado hermenéutico. Ni la doctrina constitucional ha cambiado, ni la específica regulación de las tasas locales lo ha hecho en este particular, ni tampoco su consideración como servicio público de prestación obligatoria por los municipios ex artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Esta posición implica matizar lo que declaramos en la reciente sentencia de 28 de septiembre de 2015 (casación 2042/2013), cuyo alcance ha de entenderse en relación con el supuesto de servicio funerario allí examinado, pres-

tado por empresa de capital mixto, participada por mancomunidad municipal, en tanto que fue liberalizado por el Real Decreto Ley 7/1996 y, por tanto, de la prestación de servicios en régimen de derecho privado.

STS de 23 de noviembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 3º y 7º. Magistrado Ponente Sr. Frías Ponce.

ROJ: STS 5037/2015. Nº Recurso: 4091/2013. <http://www.poderjudicial.es>.

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

DECLARACIÓN DE INTERÉS COMUNITARIO

La presente sentencia evidencia el control jurisdiccional de las potestades discrecionales de la Administración.

“La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó, con fecha 5 de diciembre de 2013, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 77 de 2010 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Estimamos el recurso contencioso núm. 77/2010 , interpuesto por ARISTARIA SL , contra la resolución de fecha 15.12.2009, dictada en el expediente de Declaración de Interés Comunitario, dictada por Conseller de Medio Ambiente Agua Urbanismo y Vivienda, declarándola nula y dejándola sin efecto. No procede pronunciamiento en costas».

Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico tercero: «Con carácter general sobre la naturaleza de la DIC esta Sala y Sección se ha pronunciado sobre la excepcionalidad de atribuciones de usos no agropecuarios en suelo rústico que ha sido una constante de nuestra jurisprudencia. Y así hemos dicho: ligada a la naturaleza del suelo no urbanizable se impuso una interpretación restrictiva de los supuestos en los que cabía levantar la prohibición general.

»Por lo demás, ya desde 1978, la CE consideró necesaria la utilización racional de los recursos naturales (entre los que se incluye el territorio), y la preservación y mejora del medio ambiente. Es este marco, donde se encuadra la ordenación del suelo no urbanizable acometida por la legislación Valenciana entre 1992 y 2004.

»La DIC, siempre se ha situado, en el marco de los actos administrativos constitutivos, esto es, que atribuyen ex novo, por ministerio de la Ley, un derecho subjetivo del que carecía el interesado al iniciar el procedimiento. La

Ley, antes de la DIC, no reconoce al propietario de un suelo rústico, más derecho que el de la explotación agropecuaria de su finca. Este y no otro, es el contenido natural, normal, de su derecho de propiedad sobre esta clase de suelo. Solo cuando, determinadas circunstancias objetivas concurren, podrá la administración, valorar y decidir respecto de la atribución de un uso que originalmente le estaba vedado.

»Así las cosas, la DIC se puede configurar como una suerte de planeamiento puntual, mediante el cual la administración decide, con idéntica discrecionalidad que la ampara a la hora de ejercer su potestad de planeamiento, respecto de un uso concreto, especial, que otorga a una parcela determinada de suelo rústico, por considerar que ese uso es de “interés comunitario” y por ello, protegible por el ordenamiento jurídico, como una excepción a la norma común que rige la determinación de los usos en cada categoría de suelo”.

STS de 24 de noviembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate.

ROJ: STS 5338/2015. Nº Recurso: 427/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

XVI. MEDIO AMBIENTE

LEGITIMACIÓN ACTIVA

Se le reconoce a una Asociación para la conservación del medio ambiente acuático, para impugnar un Decreto que declara de interés general la transformación regable de una determinada zona. Una vez más el procedimiento de elaboración del reglamento adolece de la omisión del trámite de información pública, exigido por la Ley 6/2006 del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

“El presente recurso de casación es interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 16 de enero de 2014.

La sentencia ahora impugnada estima el recurso contencioso-administrativo promovido por la Asociación para la Conservación Piscícola y de los Ecosistemas Acuáticos del Sur contra el Decreto 373/2009 pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, añadiendo que “sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo habrán de explicitarse, lo exijan”. En el presente caso, este trámite fue ob-

viado, sin que se adujesen razones de interés público para ello; lo que conduce al fallo anulatorio.

Se basa este recurso de casación en dos motivos, articulados al amparo del art. 88.1 .d) LJCA . En el motivo primero, se alega infracción del art. 19.1.a) LJCA . Sostiene la recurrente que la sentencia impugnada habría debido acoger la excepción de falta de legitimación activa formulada en la instancia, por carecer la demandante del necesario interés legítimo. Subraya, en especial, el hecho de que la finalidad principal perseguida por la demandante es la conservación piscícola, mientras que la disposición general recurrida -lejos de regular cuestiones de esa naturaleza-se limita a declarar de interés general la transformación en regable de una determinada zona.

Este motivo no puede prosperar. La sentencia impugnada es clara al señalar que la demandante es una asociación entre cuyos fines se encuentra la conservación del medio ambiente acuático y la colaboración con las Administraciones competentes en esta materia. Dice a este respecto:

“En este sentido examinados los estatutos de la asociación accionante, se observa que entre sus fines se encuentran el de “conservación del medio ambiente en general”, así como “la participación activa en los órganos de las administraciones con competencias ambientales, de aguas, de pesca y cualquiera otras relacionadas con los fines de la asociación”, “la colaboración de las Consejerías competentes en materia de medio ambiente...”.

Pues bien, siendo esto así, no puede por menos que reconocerse legitimación activa de la adora, puesto que el Decreto, como quiera que incluye 2.000 hectáreas de nuevos regadíos, con el consumo de agua que ello supone, al menos, desde el punto de vista teórico, pudiera tener incidencia en los ecosistemas y medio ambiente afectados, que es lo que pretende demostrar y defenderla parte adora. De hecho, el apartado cuarto (folios 10 a 13 de la demanda) se dedica por la parte adora a poner en evidencia, según su criterio, la afección que esa puesta en regadío podría suponer para la planificación hidrológica, así como “para el medio ambiente, y más concretamente, para un espacio protegido como es el Parque Natural de la Sierra de Castril y el corredor ecológico que supone en la actualidad el río Castril en los espacios protegidos del PN de Castril y PN de Baza.”

Así las cosas, aunque el interés de la demandante tal vez no sea directo, está encuadrado dentro de sus fines asociativos y, por ello mismo, no se trata de una mera defensa objetiva de la legalidad. En su condición de entidad sin ánimo de lucro que persigue la conservación medioambiental en el área geográfica afectada por el Decreto 373/2009, la demandante ostenta un interés legítimo en las cuestiones reguladas por aquél y, en consecuencia, debe reputarse legitimada para pretender su anulación.

En el motivo segundo, se alega infracción del art. 24.1.C) de la Ley estatal 50/1997, del Gobierno. Argumenta la recurrente que todo el procedimiento de elaboración del Decreto 373/2009, desde su iniciación misma, se hizo con arreglo al precepto estatal invocado como infringido; y no con base en el art. 45.1.c) de la Ley andaluza 6/2006, cuya inobservancia conduce a la sentencia impugnada a estimar el recurso contencioso-administrativo. Para sustentar su argumentación, solicita la recurrente que esta Sala integre los hechos declarados por la sentencia impugnada y, teniendo a la vista el expediente administrativo, compruebe que efectivamente el procedimiento de elaboración del Decreto 373/2009 se llevó a cabo apoyándose en la ley estatal. Ello es importante porque ésta última, a diferencia de la ley andaluza, permite -sin necesidad de justificación específica- que el trámite de audiencia se efectúe “a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley (...) cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición”. Y consta que, en el presente caso, se había oído a diversas organizaciones representativas del sector.

Tampoco este motivo puede ser acogido. Aun siendo cierto que el Decreto 373/2009 fue elaborado con arreglo al art. 24.1.c) de la Ley estatal del Gobierno y que, tal como éste prevé, se dio audiencia a organizaciones representativas, lo crucial es que la sentencia impugnada entiende que la norma reguladora del procedimiento de elaboración de disposiciones generales no era la estatal, sino la autonómica. Así, para que este motivo casacional pudiera estimarse, sería necesario mostrar que la sentencia impugnada yerra sobre este punto de derecho; es decir, sería necesario argumentar convincentemente que la Administración autonómica podía válidamente apoyarse en el art. 24.1.c) de la Ley estatal del Gobierno—eludiendo así el más exigente precepto autonómico— para la elaboración del Decreto 373/2009. Sólo de esta manera podría concluirse que la sentencia impugnada infringe, por inaplicación, el art. 24.1.c) de la Ley estatal del Gobierno. Pero la recurrente nada dice a este respecto, dando injustificadamente por supuesto que la Administración autonómica podía optar entre seguir el procedimiento establecido en la ley autonómica o el recogido en la ley estatal”.

STS de 29 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 1º, 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Díez-Picazo Giménez.

ROJ: STS 5633/2015. Nº Recurso: 878/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

XX. RESPONSABILIDAD

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR

Se trata de la reclamación por daños que tiene su origen en el Real Decreto-Ley 1/2012, 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.

“Aun siendo esto así no hay norma alguna que permita sostener que la medida sorpresiva que supuso el Real Decreto-ley 1/2012 haya dado paso a un proceso de pre-asignación estable y predecible; al contrario, el proceso que han supuesto las Disposiciones adicionales decimocuarta y cuarta de la Ley del Sector Eléctrico de 2013 y del Real Decreto 413/2014, respectivamente, aparece como consecuencia de una decisión excepcional -se denomina “régimen retributivo específico”- que no genera la certeza de que se vaya a mantener una periodicidad en el régimen de pre-asignación que elimine la antijuridicidad que ahora supone la inutilidad de los gastos efectuados al amparo del artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 para los titulares de instalaciones incluidas en el Anexo II de la Resolución de 15 de julio de 2015 o que no hicieron solicitud alguna antes de la vigencia del Real Decreto-ley 1/2012.

Llegados a este punto, procede determinar el alcance indemnizatorio de la anterior declaración. A estos efectos, esta Sala en su Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (recurso contencioso-administrativo 6/2014) ha entendido que el único perjuicio indemnizable es el que deriva de los gastos que las compañías correspondientes hubieron de efectuar para conseguir su inscripción en el Registro de pre-asignación, sin incluir en tales perjuicios ni los gastos asociados a la efectiva puesta en funcionamiento de las instalaciones, ni el lucro cesante derivado de la prima adicional al precio de la energía que se dejó de ingresar.

Esa limitación de lo resarcible se basa en las siguientes razones:

1º Del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, se deducen los siguientes títulos (artículo 115): autorización administrativa, que opera sobre el anteproyecto; aprobación del concreto proyecto de instalación, que permite la construcción o establecimiento y la autorización de explotación, que se otorga una vez ejecutado el proyecto y va seguido de acta de puesta en servicio (artículo 132).

2º El Real Decreto 661/2007 en cuanto a la autorización de instalaciones se remite al Real Decreto 1955/2000 (artículo 5) y exigía la inscripción en el Registro mediante una inscripción previa -que empieza con acta de puesta en servicio provisional (artículo 11.2)- y la inscripción definitiva (artículo 12). 3º Es obvio que la inscripción en el Registro de pre-asignación exigía a los interesados que cumplieren los requisitos previstos en el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 (punto de acceso y conexión firme, autorización administrativa de instalación, avales, punto de suministro, etc.); y el cumplimiento de esos requisitos exigía incurrir en unos gastos que deben ser indemnizados, precisamente porque la imprevisible suspensión del régimen determinó la inutilidad, en principio, de la realización de tales pastos.

4º Por tanto y como ya se razonó, el régimen derivado del Real Decreto-ley 6/2009 determinó que las compañías del sector confiaran legítimamente en que obtendrían la inscripción en el repetido Registro de pre-asignación si cumplían las exigencias previstas en aquella disposición legal. Y si ello es así, es claro que los gastos asociados a aquella petición de inscripción (cuya suspensión determinó su inutilidad a efectos de la inscripción misma) deban ser resarcidos.

5º Cosa distinta sucede con los gastos asociados a la efectiva puesta en marcha de la instalación. En el sistema anterior al Real Decreto-ley 1/2012, el derecho a vender la energía a régimen primado no se asociaba automática e indefectiblemente, en modo alguno, al cumplimiento de los requisitos para obtener la inscripción en el Registro de pre-asignación. Tan es así que el propio artículo 4.5 del Real Decreto-ley 6/2009 disponía expresamente que « las instalaciones [que reúnan los requisitos correspondientes] inscritas en el Registro de pre-asignación de retribución dispondrán de un plazo máximo de treinta y seis meses a contar desde la fecha de su notificación, para ser inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente del órgano competente y comenzarla venta de energía », añadiendo que “ en caso contrario les será revocado el derecho económico asociado a la inclusión en el Registro de pre-asignación de retribución ».

6º Portante, el Real decreto-ley 6/2009 no opera sobre instalaciones ya ejecutadas sino sobre proyectos (artículo 4.4), refiriéndose la Disposición transitoria quinta a “proyectos inscritos” y así en el debate de convalidación del Real Decreto-ley 1/2012 expresamente se recordó que para ejecutar la instalación había unos plazos entre dieciséis y treinta y seis meses desde su inscripción, luego la pre-asignación no es un requisito para construir, lo que se confirma con la Disposición adicional cuarta.⁸ del Real Decreto 413/2014.

7º A juicio de la Sala, la decisión empresarial de poner en marcha la insta-

lación -y la realización de los gastos asociados a esa puesta en funcionamiento- es cuestión que afecta, exclusivamente, a la compañía misma y que, desde luego no derivaba, ni estaba asociada al régimen jurídico vigente cuando se produce la suspensión de los procedimientos de inscripción. Dicho de otro modo, la solicitud de incorporarse al Registro de pre-asignación Vio implicaba el derecho a poner en funcionamiento la instalación, sino la expectativa de que, obtenida la inscripción, pudiera comenzarse a vender energía al régimen primado que el ordenamiento establecía entonces. Si el empresario decide “adelantarse”, valga la expresión, y efectuar unas obras y acometer unos gastos para que una instalación (que ni siquiera había sido inscrita) entre en efectivo funcionamiento, tal decisión no puede ser imputable a la normativa que resulta de aplicación, sino al propio riesgo inherente a la actividad empresarial...”

STS de 10 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 23 a 25. Magistrado Ponente Sr. Requero Ibáñez.

ROJ: STS 5374/2015. N° Recurso: 40/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

RESPONSABILIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

La privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la pérdida de oportunidad, constituye un daño antijurídico.

“En lo esencial, la sentencia, después de un minucioso relato de los antecedentes y de la valoración de la prueba pericial practicada, considera:

«“(…) Pues bien, en el presente supuesto, la conclusión que, a la vista de cuanto antecede, alcanza la Sala, es que, si bien no parece dudoso que se trataba de un caso raro en el que concurrieron una serie de circunstancias que dificultaron el diagnóstico, y como dice el perito judicial no hubo infracciones francas (entendemos que quiere decir claras o evidentes) de la *lex artis*, se aprecia un déficit en el funcionamiento de los servicios sanitarios. Como ha quedado ya expuesto, cuando en 20 de octubre de 2010 y ante el empeoramiento del enfermo se le practica una RM dorsolumbar tras la que se informa que ... Parece una evolución atípica para un infarto ...en este teórico contexto de progresión y posible malformación vascular asociada a la mielopatía habría que considerar la posibilidad diagnóstica de mielopatía venosa congestiva (Foix Alajouanine). La angiografía negativa no excluye este

diagnóstico, la respuesta que dio neuroradiología fue que ya se había practicado una arteriografía con resultado negativo. Pero esto no parece suficiente ante la importante pista que se estaba dando de posible malformación a pesar de ese resultado negativo y que debió haber determinado alguna actuación complementaria, con independencia de su eficacia”.

En todo caso, no puede afirmarse que un diagnóstico temprano (eventualmente conseguido con una actitud más diligente) hubiese evitado el mal:

En este sentido la actora apunta en su demanda e insiste en ello en conclusiones, que el retraso diagnóstico fue debido a problemas de intracomunicación hospitalaria, que dio lugar al retraso de 5 meses en realizar una angiografía que pudiera establecer el verdadero diagnóstico de la fistula. Y ello la conduce a afirmar que estamos ante un caso de “pérdida de oportunidad” en el tratamiento médico. Otra cosa será -indica- que esa dificultosa localización y el que no hubiera quedado al 100%, influya en la valoración o tanto por ciento que pueda aplicarse a la cuantificación de la indemnización. Dicho criterio lo dejamos a la sana crítica del juzgador.

En efecto, esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la pérdida de oportunidad, constituye, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3a, Sección 6a, de 7 de julio de 2.008, recurso 4776/2004 , con cita de las de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04), un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias.

En definitiva, se ha producido la pérdida de oportunidad cuyas consecuencias no pueden determinarse con seguridad pero que obligan a indemnizar. Así lo afirma la sentencia del Tribunal Supremo antes reseñada:

“Con cita de jurisprudencia anterior, esta Sala y Sección en Sentencia de 16 de febrero de 2011, rec. casación 3747/2009, dice que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia “pérdida de oportunidad” se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que

explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.”

Por todo lo anterior, y valorando ponderadamente todas las circunstancias indicadas, se fija la cantidad de 35.000 euros como indemnización actualizada al momento presente, sin intereses dada la falta de liquidez de la cantidad señalada y la actualización a la fecha actual”

STS de 21 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 1º. Magistrado Ponente Sr. Arozamena Laso.

ROJ: STS 5640/2015. Nº Recurso: 1247/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

PGOU DE MARBELLA

El TS reitera los argumentos por los que se anula la aprobación definitiva de la revisión del PGOU de Marbella.

“No contestaremos, sin embargo, de forma expresa a los motivos de impugnación cuyo enjuiciamiento correspondería efectuar en este trance, pues la Orden de 25 de febrero de 2010, del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía -por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella, con la reserva de la subsanación de las deficiencias observadas en el instrumento de planeamiento-, y la posterior Orden de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la misma Junta de Andalucía -por la que se dispuso la publicación de la Normativa Urbanística de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella, aprobada por Orden antes citada de 25 de febrero de 2010-, han sido anuladas por recientes SSTS de esta Sala y Sección.

En consecuencia, de conformidad con los principios de unidad de doctrina y economía procesal, hemos de proceder a ratificar la nulidad decidida con base en las mismas argumentaciones contenidas en las SSTS de 27 (2) y 28 de octubre de 2015 pasado, cuyos fundamentos de anulación procedemos a reiterar de forma muy resumida.

A) En nuestra Sentencia de 27 de octubre de 2015 vinimos a cuestionar la

finalidad perseguida que se invoca para justificar las determinaciones de ordenación incorporadas al planeamiento impugnado:

«1º. No corresponde al ámbito de la potestad de planeamiento modular la legalización de lo ilegalmente construido:

“Se olvida, con tal actuación, que, a diferencia del sistema tradicional, que se contenía en el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (LRJCA 56)“ (...) “la vigente Ley 28/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), dando un giro trascendental, proclama, en el artículo 103.1 que “la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de éste orden jurisdiccional”“

“No resulta de recibo pretender aislar o blindar jurídicamente situaciones de infracción judicialmente declaradas al socaire de un nuevo —e incluso integral y completo— planeamiento frente a la potencialidad jurídica de una resolución judicial”

“No resulta posible, pues, compatibilizar la normalización (vía obtención dotacional) sin tomar en consideración, con toda su potencialidad y eficacia, las nulidades jurisdiccionalmente declaradas, se insiste, no resulta posible legalización alguna, en función -sin más- del nuevo planeamiento”

“El cometido de todo plan consiste en la consecución de una ordenación racional del espacio físico comprendido dentro de su respectivo ámbito” (...) De este modo, se desnaturaliza la auténtica finalidad de los planes si se apartan de la finalidad que les es propia y buscan satisfacer otra en su lugar o junto a ella. En definitiva, sólo en la medida en que sirvan a su finalidad típica vendrá a estar justificado el ejercicio de la potestad de planeamiento por parte de la Administración”.

“Atendiendo a los datos proporcionados por la Memoria de referencia, en el caso que nos ocupa, la “Normalización” viene a erigirse, como se ha expuesto, en una de las directrices básicas del PGOU de Marbella, y, de este modo, puede colegirse, el PGOU se aparta de la finalidad típica que le es propia y que tiene asignada por el ordenamiento jurídico”

2º. No está en manos del planificador alterar o desfigurar el concepto de SUC: “Si que es cierto que, en determinados supuestos, no se realizaron todas las cesiones de obligado cumplimiento, o, si las realizadas lo fueron de forma deficiente, ello fue, en todo caso, imputable no sólo a la ilegalidad de las licencias concedidas, sino también a la deficiente gestión en el control de que lo construido, en la realidad, al menos, se ajustaba a lo indebidamente autorizado. Imputación que, obviamente, no excluye la de los iniciales promotores de las edificaciones”

“En tal situación, la configuración en el planeamiento del concepto de SUNC Transitorio (caracterizado por tratarse de un proceso o tránsito de ejecución hacia el complemento de dotaciones), no previsto expresamente en la LOUA, con el que delimitar situaciones como las descritas, y con las consecuencias que ello implica, se nos presenta como contraria a la jurisprudencia de esta Sala”.

“Conforme a lo expuesto, no resulta jurídicamente aceptable —constituyendo una técnica acreedora de censura por nuestra parte— el expuesto y generalizado recurso a la categoría del SUNC, como fórmula empleada de manera indiscriminada y como modo de tratar de solventar todas las patologías en que ha podido incurrirse con anterioridad a la Revisión del PGOU”.

3º. No resulta jurídicamente posible proceder a la alteración por el planificador de los mecanismos legales de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes urbanísticos, considerando como principio esencial la atribución de la misma a los promotores de las construcciones en contra de lo previsto en el artículo 19 del TRLS08:

“Obvio es que las cargas cuya imposición se pretende —con independencia de su viabilidad jurídica— sólo corresponden a quienes, en la actualidad, figuran como propietarios o titulares de los inmuebles”.

“La imposición de tales cargas lo es —tiene su fundamento— en función del interés público propio de la potestad de planeamiento, pero no para “sancionar” actuaciones anteriores que lesionaron tal interés público”.

“Esta atribución de cargas a los no propietarios rompe con el estatuto de la propiedad inmobiliaria, pues se imponen obligaciones conectadas con la propiedad a quien ya no es propietario: el principio de la equidistribución de beneficios y cargas no puede convertirse en la finalidad del plan, antes bien, constituye su consecuencia necesaria”.

4º. Por último, igualmente carece de apoyo la exigencia de nuevas prestaciones que alteran el equilibrio del derecho de propiedad y que además dependen de la modulación del nivel de legalización realizado por el propio planificador:

“Se procede a una imputación de cargas y gravámenes individuales —incluso, como hemos examinado antes, a quienes ya no son propietarios—, que carece de respaldo en norma alguna con rango de ley, desarrollándose tal imputación sin el seguimiento de ningún procedimiento tramitado de forma individual y con todas las garantías previstas para este tipo de exacciones económicas”».

B) También en nuestra Sentencia de 27 de octubre de 2015, en relación con la exigencia de incorporar al plan un estudio de sostenibilidad económica, vinimos a agregar:

«“El concepto de sostenibilidad económica a que se refiere el legislador estatal en el artículo 15.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo no debe confundirse con el de viabilidad económica, más ligado al sentido y finalidad del estudio económico-financiero, sino que va relacionado con dos aspectos distintos, la justificación de la suficiencia del suelo productivo previsto y, el análisis del impacto de las actuaciones previstas en las Haciendas de las Administraciones Públicas intervinientes y receptoras de las nuevas infraestructuras y responsables de los servicios resultantes. Por otra parte, desde una perspectiva temporal el informe de sostenibilidad económica ha de considerar el coste público del mantenimiento y conservación de los nuevos ámbitos resultantes en función de los ingresos que la puesta en marcha de la actuación vaya a generar para las arcas de la Administración de que se trate. Es decir, mientras el estudio económico- financiero preverá el coste de ejecución de la actuación y las fuentes de financiación de la misma, el análisis de sostenibilidad económica no se ha de limitar aun momento o período temporal limitado, sino que ha de justificar la sostenibilidad de la actuación para las arcas públicas desde el momento de su puesta en marcha y en tanto siga generando responsabilidad para la Administración competente respecto de las nuevas infraestructuras y servicios necesarios”.

“En el presente caso, la sentencia de instancia no contiene ninguna referencia a la denunciada ausencia del informe de sostenibilidad económica; no obstante, un estudio del expediente administrativo, nos permite concluir que, el mismo, resulta ser inexistente en este caso”.

“Los fundamentos que informan tal directiva son el principio de cautela y la necesidad de protección del medio ambiente a través de la integración de esta componente en las políticas y actividades sectoriales”.

“Cabe reiterar aquí cuanto hemos razonado hasta ahora en relación con la pérdida de razón de ser y de sentido útil que representan estos trámites esenciales como la EAE cuando se proyectan sobre un plan urbanístico que, en realidad, mira más al pasado que al futuro, desnaturalizando así las ideas capitales de cautela, previsión, prevención y planificación -económica o ambiental, según el caso- que justifican su obligatoriedad”.

“En otras palabras, la EAE que la Ley 9/2006 preceptúa no sólo no existe porque no se haya emitido en el curso de la elaboración del PGOU de Marbella sino que, atendida la vocación de legalización, normalización o, en palabras de la memoria,”... comprensión urbanística... en un contexto con múltiples particularidades de naturaleza política, social, económica, institucional, fruto de una gestión anómala y de un desentendimiento en las décadas pasadas “(...), el documento ambiental que se hubiera podido emitir no podría, dada la situación preexistente, alcanzar la finalidad que le es propia”».

D) Declarada la nulidad del PGOU de Marbella de 2010 también en este recurso por virtud de lo expresado, no resulta procedente y carece de sentido venir ahora a pronunciarnos sobre el resto de las pretensiones esgrimidas en la demanda, más allá de la estrictamente anulatoria sobre la que acabamos de resolver, porque el efecto típico y característico que la anulación de todo plan comporta es que recobra su vigencia la ordenación urbanística preexistente (PGOU de 1986), conforme a una jurisprudencia que tenemos reiteradamente establecida y cuya cita resulta innecesaria”.

STS de 11 de diciembre de 2015. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Suay Rincón. ROJ: STS 5308/2015. Nº Recurso: 2188/2014. <http://www.poderjudicial.es>.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

XIX PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Revisión de oficio por nulidad. Límites.

La procedencia o no de aplicación del artículo 106 dependerá de cada caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y las relaciones entre particulares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contra la resolución de treinta de Julio de 2 014 del Consejo de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, por la que se declara la nulidad de la resolución de 28 de Octubre de 2002 y 18 de septiembre de 2003 de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social relativa a la concesión de unas subvenciones específicas e incondicionadas, y se obliga a la devolución del importe de las ayudas percibidas indebidamente y que asciende a Novecientos Mil Setecientos Cincuenta y Nueve euros (900.759).

SEGUNDO.- Según el fundamento tercero de la resolución administrativa dichos actos incurren en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1 e) de la ley 30/1992 de 26 de noviembre , ya que se han dictado, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El asunto es sustancialmente idéntico a otros resueltos por este Tribunal (R.34/13. S. 12-3-2014 entre otras). La misma ha de ser la solución que ahora se adopte. “Frente a ella se alza el actor alegando esencialmente que no procede la aplicación analógica de las sentencias del TSJA de 2 de noviembre de 2011 , porque los supuestos no son idénticos, ya que en este caso existe solicitud y tramitación aunque haya desaparecido la documentación, lo que determinaría un supuesto de anulabilidad del artículo 63 y por

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

tanto el procedimiento a seguir sería el del 103, que establece un plazo de cuatro años ya prescrito. Por otra parte cita el artículo 106 de la LRJAP -PAC sobre el límite de la facultad de revisión, cuando por prescripción de acciones, transcurso del tiempo (más de ocho años), su ejercicio resulte contrario a la equidad, buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, máxime cuando la ayuda no carece de causa y la finalidad e inversión fueron realizadas. La Administración se opone, remitiéndose a lo resuelto por esta Sala en los recursos 989 y 990/2010 y destacando que conforme al artículo 3 6.4 de la Ley General de Subvenciones , la nulidad de la ayuda, lleva consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas, siendo irrelevante a estos efectos que se llevase a cabo o no la inversión, ya que estamos ante una revisión de oficio y no un reintegro por incumplimiento.

TERCERO.- Efectivamente como alega el letrado de la Administración, no estamos en un supuesto de reintegro por incumplimiento del artículo 37 de la Ley General de Subvenciones , sino de nulidad de la concesión de la ayuda del artículo 36.1 a) prevista en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 , que determina conforme el apartado 4 de dicho precepto la devolución de las cantidades percibidas. Por tanto aunque la inversión se haya realizado como se acredita con la documentación aportada, ello no supone la validez de las actuaciones cuya nulidad es declarada en la resolución impugnada. Haya desaparecido o no documentación denunciada, es lo cierto que ni existió solicitud de ayuda, ya que el proyecto visado que obra en el expediente, está justificado para poder solicitar las licencias y permisos reglamentarios para su posterior legalización en la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Sevilla y demás Organismos Competentes y ninguna referencia hacen a una posible ayuda, Y que la Administración eludió todos y cada uno de los trámites previstos en el Título I capítulo I, II o III de la Ley General de Subvenciones previstos para su concesión y gestión. Es decir se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que supone conforme al artículo 62 de la LPCA y 34 de la Ley General de Subvenciones la nulidad de pleno derecho, afectando dicha nulidad al posterior Convenio con el IFA para materializar el pago. De ahí que la declaración de nulidad contenida en el apartado primero de la Resolución impugnada es ajustada a Derecho, siendo plenamente aplicable las sentencias citadas y las dictadas con posterioridad sobre las ayudas a los ERE por inexistencia de procedimiento alguno de concesión.

CUARTO.- Sentada la conclusión favorable a la apreciación de la existencia de nulidad, porque la causa es inequívoca, es preciso valorar como alega el actor si concurren circunstancias que hayan de ser consideradas como límite a la revisión de oficio de conformidad con el artículo 106 de la Ley 30/92 . Dicho precepto no es una norma interpretativa para restringir la apreciación de las causas de nulidad, sino una

norma conectada con las causas de nulidad y sus efectos que no ignora la existencia de esos efectos, sino que pretende atemperarlos, de ahí la referencia a la ponderación de circunstancias concretas y a estándares abstractos como la buena fe o la equidad, típicos de un sistema que atempera las consecuencias rigurosas en la aplicación de la ley cuando concurren motivos suficientes. Por ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo considera con carácter restrictivo la constatación de los límites a que se refiere el artículo 106, pues en caso contrario se convertiría en una vía de escape a las consecuencias de la nulidad, pero también es cierto que el legislador ha previsto una solución contraria a la efectividad de la nulidad, y que debe ser aplicado en función de las circunstancias presentes en cada caso. Así en sentencias de 13 de febrero y 27 de marzo de 2012, resume su doctrina contenida en la de 17 de enero de 2006 sobre la revisión de los actos administrativos firmes que “Se sitúa en dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguarda de la seguridad jurídica y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”. Igualmente sostiene: “Parece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de aplicación del artículo 106 dependerá de cada caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y las relaciones entre particulares. Y recuerda que el Tribunal Supremo no ha dudado en numerosas ocasiones en dar prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad.

QUINTO.- La traslación de la doctrina expuesta en relación al caso enjuiciado para compatibilizar estos principios y derechos en función de los bienes jurídicos en juego, permite la aplicación del artículo 106, al apartado segundo de la resolución impugnada, que exige la restitución de la ayuda, ya que tanto de la Ley General de Subvenciones (artículo 39), como la Ley General Presupuestaria o la Ley de la Hacienda Pública Andaluza, establecen un plazo de cuatro años de prescripción, que ha sido superado con creces, por lo que los efectos de la nulidad declarada (que es imprescriptible) deben quedar atemperados por razones de seguridad jurídica, aparta-

do que debe ser anulado conforme a lo dispuesto en dicho precepto. SEXTO.- Conforme al artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional no procede hacer expresa imposición de costas al ser la estimación parcial.

St. de diecinueve de Enero de 2016. Sala de Sevilla Ponente J.Manuel Moreno Retamino.

XII URBANISMO Y VIVIENDA

Límites del Estudio de detalle

PRIMERO.- Constituye el objeto de este recurso, como se ha adelantado, la Resolución del Ayuntamiento de Martos aprobada por el Pleno Municipal celebrado el 25 de junio de 2009, por la que se aprueba definitivamente el estudio de detalle de modificación de alineaciones en calle Teniente General Chamorro Martínez promovido por Construcciones X-S.L.. Considera la recurrente que el estudio de detalle aprobado no es ajustado a derecho en tanto en cuanto supone un incremento del aprovechamiento urbanístico al aumentar el fondo de parcela máximo previsto en el PGOU vigente de Martos, lo que implica un cambio de uso del suelo prohibido por la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (L.O.U.A.), así como un cambio en la tipología de la construcción. Alega además que se alteran las condiciones de ordenación de los predios colindantes, pues al permitirse una nueva construcción con más fondo el edificio que se construya sobrepasará el colindante existente, así como que se establecen una serie de determinaciones que exceden de las permitidas por la L.O.U.A. y en el Reglamento de Planeamiento. Aduce por último que se conculcan las determinaciones del PGOU vigente de Martos, aprobado definitivamente el 21 de enero de 1999, y se contradice lo dispuesto en el nuevo PGOU de Martos que se encuentra en fase de aprobación. Aporta a fin de probar lo sostenido dictamen pericial del arquitecto D. Jose Ignacio que es sometido a aclaraciones en fase de prueba. Se opone el consistorio demandado al recurso esgrimiendo que las Normas Urbanísticas del PGOU permiten determinadas alteraciones de las condiciones de posición de la edificación mediante la aprobación de estudio de detalle, alteraciones entre las que se encuentra la modificación de la profundidad de la edificación hasta los 30 metros, medida que no supera el fondo de la parcela determinado en el estudio de detalle, así como que este aumento ni implica un cambio de uso de suelo ni altera la tipología de la edificación ni supone un aumento de aprovechamiento urbanístico, tal y como se justifica en el proyecto de estudio de detalle y como refrenda el Arquitecto municipal. Añade que las condiciones de ordenación del solar de los recurrentes no se ven afectadas. Por último asevera que en ningún caso se vulneran las normas

del PGOU. Por su parte, la entidad codemandada, conviene con el Ayuntamiento demandado que no se conculcan los límites establecidos por el artículo 15 de la L.O.U.A. por cuanto no se altera el destino del suelo, no se produce incremento del aprovechamiento urbanístico, no se causan perjuicios a terceros por la modificación de las condiciones de ordenación de los precios colindantes y no se establecen determinaciones que excedan de las permitidas en esta Ley ni en el Reglamento del Planeamiento Urbanístico. Concluye asimismo que no existe vulneración de las determinaciones del P.G.O.U. de Martos y se remite a lo informado por el Arquitecto municipal, sugiriendo que ha de darse preferencia a los informes emitidos por técnicos municipales frente a los peritos designados por los interesados. Tras la práctica de la prueba los interesados básicamente se reiteran en sus posiciones en sus escritos de conclusiones.

SEGUNDO.- Debe por tanto circunscribirse la cuestión a si el estudio de detalle aprobado en la Resolución recurrida se excede o no de las determinaciones permitidas por la ley y a si el mismo contraviene lo dispuesto en el Plan General de Ordenación Urbana de Martos vigente al momento de su aprobación. Pues bien, en orden a dar respuesta a la cuestión atinente al alcance del estudio de detalle es necesario partir de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (L.O.U.A.): “Artículo 15. Estudios de Detalle 3 1. Los Estudios de Detalle tienen por objeto completar o adaptar algunas determinaciones del planeamiento en áreas de suelos urbanos de ámbito reducido, y para ello podrán: a) Establecer, en desarrollo de los objetivos definidos por los Planes Generales de Ordenación Urbanística, Parciales de Ordenación o Planes Especiales, la ordenación de los volúmenes, el trazado local del viario secundario y la localización del suelo dotacional público. b) Fijar las alineaciones y rasantes de cualquier viario, y reajustarlas, así como las determinaciones de ordenación referidas en la letra anterior, en caso de que estén establecidas en dichos instrumentos de planeamiento. 2. Los Estudios de Detalle en ningún caso pueden: a) Modificar el uso urbanístico del suelo, fuera de los límites del apartado anterior. b) Incrementar el aprovechamiento urbanístico. c) Suprimir o reducir el suelo dotacional público, o afectar negativamente a su funcionalidad, por disposición inadecuada de su superficie. d) Alterar las condiciones de la ordenación de los terrenos o construcciones colindantes.” Debe asimismo partirse del hecho incontrovertido de que el Estudio de Detalle aprobado reduce una planta de altura y a su vez, para no perder edificabilidad, aumenta el fondo de parcela de 20 a 26 m., lo que modifica necesariamente la línea medianera que separa la parcela de la propiedad colindante. Presentados estos antecedentes debe resolverse ahora si estas modificaciones suponen o no una alteración de las condiciones de ordenación de los terrenos o construcciones colindantes contraviniendo lo dispuesto en el precepto transcrito, pues lo que es claro es que no se modifica el uso urbanísti-

co del suelo ni resulta acreditado en la demanda ni en el informe pericial aportado que se incremente el aprovechamiento urbanístico, no habiéndose además desvirtuado los cálculos hechos en el estudio de detalle que implican incluso una leve minoración de la edificabilidad.

TERCERO.- A fin de resolver esta cuestión ha de traerse a colación también lo dispuesto en el Plan General de Ordenación Urbanística (P.G.O.U.) de Martos entonces vigente, que permite, en su artículo 14, redactar Estudios de Detalle de acuerdo con lo señalado en la legislación urbanística y en el marco de las determinaciones del Plan General y Planes Especiales de Reforma interior en suelo urbano para señalar alineaciones y rasantes u ordenar volúmenes y, en concreto, permite que estos Estudios alteren “la posición, ocupación, volumen y forma de la edificación, siempre que no se aumente la altura máxima de la edificación, la densidad y la edificabilidad, ni tampoco se infrinja perjuicio sobre las edificaciones o parcelas colindantes...” A su vez, el artículo 294 de las normas urbanísticas del P.G.O.U. de Martos permite que se alteren las condiciones de posición de la edificación mediante la aprobación de un Estudio de Detalle siempre que, entre otras condiciones, y por lo que a este caso interesa, no se dejen medianeras vistas, debiendo éstas tratarse adecuadamente o adosarse la nueva edificación a las mismas y la profundidad de la edificación no sea superior a 30 m., medida perpendicularmente a la fachada de mayor longitud, requisito este último cuyo cumplimiento no puede discutirse dado que el fondo de parcela queda en 26 m. Por tanto, como admite incluso el Arquitecto que emite el informe aportado por la demandante en las aclaraciones hechas en fase de prueba, es posible efectuar estas modificaciones siempre que no se perjudique a terceros o se creen medianerías vistas. Y en este caso, si bien no queda acreditado, a juicio de esta Sala, que se creen perjuicios a la finca colindante, pues tan sólo se refiere el perito a ciertas limitaciones en las vistas que no concreta debidamente e incluso reconoce que no existen ventanas en la finca colindante que se puedan ver cegadas por la construcción de una medianera, con lo que no puede tenerse por probado, sí es claro que, aunque no lo refiera el Estudio de Detalle, se crea una medianera en uno de los lados entendida como cuerpo colindante que no puede abrir luces, lo que además se aprecia fácilmente en los planos insertados en el informe pericial (página 6 del mismo). Ahora bien, dado que el citado artículo 294 del P.G.O.U. precisa que en el caso de que se creen medianeras vistas deben tratarse adecuadamente, está introduciendo una excepción al cumplimiento de esa condición a fin de permitir la alteración de las condiciones por un Estudio de Detalle. Por lo tanto, siempre que sea tratada adecuadamente la medianera creada, teniendo como se contempla en el Estudio de Detalle igual tratamiento de composición y materiales de acabado que la fachada principal de la construcción, no puede concluirse que se hayan vulnerado las determinaciones de P.G.O.U. de Martos.

CUARTO.- Motivos por los que procede la desestimación del recurso sin hacer expresa condena en costas al no apreciarse mala fe o temeridad en virtud de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998.

St. de 30 de noviembre de 2015. Sala de Granada. Ponente Cristina Pérez Piaya Moreno.

VIII CULTURA EDUCACIÓN Y PATRIMONIO HISTÓRICO

Premios por hallazgo. Criterios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contencioso administrativo contra la Orden de 29 de septiembre de 2010 de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, Orden en la que se acuerda denegar el premio por hallazgo solicitado por D. Artemio el día 25 de mayo de 2009. Entiende la resolución impugnada que el artículo 50 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, exige que se trate de hallazgos casuales, es decir descubrimientos que lleven aparejado carácter fortuito, y que el hallazgo en base al cual se reclama se encuentra en las inmediaciones del yacimiento arqueológico del Castillejo de Quéntar, declarado Bien de Interés Cultural (BIC), por lo que no se aprecia ese carácter casual del hallazgo, pues el interesado tenía conocimiento de la existencia del yacimiento arqueológico en las inmediaciones del lugar.

SEGUNDO.- Entiende el recurrente D. Artemio, en su escrito de demanda y conclusiones, que no se ha seguido el procedimiento administrativo que regula la Ley 30/1992 en desarrollo del artículo 105 de la Constitución, al no haberse dado audiencia al interesado, ni haber podido formular alegaciones o proponer prueba, por lo que solicita la anulación del expediente administrativo, y la retroacción de actuaciones al momento posterior a la emisión de un informe de fecha 19 de noviembre de 2009. En cuanto al fondo del asunto considera la parte recurrente que concurren los requisitos del artículo 50 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, para considerar el hallazgo como casual, por lo que solicita que se declare al recurrente como descubridor de los objetos y merecedor del premio legalmente establecido.

TERCERO.- La Administración demandada se opone a la estimación de la demanda, y solicita la confirmación de la actuación administrativa recurrida. Se basa

para ello en que concurre la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 69.c) de la LJCA en relación con el artículo 28 de la Ley 30/1992, ya que considera que tras la petición de premio por hallazgo arqueológico de 25 de mayo de 2009 recayó Resolución denegatoria de 23 de noviembre de 2009, que fue resuelta en sentido desestimatorio por resolución de 21 de diciembre de 2009 tras la presentación de una queja o sugerencia (que no recurso) el día 14 de diciembre de 2009. Por tanto, concluye, no es admisible replantear la petición en vía administrativa, y la Resolución de 29 de septiembre de 2010 que se impugna en este proceso simplemente reproduce la desestimación anterior. En cuanto al fondo del asunto entiende la Administración que no se trata de un hallazgo casual con arreglo a la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español y la Ley autonómica, por cuanto que no se ha acreditado la aparición sorpresiva del objeto, la Administración ya conocía que en la zona limítrofe al diámetro del BIC Castillejo de Quéntar podría haber restos arqueológicos, y el actor es un aficionado a la arqueología que pertenece a la Federación Andaluza de Detección Deportiva y que es un usuario habitual de detector de metales con finalidades de prospección arqueológica, lo que enerva la presunción de casualidad del hallazgo según la STS de 28 de junio de 2004.

CUARTO.- Procede comenzar por el análisis de la causa de inadmisibilidad alegada por la Administración demandada. El artículo 69.c) de la LJCA invocado por la Junta de Andalucía establece que: “la Sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de sus pretensiones” en los casos en que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación”. Sostiene la administración autonómica que tras la petición de premio por hallazgo arqueológico de 25 de mayo de 2009 recayó Resolución denegatoria de 23 de noviembre de 2009. Frente a esa resolución entiende que no se formuló recurso administrativo, sino una queja en relación con el funcionamiento de los servicios de la Junta de Andalucía, queja o sugerencia que fue presentada el día 14 de diciembre de 2009 y que fue resuelta en sentido desestimatorio por resolución de 21 de diciembre de 2009. Por tanto, concluye, no es admisible replantear la petición en vía administrativa, y la Resolución de 29 de septiembre de 2010 que se impugna en este proceso simplemente reproduce la desestimación anterior. Pese a lo alegado por la Junta de Andalucía, no concurre la causa de inadmisibilidad por varias razones. En primer lugar, la resolución aquí impugnada, que es la Orden de 29 de septiembre de 2010, señala los recursos que se pueden ejercitar frente a ella, como consta en el folio 39 del expediente administrativo, y esa resolución señala que cabe recurso frente a la misma tanto en vía administrativa como en vía judicial. No parece muy conforme con las reglas de la seguridad jurídica y la buena fe ni con la doctrina de los actos propios pretender en vía judicial la inadmisibilidad de un recurso que admitió e indicó la propia Administración. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es posible pre-

tender en vía judicial la inadmisibilidad de un recurso cuando en vía administrativa se ha permitido e incluso indicado el mismo en la resolución que puso fin a la vía administrativa. En segundo lugar, las resoluciones que dice la Administración agotaron la vía administrativa, esto es las resoluciones de 23 de noviembre de 2009 y 21 de diciembre de 2009, no indicaron que agotaban o ponían fin a la vía administrativa ni contenían pie de recurso, por lo que resulta de aplicación el artículo 58.2 en relación con el artículo 58.3 de la Ley 30/1992, cuando establece que “las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado (...) interponga el recurso procedente”. De tal manera que si esas resoluciones pusieron fin a la vía administrativa, tal y como sostiene la Administración, la falta de indicación de los recursos procedentes requisito esencial de una notificación conforme al artículo 58.2, hace que sean notificaciones defectuosas por lo que sólo surten efecto a partir del recurso interpuesto contra ellas. No concurre, por tanto, la causa de inadmisibilidad.

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto, el artículo 50 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, establece en su artículo 50 que: “La persona que descubra y la propietaria del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto o los restos materiales tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, la cual se realizará de conformidad con lo establecido por el artículo 80 de la Ley de Expropiación Forzosa, distribuyéndose entre ellas por partes iguales. Si fuesen dos o más las personas descubridoras o propietarias se mantendrá igual proporción. El procedimiento para la declaración de los derechos de las personas descubridoras o propietarias del lugar donde hubieran aparecido los hallazgos casuales se desarrollará con arreglo a los trámites reglamentariamente establecidos”. La Administración sostiene que el hallazgo no cumple con los requisitos exigidos por la Ley, ya que 1) el artículo 41 de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español exige para la consideración de hallazgo arqueológico la previa situación de ocultación y aparición por azar o como consecuencia de cualquier tipo de remoción de tierra, 2) el lugar del hallazgo está catalogado como yacimiento Bien de Interés Cultural (BIC) y así se constató en la visita que se realizó folios 3 y 4 del expediente, por lo que al tenerse constancia de la existencia del yacimiento en las inmediaciones del lugar del descubrimiento hay intencionalidad y 3) la parte recurrente es usuario habitual de detectores de metales con la finalidad de descubrimientos arqueológicos por lo que falta el requisito de la casualidad en el hallazgo.

SEXTO.- De la prueba practicada ha quedado probado que D. Artemio descubrió en mayo de 2009 una piedra plana que parecía una lápida bajo la cual se observaban unos restos que podrían ser humanos y que estos objetos podrían ser parte del patrimonio histórico andaluz. El hallazgo se produjo sobre la margen izquierda

de la presa del embalse de Quéntar en el Tajo del Castillejo. Inicialmente la Administración, tras realizar visita de inspección, entendió respecto del objeto del hallazgo que se trataba de un Bien de Interés Cultural, y así lo resolvió en su resolución de noviembre de 2009; si bien tras manifestar el interesado que estaba a más de 200 metros del ámbito de protección del BIC, por lo que no podía ser considerado como BIC, la Administración manifestó que “es de agradecer el celo de esta persona en la protección del patrimonio, ya que actuaciones como esta facilitan a la administración el cumplimiento de sus obligaciones” (folio 8, informe de la Conservadora del Patrimonio de 15 de diciembre de 2009) y resolvió que el hallazgo no estaba en el BIC ni en su ámbito de protección, aunque estaba prevista su inclusión en una futura revisión. Con arreglo al artículo 41 de la Ley 16/1985, apartado 3, “se consideran hallazgos casuales los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole”. De acuerdo con esta norma, el hallazgo debe ser considerado como casual, ya que no hay ninguna prueba de que no lo sea, y no hay ningún dato objetivo en base al cual considerar probada una intencionalidad del recurrente que excluya el carácter azaroso del hallazgo, o que fue como consecuencia de la remoción de tierras que se pudo producir como consecuencia de las lluvias. El hecho de que la solicitud inicial se presente en un modelo de la Federación Andaluza de Detección Deportiva no supone, per se, que el hallazgo no sea casual, y que el recurrente sea usuario habitual de detectores de metales tampoco es una prueba de que el hallazgo no fuera casual, pues por una parte no está probado que en ese momento estuviese utilizando el detector de metales, y, por otra parte, lo que se encontró fue una lápida de piedra (no de metal). Además, el utilizar un detector de metales no elimina el “azar” o el carácter casual de un hallazgo, pues aún con ese instrumento tecnológico, también hay que “tener suerte” o azar para encontrar algo en un monte u otra parte. Por otra parte, el razonamiento de la Administración, llevado al extremo o al absurdo, supondría que una persona que sea usuaria de detectores de metales nunca podrá realizar hallazgos casuales, limitación grave no prevista en ninguna norma y que sólo podría establecerse en una Ley, que sería por otra parte de dudosa constitucionalidad, pues lo que debe prevalecer son las circunstancias objetivas que rodean al hallazgo, y no las circunstancias subjetivas de la persona que lo realiza ni sus aficiones, y debe prevalecer la prueba sobre el hecho del hallazgo, y no la prueba sobre el autor del hallazgo. Además, la norma, cuando se refiere al hallazgo casual en el artículo 41 antes citado, hace referencia a un hallazgo casual definido como el que se produce por azar “o como consecuencia de cualquier tipo de remociones de tierra”, y esa referencia a “cualquier tipo” permite incluir también el supuesto de hecho que se ha producido en este caso de acuerdo con la prueba practicada. Por tanto, de la prueba practicada hay que rechazar que no estemos ante un hallazgo casual o producido como consecuen-

cia de cualquier tipo de remociones de tierra, conforme al artículo 41 de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español . El hecho de que el hallazgo se produjese en las inmediaciones de un BIC, pero fuera del mismo, tampoco impide considerar que estemos ante un hallazgo casual, pues si la Administración conocía que podría haber restos arqueológicos en esa zona entonces debió bien ampliar la zona de protección, bien realizar la búsqueda correspondiente, y tan válido es pensar que en las inmediaciones de un BIC puede haber más restos arqueológicos como pensar lo contrario, esto es, que en las inmediaciones de un BIC no hay restos arqueológicos, por lo que por este solo argumento, desde luego, el hallazgo del recurrente no pierde su naturaleza de casual. Por todo ello, hay que considerar que el hallazgo del recurrente debió ser calificado como casual en los términos del artículo 50 de la Ley 14/2007 , lo que obliga a estimar el recurso, anular la resolución impugnada que deniega el premio por hallazgo y condenar a la Administración a que se le abone el premio que corresponda tras la tramitación del correspondiente procedimiento y tasación del valor del hallazgo, tasación que no consta en autos y que impide a la Sala la cuantificación del premio por hallazgo. La estimación del anterior motivo del recurso hace innecesario que se analicen los vicios formales denunciados en la demanda, vicios que, por otra parte, no han causado indefensión material.

St. de 30 de noviembre de 2015. Sala de Granada. Ponente Luis Ángel Gollonet Teruel

XX RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Responsabilidad sanitaria. Causalidad. Prueba. Infecciones hospitalarias. Costas

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Considera la juzgadora de instancia que la infección que origina la gangrena gaseosa al menor y que fue causa inmediata de su fallecimiento tiene un origen hospitalario, según la valoración que hace de la prueba aportada y practicada. Por su parte la Administración sanitaria apelante consideran que dicha conclusión se opone a lo recogido en diversos informes periciales obrantes en autos (dictamen del Médico Forense, del departamento de aseguramiento y riesgos del SAS y del médico especialista en medicina interna D^a Agueda), donde se señala que la vía de entrada de la infección puede ser externa, como una herida preexistente o administrar un inyectable, o también interna, como puede ser la existencia de tumores o lesiones ulcerosas del tracto digestivo, vías biliares o tracto genitourinario, sin que en el presente caso se conozca el origen y, por tanto, sin posibilidad legal de afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDO.- Es obvio que la cuestión debatida se enfrenta con el tema de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño acaecido y que constituye un presupuesto de la responsabilidad, de tal forma que dicha relación de causalidad ha de quedar probada. Son numerosas las teorías elaboradas para la determinación de ese nexo causal (equivalencia de las condiciones; causalidad adecuada; probabilidad estadística; pérdida de oportunidad; causalidad atenuada por creación culposa del riesgo o la teoría de los cursos causales no verificables (acciones de wrongful birth y de wrongful life). Para aquellos supuestos, como el que aquí examinamos, en que resulta imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, la aplicación de la teoría de la probabilidad estadística parece la más adecuada. De este modo el Tribunal podrá afirmar la existencia de responsabilidad patrimonial, dando por probada la relación de causalidad, cuando los elementos de juicio que le son suministrados, conducen a un grado suficiente de probabilidad, sobre todo cuando se trata de una “alta probabilidad”, esto es, de una probabilidad próxima a la certeza (probabilidad cualificada). De este modo, quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica o matemática. Basta con que, dado que según la naturaleza de las cosas no es posible una prueba directa, lleguemos a la conclusión de que existe una probabilidad determinante de la causa del daño. Esa probabilidad determinante encuentra, por sí misma, la dificultad a priorística de su determinación. Sólo atendiendo a las particularidades del caso concreto y a las circunstancias que rodean el mismo, podremos afirmar, en cada particular supuesto, cuando nos encontramos ante una probabilidad razonable y suficiente para afirmar el nexo causal. Aplicando las consideraciones anteriores al caso concreto que nos ocupa, del examen valorativo del dictamen médico-forense, dada tanto la objetividad de su emisor como el rigor con que se formula, debemos considerar como acertada la conclusión alcanzada por la juzgadora de primera instancia al afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Según los criterios de infección de los centros para el control de enfermedades (CDC 1988 y 1992), se considera que existe una infección nosocomial cuando no hay indicios de que el paciente la tuviera ni en la fase clínica ni en periodo de incubación en el momento del ingreso hospitalario. Cuando el menor ingresa en el centro hospitalario lo es para atender un cuadro clínico con la sintomatología de cefaleas, malestar general y frebrícula, totalmente inespecífico y que en absoluto hace sospechar que ya portase la bacteria a la postre determinante del fallecimiento. Como indica el Médico Forense “no parece guardar relación (el cuadro sintomatológico determinante de la asistencia facultativa) con el proceso de fascitis y mionecrosis gaseosa clostridiana, pues no es la forma de presentación”. Esto lleva a la necesidad de buscar otra vía de entrada de la infección y tras describir todas las hipótesis, por rango de posibilidad, ante la existencia de un traumatismo en piel como es el inyectable aplicado en el centro médico

y habiendo desarrollado además la infección en zona glútea, señala como lo más probable, que este último fuera el origen del cuadro infeccioso, causa en definitiva del ulterior fallecimiento, quedando de este modo justificada la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

TERCERO.- Las particularidades del asunto tratado, con evidentes dificultades probatorias y argumentos y conclusiones que se mueven en el ambiguo marco de la probabilidad, excluyendo la certeza como criterio rector de la decisión, son razones para, no obstante la íntegra desestimación del recurso de apelación, no imponer a la Administración apelante la condena al pago de las costas originadas en esta segunda instancia.

St. de 24 de noviembre de 2015. Sala de Sevilla. Ponente J.A. Vázquez García.

XVI MEDIO AMBIENTE. IMPACTO VISUAL

Expropiación forzosa. Servidumbre eléctrica. Justiprecio. El impacto visual no puede considerarse como una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos, por lo que, conforme al artículo uno de la Ley de Expropiación Forzosa, no puede considerarse daño indemnizable.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla fija la indemnización, por imposición de servidumbre aérea para instalación eléctrica en finca de la actora en término de Almadén de la Plata, de acuerdo con el siguiente detalle: Expediente 39/2004 Suelo 0'0215 ha X 5536 €/ha... 119'02 euros Servidumbre 2'8510 ha x 5536€/ha x 0'3... 4.734'94 euros Servidumbre 0'3194 ha x 5536€/ha x 0'4... 707'28 euros ocupación temporal 0'1600 x 100'3€/ha... 16'05 euros Afección 5% s/ 119'02... 5'95 euros No obstante, comoquiera que el valor fijado en la hoja de aprecio por la beneficiaria era superior, dada la vinculación que imponen las hojas de aprecio, se fija el Justiprecio en la cantidad dicha. La beneficiaria había fijado el justiprecio en la forma siguiente: Servidumbre de vuelo: 28510 m2 de encinar x 0'68 €/m2 x 0'3... 5.816'04 euros Servidumbre de acceso 3194 m2 de encinar x 0'68 €/m2 x 1... 2.171'92 euros Ocupación temporal: 1600 m2 de encinar (vuelo) x 0'585 €/m2. 936'00 euros Ocupación permanente apoyos: 215 m2 (suelo + vuelo) x (0'68+0'585)... 271'97 euros afección 5% s/271'97... 13'60 euros Indemnización por rápida ocupación... 1.675'95 euros Total... 10.885'48 euros

SEGUNDO .- Por su parte la actora, en su hoja de aprecio, fija el justiprecio del conjunto de las parcelas expropiadas (expedientes 79 a 84 de 2013, que se corresponden con otros tantos recursos que se siguen en esta misma Sección) con las siguientes partidas: suelo, a razón de 7.803'61 euros la hectárea; ocupación temporal, 545.956'1 euros; servidumbre el 90% del valor del suelo; indemnización por demérito del resto de la finca por impacto visual y pérdida de valor paisajístico, 1.243.333'96 euros.

TERCERO .- Composición del Jurado.- Se dice que el Jurado se constituyó sin la presencia del vocal notario, lo que vicia de nulidad al acuerdo. No podemos coincidir con el actor en el reproche, ya que, como consta en el acuerdo, el Jurado se reúne en segunda convocatoria, en cuyo caso, conforme al artículo 33 de la Ley de Expropiación Forzosa, el jurado se reúne válidamente con la asistencia del presidente y dos vocales: uno de los apartados a) o b) del artículo 32; y otro, de los apartados c) o d). Y, en nuestro caso, sólo falta el notario, con lo que el Jurado estaría válidamente constituido.

CUARTO .- Valor de la tierra.- Se dice que la beneficiaria valora el suelo, pese a tratarse de un encinar, como monte bajo. Tampoco podemos coincidir en esto con la actora, ya que, pese a tratarse el suelo de una mejora permanente unida a la Tierra, la beneficiaria calcula, por una parte el suelo estricto de pastos y aparte, en cuanto ha sido preciso talar para la instalación del tendido, el suelo, lo que incluye en la indemnización por ocupación temporal. Desde luego resulta un tanto extraño el método; pero económicamente no perjudica al actor. Se trata por tanto de que la actora, en cuanto reclama mayor precio, lo acredite. Podríamos admitir que el método de capitalización exige incluir entre las rentas todas las que produce la tierra y son compatibles, incluido el aprovechamiento cinegético, aunque éste, por su propia naturaleza, sea difícil de ligar a un suelo concreto; pero, claro, para que aquí podamos apreciar en qué medida el valor fijado por la beneficiaria es erróneo es necesario que la actora haga los cálculos precisos de acuerdo con el método establecido en la Ley de Suelo. Nada de eso hace la actora, sino que se remite al informe que acompaña a su hoja de aprecio hecho por una consultora, que realiza sus cálculos sobre la base de valores fijados en la Orden andaluza de 27 de octubre de 2011 por la que aprueban precios medios de mercado a efecto del Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y sobre Sucesiones. A ese precio aplica diversos factores correctores que tampoco tienen nada que ver con los previstos en la Ley de Suelo y Reglamento de Valoraciones. Entre estos factores de corrección incluye el correspondiente al valor cinegético, que cifra partiendo del valor de la caza según el plan cinegético, que divide entre las hectáreas; y ello, sin referencia alguna a costes como medio de determinar la renta que corresponde a ese aprovechamiento a efectos de incluirlo como

factor de cálculo en el método de capitalización. No podemos decir, desde luego nada de la supuesta renta ganadera, ya que la existencia de una instalación ganadera, no significa que el beneficio de la misma haya de considerarse renta de la tierra en su integridad, sino producto de la inversión, de la que la parte menos significativa es la tierra, que lo único que proporciona es pasto y como tal ha sido valorada la tierra. Pero, sobre todo, insistimos, la actora no liga esto a un cálculo conforme a la Ley del Suelo, por lo que nada podemos decir al respecto. Y, en estos términos, es llano que, con ese sólo dictamen técnico, no podemos formar convicción alguna acerca del mayor valor de la tierra que reclama.

QUINTO .- De la indemnización por ocupación temporal, aunque en vía administrativa, se proponía un ligero aumento, nada concreto se dice en la demanda, por lo que nada decimos aquí. En todo caso, el aumento, conforme al informe acompañado con la hoja de aprecio, derivaría de un aumento de la superficie a tener en cuenta por razón de limitaciones a la actividad ganadera y sobre todo cinegética, por aplicación de la distancia de seguridad prevista por el Reglamento de Caza; pero la existencia misma de la distancia de seguridad nada nos dice de la pérdida de aprovechamiento de tal limitación en un coto de las dimensiones del que aquí nos ocupa.

SEXTO .- Por lo tocante a la servidumbre, la beneficiaria fija para la de vuelo un porcentaje del 30%. Sobre ello, la actora admite que no puede llegar al 100%; pero que el 30 es demasiado bajo para las limitaciones que implica; pero ese perjuicio lo concreta sobre todo en el impacto visual. En consecuencia, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación acerca de dicho impacto, entendemos que, sin otra crítica más precisa el porcentaje es adecuado, como así lo ha estimado esta Sala en otros casos.

SÉPTIMO .- Demérito de la finca.- Sostiene la actora que el paso de esta línea ha disminuido en un alto porcentaje el valor del resto de la finca. La única prueba que presenta de ello es el informe que acompañó a su hoja de aprecio, elaborado por un Ingeniero de Montes, que calculan el demérito sobre la base del impacto paisajístico y medioambiental que causan en el resto de la finca. Para ello parten de un determinado cálculo basado en la fórmula de determinado manual publicado por ingeniero de montes, que indica la pérdida de valor por hectárea, que aplican a la superficie que dicen afectada por el impacto visual de la línea. Y, en estos términos, poco podemos añadir a las razones de la demandada. En efecto, es cierto que toda obra pública o instalación industrial supone un impacto medioambiental, que debe ser objeto de estudio y aprobación a fin de mantenerlo en términos tolerables para la protección de bienes comunes de acuerdo con la legislación de medio ambiente aplicable. Es lo que todos debemos soportar por el desarrollo. Pero ese impacto no puede considerarse como una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos, por lo que, confor-

me al artículo uno de la Ley de Expropiación Forzosa , no podemos considerarlo daño indemnizable. No hay un uso residencial que haya sido impedido por la proximidad de la línea, en consecuencia, el que se dice perjuicio tendremos que considerarlo parte de eso que todos debemos soportar por razón del progreso. Impacto que sufren todos los que se sitúan cerca de la instalación proyectada hayan sido o no expropiados. No se trata, por tanto, de un daño ligado a la privación de bienes, a la expropiación, sino a la obra misma, cuyo concepto va más allá de lo que es propio de un justiprecio. En definitiva, la calidad ambiental no se integra en el patrimonio de cada uno, sino que es parte de un interés colectivo (intereses difusos), a cuyo salvaguarda van dirigidas las medidas correctoras contempladas en la declaración de impacto ambiental.

OCTAVO .- Premio de afección, como es pacífico en la doctrina del TS, en la base del premio de afección no cabe incluir las indemnizaciones, ya que sólo indemniza la privación de bienes. Ciertamente también ha dicho que cabe incluir el valor de la servidumbres cuando equivale a la práctica privación de los bienes, Pero ese no es nuestro caso, ya que la servidumbre no impide seguir con el disfrute del terreno.

NOVENO .- Desestimándose el recurso, conforme al art 139 de la LJ , procede hacer expresa imposición de las costas a la demandante. Pero, acudiendo a la facultad moderadora que el mismo precepto nos reconoce, atendida la importancia y dificultad del asunto, procede fijar un máximo de 900 euros por cada parte personada.

DÉCIMO .- Cuantía.- Aunque la parte la fija en una parte proporcional de la diferencia entre lo acordado por el Jurado y lo solicitado en su hoja de aprecio para todas las fincas, no concreta la cuantía y la fija en indeterminada. Pero es llano que tal cuantía es perfectamente determinable mediante un cálculo, por lo que procede fijarla en la cuantía resultante de ese cálculo, en todo caso, inferior a 600.000 euros.

St de 27 de noviembre de 2015. Sala de Sevilla. Ponente G. Sanchís Fernández Mensaque

VI. CONTRATOS

Contrato administrativo de obras. Ejecución de más obra que la inicialmente encargada con recepción de conformidad. Enriquecimiento injusto. Prescripción de la reclamación de cantidad criterio para determinar el dies a quo. Principio de inmediación Procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada, de fecha 3 de enero de 2012 , estima el re-

curso contencioso administrativo formulado por la mercantil FCC contra la resolución presunta desestimatoria del Ayuntamiento 2 de Granada del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 23 de abril de 2009, en la que se denegó la solicitud de pago de 18 obras pendientes de cobro, resoluciones administrativas que anula, con la consiguiente condena al Ayuntamiento de Granada a que abone la cantidad de 1.328.130,8 euros más intereses. La Sentencia se basa, para estimar el recurso y anular la actuación administrativa impugnada, en que con arreglo al artículo 99.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000, una de las obligaciones de la Administración es el pago o abono del precio pactado, y que las obras que desglosa fueron recepcionadas a plena satisfacción de ambas partes, sin que se haya probado ningún incumplimiento, ni conste en vía administrativa tampoco la existencia de incumplimiento alguno, por lo que, al no haberse producido la prescripción de esa cantidad reclamada, debe abonarse la cantidad de 1.328.130,8 más los intereses que detalla.

SEGUNDO.- En su recurso de apelación el Ayuntamiento apelante solicita la revocación de la Sentencia y confirmación de la actuación administrativa impugnada, al entender que la Sentencia apelada vulnera el principio de inmediación recogido en los artículos 137 y 194 de la LEC, que hay error en la valoración de la prueba pues no está acreditado que las obras por las que se reclama fuesen ordenadas por el Ayuntamiento, por lo que se produce un enriquecimiento injusto por parte de FCC que, contratado para una obra, realiza más obra de la contratada, y que determinadas reclamaciones que detalla la apelación se encuentran prescritas al haber transcurrido el plazo de 4 años previsto en el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria; finalmente se alega que respecto de la Casa Museo Manuel de Falla que hubo una única certificación de 23 de septiembre de 2003 por lo que la reclamación estaría prescrita, y que el documento en que se basa la reclamación es de fecha anterior a la certificación de 23 de septiembre de 2003, por lo que esa reclamación pudo y debió incluirse en la certificación lo que supone que no es conforme a Derecho la condena al pago de esa cantidad.

TERCERO.- Por su parte, la contestación al recurso de apelación entiende que debe confirmarse la Sentencia, y señala que a lo largo del recurso ha quedado claro que el Ayuntamiento adeuda una cantidad a la mercantil, y que se ha probado que su cuantía es la que establece la Sentencia apelada; se rechaza que se haya vulnerado el principio de inmediación, que se produzca un enriquecimiento injusto de la mercantil pues está acreditado que las obras se hicieron por orden de la Administración y para beneficio de ella, y que no se ha producido la prescripción de lo reclamado; finalmente se razona que el recurso se limita a reproducir algunas de las cuestiones que ya fueron desestimadas en la instancia.

CUARTO .- El primer motivo del recurso se refiere a que entiende vulnerado el principio de inmediación recogido en los artículos 137 y 194 de la LEC . El artículo 137 de la LEC establece que “Los Jueces y los Magistrados miembros del Tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente”. Y el artículo 194 de la LEC establece que “En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto”. Pues bien, el tenor de estos artículos no ha sido vulnerado, ni tampoco frustrada la finalidad de los mismos, por el hecho de que las pruebas fuesen practicadas a presencia judicial por un Juez distinto del que dictó Sentencia. Lo que exige el artículo 137 de la LEC es la presencia judicial para la práctica de la prueba, y que esa prueba se practique ante el Juez competente, permitiéndose la oralidad y contradicción; y así ha sucedido en el caso de autos, donde la prueba se ha practicado ante el Juez competente. Por su parte, el artículo 194 lo que exige es que cuando se trate de asuntos que deban fallarse “después de la celebración de vista o juicio” se deba dictar Sentencia por el Juez que hubiera intervenido en esa vista o juicio. En este caso concreto, no se da el presupuesto de hecho a que se refiere la norma, pues no se ha celebrado juicio o vista, por lo que no se ha vulnerado el artículo 194; lo que ha sucedido es que por las peculiaridades propias del proceso contencioso administrativo, tras la práctica de pruebas se han presentado conclusiones escritas, y, por tanto, es posible que sea Juez distinto del que presenció la prueba el que dicte Sentencia, sin contrariar ni vulnerar norma alguna ni menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme a una abundante jurisprudencia constitucional sobre supuestos de hecho iguales, en donde ya se ha validado, de forma reiterada, la adecuación a Derecho de esta situación. Por tanto este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

QUINTO.- En cuanto al segundo motivo del recurso, señala el Ayuntamiento que hay error en la valoración de la prueba pues no considera acreditado que se dieran órdenes expresas por el Ayuntamiento para realizar los incrementos de las obras por los que se reclama, y considera que se produciría un enriquecimiento injusto por parte de la mercantil, en la medida en que habría incrementado los costes de la obra por su cuenta con un mayor beneficio, sin orden o encargo de la Administración. La Sentencia apelada, valorando la prueba practicada, concluye que las obras ordenadas o autorizadas por la Dirección Facultativa fueron recibidas por el Ayuntamiento

de Granada, pese a que excedían o diferían del proyecto inicial, y se encuentran ejecutadas completamente por lo que vienen siendo objeto de uso público y pácifico. En cuanto al detalle concreto de las obras, en esta apelación únicamente es discutido el importe del Edificio de las Hermanitas de los Pobres, del que el Ayuntamiento reconoce la cantidad de 404.349,51 euros pero niega la cantidad de 496.256,94 euros, ya que el resto de cantidades por otras obras han sido reconocidas por el Ayuntamiento. Señala la Sentencia apelada en relación con el Edificio de las Hermanitas de los Pobres que por la dirección facultativa municipal se aceptó con su firma la medición final de la obra, el día 24 de marzo de 2008, como consta en el folio 179 del expediente administrativo. Pero es más, como señala la Sentencia apelada, y comparte plenamente la Sala, el Servicio de Arquitectura de la Gerencia del Ayuntamiento de Granada, como consta en el folio 181 del expediente, elaboró documento de 24 de julio de 2008 en el que acepta esa medición final de la obra y en su memoria justificativa expone los cambios por exceso de medición y nuevas partidas. A este respecto, hay que destacar que aunque no hay prueba directa de que se ordenara por escrito o expresamente ese modificación de la obra, está probada la realización de la obra así como su recepción y uso y disfrute por parte del Ayuntamiento, que en ningún momento opuso reparo alguno a la realización de esas modificaciones, pese a que pudo hacerlo, pues la obra se ejecutó bajo su control, y tampoco se alegó el exceso cuando se recibió la obra, que fue admitida y aceptada, sino sólo en el momento del pago, por lo que, dando por reproducido lo señalado por la Sentencia de instancia al respecto, debe desestimarse esta alegación del recurso de apelación. Según el artículo 99.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000, una de las obligaciones de la Administración es el pago o abono del precio pactado, y las obras del antiguo Edificio de las Hermanitas de los Pobres fueron recepcionadas a plena satisfacción de ambas partes, sin que se haya probado ningún incumplimiento, ni conste en vía administrativa tampoco la existencia de incumplimiento alguno que justificase el que el Ayuntamiento de Granada no abonase lo reclamado, pues, en ese caso, se produciría un enriquecimiento injusto por parte del Ayuntamiento.

SEXTO.- En cuanto a las reclamaciones correspondientes a Merca 80, obra de información y registro del Ayuntamiento de Granada, reparación de cubiertas en el Colegio Gómez Moreno, en la policía de barrio Distrito Sur y Distrito Norte, y acondicionamientos de locales de la Plaza del Carmen, considera la parte apelante que se ha producido la prescripción de las cantidades correspondientes por el transcurso del plazo previsto en el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria, ya que se trata de certificaciones de obra de los años 2001 a 2003 que no se han reclamado hasta 2009. Sin embargo, como señala la Sentencia apelada, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo expuesta, entre otras Sentencias, en la Sentencia de 8 de julio de 2004, dictada en recurso para la unificación de doctrina, en el caso de un contrato de obra

el plazo de prescripción no se computa respecto de cada una de las obligaciones parciales o certificaciones parciales de forma independiente de tal manera que cada certificación tenga una fecha distinta para el inicio del plazo de prescripción, sino que todas las certificaciones u obligaciones parciales tendrán un único momento a partir del cual comenzará a correr el plazo de prescripción, y ese momento será desde la liquidación definitiva del contrato. Por tanto, el recurso de apelación debe ser desestimado en este punto, ya que se limita a reiterar que se ha producido la prescripción de determinadas certificaciones de obra, pero ni indica el importe económico de las mismas, ni las desglosa, ni, lo que es más importante, señala con qué contrato se corresponden y en qué fecha se produjo la liquidación definitiva de esos contratos, por lo que no se puede apreciar la prescripción que se alega, lo que obliga a confirmar la Sentencia apelada.

SÉPTIMO.- Finalmente, respecto de la Casa Museo Manuel de Falla, se alega, sin que se dé respuesta a este punto de la apelación en la oposición al recurso, que hubo una única certificación de 23 de septiembre de 2003 por lo que la reclamación estaría prescrita, y que el documento en que se basa la reclamación es de fecha anterior a la certificación de 23 de septiembre de 2003, por lo que esa reclamación pudo y debió incluirse en la certificación lo que supone que no es conforme a Derecho la condena al pago de esa cantidad. A este respecto, el folio 2 del expediente administrativo, donde consta la reclamación efectuada por FCC, en el número 10 incluye un importe total de 26.506,92 euros, que desglosa en dos conceptos: a) 9.000 euros por obras auxiliares a un Proyecto de revalorización e integración de la casa museo de Manuel de Falla, y se hace referencia a “aceptado presupuesto Isidoro mayo 2003” y b) 17.506,92 euros por obras complementarias y se hace referencia a “aceptado presupuesto por Miguel mayo 2004”. La respuesta de la Gerencia de Urbanismo a esa reclamación fue que no existe constancia de esas obras y que no fueron encargadas por el Ayuntamiento y así lo reitera el Ayuntamiento en su recurso de apelación. Sin embargo, como ya se ha razonado en los anteriores fundamentos, procede la confirmación de la Sentencia en lo relativo a esta alegación de que las obras no fueron encargadas. Pero también alegó el Ayuntamiento de Granada, en su contestación a la demanda (folio 3 de la misma y 710 del proceso), y reitera también en la apelación, sin que la Sentencia dé respuesta a este punto del recurso, al que tampoco se refiere la oposición a la apelación, que el documento n° 26 de los aportados con la demanda es de fecha 2 de septiembre de 2003 mientras que la certificación final de la obra principal a la que se añaden esas obras auxiliares y complementarias es de 23 de septiembre de 2003. Pues bien, examinados los folios 183 y 184 del Tomo I del proceso, se constata que, como señala la parte apelante, el exceso de 26.506,92 euros que se reclama en base al documento n° 26 (que es solo por 17.506,92 euros y no por 26.506,92) es de fecha anterior al documento n° 25 que obra al folio 183 del pro-

ceso, por lo que cualquier exceso o variación debió consignarse en la certificación de obra de fecha posterior, cosa que no se hizo, ya que expresamente se deja en blanco apartado previsto en el documento nº 25 para cualquier gasto adicional sobre el presupuesto primitivo aprobado. Por tanto este motivo del recurso debe ser estimado, y la cantidad que establece la Sentencia debe ser minorada en ese importe de 26.506,92 euros, lo que da un total, tras restar esa cantidad a 1.328.130,8 euros, de 1.301.623,88 euros.

OCTAVO.- No procede la imposición de costas de esta instancia al no haberse desestimado íntegramente el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional , que solo obliga a imponer las costas cuando se desestima íntegramente el recurso.

St. de 23 de noviembre de 2015. Sala de Granada. Ponente: Luis Ángel Gollonet Teruel

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

La Proposición de Ley de modificación de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Junta de Andalucía

La intensa actividad mostrada en esta legislatura por los grupos parlamentarios de oposición en materia de iniciativa legislativa ha tenido una nueva y reseñable manifestación en el mes de octubre de 2015, con la presentación por parte de los diputados del grupo popular de una Proposición de Ley relativa a la modificación de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos¹. Más concretamente, la iniciativa se proyecta a un solo artículo del Capítulo III de la Ley (“Declaración de actividades, bienes, intereses y retribuciones”), a saber, el artículo 12, que aparece encabezado por el título “Plazo para efectuar la declaración y obligación de aportar copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”. Y la reforma del art. 12 que promueve dicha Proposición afecta exclusivamente a su apartado segundo². En su actual versión se exige ciertamente a los “altos cargos y otros cargos públicos” que aporten copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, del Impuesto sobre el Patrimonio para el Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones, durante el mes siguiente al de la finalización del plazo en que deban presentarse ante la Administración Tributaria, pero se apunta que “no serán objeto de la publicidad establecida en el artículo 14”. Disposición esta última que establece la publicidad de dicho Registro, y que precisa que “el contenido de las declaraciones inscritas” en el mismo “se publicará en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* y estará disponible en internet”. Así pues, el vigente artículo 12 de la Ley 3/2005 excluye tajantemente la publicidad de tales declaraciones impositivas.

¹La Mesa del Parlamento, en sesión celebrada el 28 de octubre de 2015, acordó la publicación de la Proposición en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (*BOPA*, núm. 102, 3 noviembre 2015, pág. 8).

²El apartado primero dice así: “La declaración a que se refiere el presente Capítulo se efectuará en el momento de la toma de posesión, cese o modificación de las circunstancias de hecho, en el plazo que se determine reglamentariamente”.

Pues bien, la Proposición de Ley lo que pretende es precisamente poner en conocimiento de la opinión pública tales declaraciones, exigiendo que los cargos públicos presenten, en el momento de la toma de posesión o cese, las autoliquidaciones tributarias en el Registro de Actividades, Bienes Intereses y Retribuciones, que serán objeto de publicidad en el Portal de la Junta de Andalucía (art. 12.2); una exigencia que habrá de reiterarse cada año, antes del 1 de agosto, en relación con las declaraciones tributarias del último ejercicio económico (art. 12.3). Además, se prevé que los cargos públicos “puedan” aportar las autoliquidaciones tributarias de sus cónyuges o parejas de hecho, aunque “estarán disponibles únicamente en el Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones”, ya que la “publicidad de tales declaraciones en el Portal de la Junta de Andalucía solo podrá realizarse si se cuenta con el consentimiento expreso del cónyuge o pareja” (art. 12.4).

Como puede fácilmente apreciarse, la propuesta nueva redacción del art. 12 de la Ley 3/2005 se inspira directamente en el art. 16 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, según la redacción que recibió con ocasión de la sustancial reforma aprobada por el Pleno en sesión celebrada el 26 de noviembre de 2014, que se haría pública mediante Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía de 3 de diciembre de 2014³. Como hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad⁴, con esta reforma el Parlamento, en ejercicio de su autonomía, había ido más allá de lo que le imponía al respecto la Ley de Transparencia Pública de Andalucía: de una parte, porque en relación con el Parlamento las exigencias de esta Ley en materia de publicidad activa se ciñen al “ejercicio de sus funciones de carácter administrativo” (art. 3.2); y, de otro lado, porque en ningún caso la misma obliga a ninguno de los sujetos obligados a hacer públicas las declaraciones tributarias. En efecto, su art. 11 b) se ciñe a ordenar la publicidad de las “retribuciones de cualquier naturaleza percibidas anualmente por los altos cargos y por las personas que ejerzan la máxima responsabilidad en las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de esta Ley”⁵.

³BOJA núm. 241, de 11 de diciembre de 2014.

⁴“Crónica Parlamentaria. La reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 90, 2014, pág. 315 y ss.

⁵Como ha sostenido Severiano Fernández Ramos, la referencia a retribuciones de “cualquier naturaleza” permitiría incluir las llamadas “dietas” o “asistencias” (*Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2015, pág. 111).

Pues bien, tras esta reforma el texto reglamentario acomete una nueva regulación de la información tributaria que han de suministrar los parlamentarios⁶, habida cuenta de que la publicidad se extiende a las declaraciones del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre el patrimonio que los diputados han de presentar cada año natural, y se prevé asimismo que puedan presentar las declaraciones de sus cónyuges o parejas de hecho, aunque sólo se harán públicas si se cuenta con el consentimiento expreso de éstos (art. 16.4). Información que estará disponible en el nuevo Portal de la Transparencia que el Reglamento regula en su art. 66 bis⁷.

A nadie se le ocultan los problemas que la publicidad de un impuesto de carácter personal, como el IRPF, puede generar desde el punto de vista del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y, más específicamente, del derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE)⁸. Así es; por más que el “mandato impositivo de legislación” contenido en el art. 18.4 CE guarde una estrecha conexión con el derecho a la intimidad, prácticamente la primera vez que tuvo ocasión para hacerlo el Tribunal Constitucional declaró que dicho art. 18.4 CE consagra “un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos” (STC 254/1993, FJ 6). Carácter autónomo del derecho contenido en el art. 18.4 CE que sería ratificado en la STC 292/2000, al afirmar que el constituyente con dicha disposición quiso garantizar “no sólo un ámbito de protección específico, sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto” (FJ 4º). En este sentido, prosegui-

⁶En este sentido se añade un inciso al art. 8.2: “Todas las percepciones de los Diputados estarán sujetas a las normas tributarias de carácter general. Asimismo, la información tributaria facilitada por los Diputados será sometida a las normas de transparencia que resulten de aplicación” (en cursiva la adición).

⁷Art. 66 bis: “1. En el Portal de la Transparencia del Parlamento de Andalucía estará disponible toda la información que venga impuesta por la legislación básica del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de transparencia pública, así como la establecida en el presente Reglamento. 2. Corresponde a la Mesa aprobar las normas y adoptar las medidas que resulten precisas para garantizar la transparencia de la actividad de la Cámara y el derecho de acceso a la información pública del Parlamento de Andalucía”. El papel central que tiene el Portal en el marco de la reforma reglamentaria sería subrayada en las líneas introductorias de la Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía por la que se dio publicidad a la misma: “Como cauce instrumental para garantizar la efectividad de estas medidas se crea el Portal de Transparencia del Parlamento de Andalucía, que pretende ser el punto de referencias para los ciudadanos; una imagen veraz y completa, dinámica y actualizada de la organización del Parlamento y de su actividad, bajo la supervisión de la Mesa de la Cámara”.

⁸“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

ría esta STC 292/2000 en su fundamento jurídico sexto, “el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno”, mientras que el derecho a la protección de datos personales “garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos”.

Pero no se limitan a los consagrados en el art. 18 CE el ámbito de los derechos fundamentales que, siquiera *prima facie*, pueden verse involucrados con ocasión de la publicidad de ciertos datos contenidos en la declaración del IRPF. Así sucede con la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar sobre la ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE); garantía constitucional que explica por qué dichos datos se incluyen en el núcleo duro de los “datos especialmente protegidos” a los que alude el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En consecuencia, los datos que revelen la ideología, religión o creencias sólo podrán ser objeto de tratamiento “con el consentimiento expreso y por escrito del afectado” (art. 7.2 LO 15/1999); categoría a la que añade este art. 7.2, por su conexión con la libertad ideológica, los datos relativos a la “afiliación sindical”. No debe soslayarse a este respecto que la jurisprudencia constitucional ya había tenido ocasión de apuntar la relación de la afiliación sindical con el art. 16.2 CE:

“[...] la libertad ideológica, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista que, basado en la tolerancia y respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto del fenómeno religioso y al destino último del ser humano y así lo manifiesta bien expresamente el Texto constitucional al diferenciar, como manifestaciones del derecho, “la libertad ideológica, religiosa y de culto” y “la ideología, religión o creencias”.

“Siendo los sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la Sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna de que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 de la C.E., que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella” (STC 292/1993, FJ 5).

Pero junto a estos “datos especialmente protegidos” que gozan del mayor nivel de garantía, la LO 15/1999 delimita una segunda esfera de datos que puede asimismo verse afectada de algún modo por la declaración del IRPF: “Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente” (art. 7.3).

En resumidas cuentas, la declaración del IRPF puede hacer referencia a algunos de los “datos especialmente sensibles” a los que alude la Ley Orgánica 15/1999, que viene a desarrollar y concretar el derecho fundamental *ex art.* 18.4 CE. Y, de hecho, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) ha tenido que resolver repetidamente consultas que se le han formulado al respecto, señaladamente para precisar el nivel de seguridad que ha de implantarse sobre los ficheros relacionados con la actividad de asesoramiento fiscal. Pues, como es sabido, el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 11/1993 (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre) establece como regla general la aplicación de las medidas de seguridad de nivel alto a los ficheros referentes a “datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual” [art. 81.3 a)].

Así, por comenzar con una de las más frecuentes, se ha preguntado de modo recurrente a la AEPD en relación con la opción de marcar la casilla correspondiente a la Iglesia Católica. Pues bien, inicialmente la Agencia consideró que, con esta opción, se entraba en el ámbito de los “datos especialmente sensibles” mencionados en el art. 7.2 LO 15/1999, ya que, según argumentó en su Informe de 24 de enero de 2001: “la revelación del ánimo de colaborar en el sostenimiento de la Iglesia (aun cuando ello no revele necesariamente la religión profesada por el sujeto pasivo) revela la existencia de unas determinadas creencias filosóficas que implican necesariamente que dicha circunstancia deba ser considerada como un dato referente a la ideología, religión o creencias del sujeto pasivo”. Esta línea interpretativa sería, sin embargo, modificada en el Informe de 29 de abril de 2008; revisión que se justificaría en el Informe de 28 de febrero de 2003, que, en relación con el dato referido a la opción por la asignatura de religión, había afirmado que “el hecho mismo de cursar la asignatura de religión no revela necesariamente que el estudiante profese las creencias a las que tal asignatura se refiere, del mismo modo que el hecho de no cursarla no revela la inexistencia de esas creencias, sino que tal circunstancia puede deberse al estudio de la religión en otros foros distintos del escolar”. Como decía, este argumento sería asumido por el Informe de 29 de abril de 2008 rectificando en consecuencia la posición inicial de la AEPD:

“La aplicación de los argumentos sostenidos en el citado informe de 28 de febrero de 2003, posterior a aquél en que se analizaba la opción de asignación a la Iglesia Católica, a este último caso conduce a la necesaria adopción de una conclusión similar, en el sentido de considerar que la decisión del contribuyente de asignar un porcentaje de la recaudación de sus tributos a la Iglesia Católica no revela necesariamente sus creencias. [...] En consecuencia, al no tener el dato el carácter de especialmente protegido, su tratamiento no exigirá por sí mismo la implantación de las

medidas de seguridad de nivel alto previstas en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999⁹.

Por otro lado, resulta evidente que la indicación del grado o porcentaje de minusvalía del contribuyente o de los miembros de su unidad familiar en relación con la declaración del IRPF incide de plano en “la salud”, uno de los datos especialmente sensibles citados en el art. 7.3 de la LO 15/1999. Así lo declaró, por lo demás, en términos inequívocos la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 27 de abril de 2005, al argumentar que basta “acudir al concepto de salud que resulta del Diccionario de la lengua para entender que el porcentaje de discapacidad es un dato relativo a la salud y ello pues cualquier forma de discapacidad conlleva, en sí misma, una minusvalía o una disfunción en el órgano del cuerpo afectado”¹⁰. Las dudas planteadas a la AEPD sobre el particular han versado sobre el nivel de medidas de seguridad que debe adoptar los asesores fiscales sobre estos datos, y la Agencia ha llegado a la conclusión que les resulta de aplicación la especialidad prevista en el art. 81.6 del Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999: “También podrán implantarse las medidas de seguridad de nivel básico a los ficheros o tratamientos que contengan datos relativos a la salud, referentes exclusivamente al grado de discapacidad, o a la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez del afectado, con motivo del cumplimiento de deberes públicos”¹¹.

Una estrecha vinculación con la libertad ideológica guardan otros datos que constan en las declaraciones del IRPF, como la deducción del rendimiento del trabajo consistente en las cuotas satisfechas a los sindicatos o las cuotas de afiliación a los partidos políticos que sirven para determinar la base liquidable general. Las cuestiones que se han trasladado a la AEPD sobre el particular versan también acerca del nivel de protección que deben dar los asesores fiscales a tales datos. Pues bien, a juicio de la Agencia, estos supuestos se hallan comprendidos en el ámbito de cobertura del art. 81.5 b) del Reglamento, que, en relación con datos de ideología y afiliación sindical –entre otros-, considera suficiente el establecimiento de medidas de seguridad de nivel básico cuando “se trate de ficheros o tratamientos no automatizados en los que de forma incidental o accesoria se contengan aquellos datos sin guardar relación con su finalidad”. Según argumentó la AEPD en el Informe 511/2009: “En este caso,... el tratamiento automatizado del dato en la correspondiente declaración

⁹Véanse asimismo los Informes 511/2009 y 524/2009.

¹⁰Carlos Lesmes Serrano (coord.): *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*, Ed. Lex Nova, 2007, pág. 228.

¹¹Véanse los Informes 511/2009 y 524/2009.

tributaria no exige la constancia de la afiliación política o sindical del interesado, sino que simplemente se hará constar en la declaración la efectiva realización de esa aportación. Ello implicará que el tratamiento que pudiera realizarse por parte de quien presta asesoramiento fiscal al interesado se llevará a cabo en soporte papel, no constando en principio en los ficheros automatizados del consultante”. Y proseguiría el citado Informe: “En todo caso, debe considerarse que en estos supuestos no será posible entender que los datos no revelan la afiliación política o sindical del interesado, dado que en el citado soporte documental puede constar la condición de afiliado al partido político o sindicato, por lo que a nuestro juicio el dato sigue teniendo la condición de especialmente protegido”¹². Ahora bien, como adelantamos, no resulta de aplicación la regla general consistente en proporcionar a estos datos el máximo nivel de seguridad, sino la especialidad recogida en el art. 81.5 b) del Reglamento, de tal suerte que los asesores fiscales pueden ceñirse al nivel básico respecto de la información sobre la afiliación que conserven en soporte papel¹³.

Ésta ha sido, por lo demás, la respuesta dada por el Informe 524/2009 a la consulta relativa a las deducciones por donaciones previstas en el art. 68.3 de la Ley reguladora del IRPF. En principio, “en aquellos casos en que la entidad a que se efectúen sea manifiestamente representativa de una determinada ideología, creencias o religión, pueden ser reveladoras de estos datos especialmente protegidos del donante”. Pero, al igual que sucedía con las cuotas de afiliación sindical y política, puede bastar la implantación de medidas de seguridad de nivel básico: “(...) el tratamiento automatizado del dato relativo a la deducción en la correspondiente declaración tributaria no exige la constancia de la entidad a quien se ha efectuado la donación, realizándose el tratamiento por el asesor fiscal en soporte papel, de manera que, siempre que esa información se conserve de forma no automatizada, cabría aplicar la excepción del artículo 81.5 b) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica...”

Para terminar ya con esta enumeración de datos catalogados como “especialmente protegidos” en la Ley Orgánica 15/1999 susceptibles de ser afectados por la declaración del IRPF, ha de mencionarse la constancia en la misma del matrimonio entre personas del mismo sexo, que obviamente guarda relación con la “vida sexual” a la que alude el art. 7.3 Ley Orgánica 15/1999 y que constituye un dato que reclama la adopción de medidas de seguridad de nivel alto [art. 81.3 a) del Reglamento

¹²La AEPD parece implícitamente asumir que los datos sobre afiliación sindical y política que aparece en la declaración del IRPF no tienen el carácter de “especialmente protegidos”, habida cuenta de que se limitan a indicar la realización efectiva de la aportación y no la concreta afiliación del contribuyente.

¹³En esta misma línea el Informe 524/2009.

de desarrollo de la LO 15/1999]. Pues bien, el Informe 524/2009 ha excluido que la referencia al matrimonio entre personas del mismo sexo en la declaración del IRPF sea un dato especialmente protegido: “(...) es criterio de esta Agencia, manifestado en informe de 5 de febrero de 2007, que si hasta la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, los hechos relativos al matrimonio inscritos en el Registro Civil no se consideraban especialmente protegidos, la misma conclusión debe mantenerse con posterioridad a aquella. En consecuencia el tratamiento de este dato no requiere la adopción de medidas de seguridad de nivel alto”.

Hasta aquí llega la enumeración de las dudas que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, puede suscitar la publicidad de las declaraciones del IRPF. Y precisamente para evitar posibles riesgos a este respecto, la reforma del Reglamento parlamentario trató de precaver eventuales conflictos incorporando en el art. 16.4 un último inciso:

“Antes del 1 de agosto de cada año natural, los Diputados deberán presentar a la Secretaría General de la Cámara las autoliquidaciones tributarias del último ejercicio económico declarado correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, del Impuesto sobre el Patrimonio, las cuales serán objeto de publicidad en el Portal de Transparencia del Parlamento de Andalucía, *salvo en aquellos extremos determinados por la Mesa que se considere afectan al derecho a la intimidad de las personas que figuren en las mismas*” (la cursiva es nuestra).

Y lo cierto es que el modo en que se ha resuelto esta cuestión respecto de los parlamentarios excluye prácticamente de raíz cualquier posible afectación de los derechos fundamentales mencionados. En efecto, el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía, de 14 de octubre de 2015, dictado en desarrollo de dicho inciso, se ha inclinado por el establecimiento de unos formularios (seis en total) en los que se omite cualquier dato sensible en relación con tales derechos o con otros hipotéticamente implicados. “Para el cumplimiento de la citada previsión –razona el referido Acuerdo– no basta con la presentación de las mencionadas autoliquidaciones, sino que se requiere de la Mesa la aprobación de unos modelos que, junto con la protección del derecho a la intimidad, permitan recabar el consentimiento expreso del cónyuge o pareja del diputado o diputada, así como dar respuesta al hecho de que en la normativa del IRPF es posible tanto la presentación de declaraciones individuales como conjuntas con el resto de la unidad familiar”¹⁴.

¹⁴Véase el Acuerdo en *BOPA*, núm. 97, de 26 de octubre de 2015, pág. 96 y ss.

Ésta ha sido, por lo demás, la línea que ha seguido la Proposición de Ley, que añade una cláusula semejante en los diferentes apartados del art. 12 que contemplan la publicidad de las autoliquidaciones tributarias del IRPF de los cargos públicos y sus cónyuges o parejas de hecho (apartados 2, 3 y 4). Efectivamente, su publicidad en el Portal de la Junta de Andalucía se exige “salvo en aquellos extremos que afectan al derecho de intimidad de las personas que figuren en las mismas y que serán determinados reglamentariamente”. En caso de aprobarse en estos términos, habrá que esperar al desarrollo reglamentario para comprobar si y en qué medida la publicidad finalmente requerida se armoniza con los derechos fundamentales en juego.

Pero con independencia de los problemas que puede acarrear la plena publicidad de las declaraciones del IRPF desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el Consejo de Gobierno manifestó su criterio contrario respecto a la toma en consideración de la Proposición de Ley con base en otras consideraciones¹⁵. Por una parte, porque no existe en ninguna comunidad autónoma una obligación semejante: “De hecho –argumenta el Consejo de Gobierno–, en once comunidades autónomas se presentan las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas y del impuesto sobre el patrimonio en registros habilitados para ello, de las cuales en seis también se tiene en cuenta a los cónyuges o parejas de hecho, con su consentimiento expreso, pero en ningún caso se hacen públicas”. Por otro lado, tampoco se prevé algo similar respecto del nivel central de gobierno: “En el Estado, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, establece la obligación de aportar copia de la declaración del IRPF y de la del impuesto de patrimonio que constarán en un registro de carácter reservado al que solo tendrán acceso el Congreso y el Senado, los órganos judiciales y el ministerio fiscal. En ningún caso se establece opción a que esta información sea presentada por los cónyuges o parejas de hecho”. Y por último, la toma en consideración de la Proposición afectaría a la agenda legislativa proyectada por el Ejecutivo: “En Andalucía ya se publica en el Portal de la Transparencia de la Junta de Andalucía una copia de las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas de los miembros del Gobierno y de sus cónyuges. Profundizando, en este sentido, en el programa de gobierno para la actual legislatura, está prevista una ley de buen gobierno y estatuto de altos cargos, donde se abordará, entre otras muchas, esta cuestión de manera global como parte del régimen jurídico de los altos cargos”.

¹⁵BOPA, núm. 125, de 4 de diciembre de 2015.

Pese al criterio contrario del Consejo de Gobierno, la toma en consideración de la Proposición de Ley sería respaldada en el Pleno de forma unánime por los grupos parlamentarios, quedando así expedita la vía para proseguir su tramitación parlamentaria¹⁶.

Manuel Medina Guerrero

¹⁶Los 108 votos emitidos fueron a favor de su toma en consideración. Véase el debate en *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, núm. 28, 24 de febrero de 2016, pág. 12 y ss.

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

El proceso de transformación de las Cajas de Ahorros

*Dra. Carolina Alaminos Mingorance*¹

Doctora en derecho. Asesora jurídica de Banca

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y ORIGEN DE LAS HISTÓRICAS CAJAS DE AHORROS. II. LA *SUI GÉNERIS* NATURALEZA JURÍDICA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAJAS DE AHORROS ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA ACOMETIDA POR EL REAL DECRETO-LEY 9/2009 DE REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO ESPAÑOL. III. EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS ESPAÑOLAS EN FUNDACIONES. 1. La Ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias. 1.1. Las Cajas de Ahorros. 1.2. Las Fundaciones Bancarias. IV. BREVE REFLEXIÓN SOBRE ALGUNOS *HITOS* QUE HAN CONFLUIDO EN LA EXTINCIÓN DE LAS ORIGINARIAS CAJAS DE AHORROS.

RESUMEN:

En el presente estudio nos proponemos analizar el proceso de transformación que han sufrido las Cajas de Ahorros en los últimos años, desde el punto de vista jurídico-administrativo. Tras el análisis de la retrospectiva histórica de estas entidades, que siempre han ostentado una *sui generis* naturaleza jurídica, abordaremos su actual régimen jurídico, haciendo especial referencia a las más recientes reformas normativas. Pondremos de manifiesto el hecho de que la profusa regulación normativa que ha acompañado a tal reestructuración, la cual se ha promulgado en un corto período de tiempo, que, incluso no ha culminado todavía, ha dado lugar a su práctica extinción, habiendo sobrevivido únicamente dos Cajas de Ahorros tradicionales en nuestro país.

SUMMARY:

In the present study is to analyze the process of transformation that have suffered the savings banks in recent years, from a legal point of view administrative. After

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Granada. Asesora jurídica de Banca.

analyzing the historical retrospective of these entities, which have always flaunted *sui generis* legal nature, we address your current legal regime, with particular reference to the most recent regulatory reforms. We will disclose the fact that the profuse normative regulation that has accompanied such restructuring, which has been enacted in a short period of time, which has not even completed yet, has led to its near extinction, having survived just two traditional Savings Banks in our country.

PALABRAS CLAVE:

Cajas de Ahorros, reforma, reestructuración bancaria, Derecho bancario y Fundación bancaria.

KEYWORDS:

Savings Banks, reform, bank restructuring, banking Law y bank Foundation.

I. ANTECEDENTES Y ORIGEN DE LAS HISTÓRICAS CAJAS DE AHORROS

Antes de adentrarnos en el análisis jurídico del proceso de transformación que han sufrido las Cajas de Ahorros en los últimos años, deseamos poner de manifiesto el hecho de que, tratar de una forma global su estudio en el presente trabajo, no es tarea fácil, por los numerosos hechos acaecidos, así como por la profusa regulación normativa que ha acompañado a tal reestructuración, la cual se ha promulgado en un corto período de tiempo -proceso que, incluso parece que no ha culminado todavía-, puesto que tal estudio necesitaría de un tratamiento más extenso, que no descartamos realizar en el futuro.

En este contexto, habría que comenzar este modesto trabajo, respondiendo a una pregunta de difícil respuesta: ¿Qué *eran*, realmente, las Cajas de Ahorros?

Decimos de difícil respuesta, pues, aunque eran entidades de una *especial naturaleza jurídica*, no cabía duda de que las mismas eran de *Derecho Privado*, tal y como lo había aseverado el propio T.C. en las Sentencias 18/1984, 48/1988, 49/1988, 133/1989, 160/1990, entre otras, lo que dificultaba toda posibilidad de reputarlas como instituciones públicas, de aquí que la administración de sus recursos no fuera dirigida por los organismos del poder público.² Sin embargo, por su desarrollo, fines

² Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que las Cajas de Ahorros de fundación privada, aunque por su finalidad social y pública requieran intervención de esta naturaleza, no son entes públicos sino

y composición de sus órganos de gobierno³, “de facto”, estábamos en presencia de unos entes *cuasi públicos*.

Y es ahí, en ese carácter *cuasi público* de las Cajas, donde éstas han encontrado sus auténticos problemas, que, junto a otros, que más tarde analizaremos, las han obligado a efectuar su transformación jurídica, y las han llevado a su práctica *extinción*⁴. Veamos:

Al no tener las Cajas de Ahorros accionistas, eran, de hecho, “Bancos sin dueño”. Sus órganos de gobierno se constituían por medio de *ficciones* del Derecho, pues, no podía crearse una Asamblea en donde estuviera representado el capital, porque éste no existía. Así, se elegía a los representantes de los impositores, mediante listas de compromisarios compuestas por ellos, y de entre ellos elegidos. Se constituían, igualmente, la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control, que eran los Órganos de Gobierno de estas entidades, en un porcentaje que, dependiendo de la comunidad autónoma a que nos refiramos, estaba en torno a: Impositores 44 %, Ayuntamientos de poblaciones donde la Caja ejercía su actividad 40 %, Entidad Fundadora 11 %, Empleados 5 %.⁵ Los Representantes de los Ayunta-

personas jurídicas privadas, y sus miembros no tienen, por ende, la consideración de titulares de cargos públicos a los efectos del art. 23.2 de la Constitución.

³ Las Sentencias 48/1988 y 49/1988 permitieron que las legislaciones autonómicas desarrollaran la Ley estatal básica, al considerar que las enumeraciones que recogía no tenían carácter exhaustivo.

⁴ Decimos “extinción”, cuando, en realidad, tras la transformación del sector de las Cajas de Ahorros, como veremos más adelante, han sobrevivido dos Cajas de Ahorros con su genuina forma jurídica; las más pequeñas del sector; esto es: la Caja de Ahorros de *Pollensa, Colonia, y de Ontinyent*. De esta forma, sólo estas entidades han seguido manteniendo su estructura íntegra de Caja de Ahorros, sin efectuar ninguna alteración. La razón de su *no* transformación, o desaparición, es que, desde su fundación, ambas Cajas se han mantenido totalmente vinculadas a su territorio de origen, esto es: a Mallorca y Valencia respectivamente. Y, el hecho de no transformarse en Bancos, implica que deberán seguir limitando su actuación al ámbito de su localidad de origen, y por tanto, sin expansionarse a otras regiones, donde han desarrollado su actividad desde hace más de 130 años. En concreto, tanto la *Caixa Ontinyent*, como *Pollensa*, han cumplido con los requisitos de capital que establece el Real Decreto Ley 2/2011, de 18 de febrero, de reforzamiento del sistema financiero, y su apelación al mercado mayorista ha sido inferior al 20% de sus activos, por lo que dicha Ley fijaba su capital principal en un mínimo del 8%, que en ambos casos lo han superado. En la actualidad, la *Caixa de Ontinyent* debe cumplir lo dispuesto en la Ley 4/2015, de 2 de abril, de la Generalitat Valenciana, que modifica el Texto Refundido de la Ley sobre Cajas de Ahorros, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1997, de 23 de julio. Del mismo modo, la Caja de *Pollensa* (Mallorca) se rige por lo establecido en el Decreto 52/2014, de 12 de diciembre, por el que se regulan los órganos de gobierno de las Cajas de ahorros con sede social en las Islas Baleares.

⁵ Así lo establecía el artículo 2.3 de la Ley 31/1985, de Regulación de las normas básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros -LORCA-, derogada en la actualidad por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y fundaciones bancarias.

mientos, Entidad Fundadora y Empleados, igualmente, se elegían por el sistema proporcional de entre los componentes de listas por ellos configuradas. Jugaban, por tanto, el papel de accionistas -valga el símil-, de la entidad, razón ésta por la que decíamos que el Derecho hacía una ficción.

Este sistema de representación que venían aplicando, anteriormente descrito, fue de gran utilidad para la mayoría de las Cajas, las cuales llegaron a obtener el 52 % de los depósitos de España. Pese a ello, este alto ratio no las benefició realmente con el transcurso del tiempo, como veremos más adelante, y, por otro lado, parece que la banca comenzó a ver en ellas a un auténtico competidor, pues no olvidemos que las Cajas, originariamente, solían ser entidades de ámbito provincial o, como mucho, autonómico, lo cual cambió con el transcurso del tiempo, al ampliar notablemente su ámbito de actuación.

Su éxito radicaba, entre otras cosas, en que desde sus inicios eran establecimientos que, con no demasiados medios, unos órganos de gobierno moderadamente retribuidos, y con escasos ejecutivos de alto coste, realizaban una magnífica función, dando cobertura a pequeñas poblaciones que, por su insuficiente rentabilidad, no disponían de más servicios financieros que los que les prestaba la Caja de ese lugar. Es decir, que no era rentable la explotación bancaria de esa zona para otras entidades o intermediarios financieros. Aun así, durante años, las Cajas no prestaron, a la sazón, entre otros, los servicios de descuento comercial, cambio de moneda y, en general, todos los correspondientes a los servicios de banca extranjera, los cuales realizaban los Bancos, por lo que se podía decir que, hasta el momento, la competencia no era total.

No obstante, no sería riguroso, desde nuestro punto de vista, iniciarnos en el análisis jurídico de la transformación institucional que han sufrido en los últimos años las históricas Cajas de Ahorros, sin echar la vista atrás y detenernos, muy brevemente, en el proceso de gestación, y de fundación de estas entidades, toda vez que el nacimiento de las Cajas, objeto de largos y difíciles procesos, puede suministrar-nos valiosos datos sobre su evolución jurídica y, sobre todo, institucional.

Como es sabido, entre las distintas instituciones que han influido, de alguna forma, en la gestación y posterior nacimiento de las Cajas de Ahorros, se encuentran, como antecedentes más inmediatos, los Montes de Piedad.⁶ Estas instituciones na-

⁶ Véase TITOS MARTÍNEZ, M., "Una investigación sistemática sobre la Historia de las Cajas de Ahorros españolas", *Boletín de Documentación del Fondo para la Investigación Económico y Social*, Separata del Vol.

cieron en España a partir del siglo XVIII, como entidades de ahorro prendario basadas, en parte, en el modelo de los *Monti di Pietá* italianos; aunque previamente al nacimiento de los Montes de Piedad, existían en España una serie de instituciones fundadas en Castilla a partir de 1431, como fueron las Arcas de limosnas, los Pósitos, las Arcas de Misericordia o Alhondigas, los Erarios Públicos...etc.-. Y parece ser que estas entidades influyeron, junto con los *Monti di Pietá* italianos, en la génesis de los Montes de Piedad de nuestro país. Por ello, algunos autores hablan del *doble origen* institucional de los Montes de Piedad.⁷

Precisamente, los Montes de Piedad en *Italia* nacen de la mano de los frailes Franciscanos, como instituciones dirigidas a los más necesitados, a fin de obtener préstamos exentos de interés usurario. El primer Monte de Piedad nacido en este país fue el de Perugia, en 1462, fruto del movimiento encabezado por los frailes Fray Bernabé de Terni y Fray Miguel Carcano, que precisamente sirvieron de modelo a los fundados con posterioridad.⁸

Estas instituciones italianas son la concreción de la idea de crear un sistema para luchar contra la usura. Surgen como respuesta a una situación en la que los ciudadanos italianos eran objeto de abusos usureros, y donde los ricos señores no hacían nada para remediarlo. De esta forma, al fundarse estas instituciones se ofrecía a los más necesitados la posibilidad de obtener dinero mediante la constitución de garantías prendarias. Y precisamente fueron los señores adinerados los que realiza-

X, fascículo 1º y 2º, enero-junio, 1978, pág.1. Los primeros estudios sobre Cajas de Ahorros fueron realizados por ANTÓN RAMÍREZ y FÁBREGAS y, posteriormente por CEBALLOS TERESI. Véase ANTÓN RAMÍREZ B.: *Montes de Piedad y Cajas de Ahorros. Reseña histórica y crítica de su origen, propagación, progresos y actual estado en España y en el extranjero. Conveniencia de generalizarlos en España y medios de conseguirlo*, Madrid, 1876; FÁBREGAS, A.M.: *Apuntes para la historia general de los Montes de Piedad*, Barcelona, 1899, y CEBALLOS TERESI, J.G.: *Libro del Ahorro. Las Cajas de Ahorros benéficas en España*, Madrid, 1929.

⁷ La palabra Monte de Piedad procede de Italia y significa suma o Monte de dinero con fines piadosos y caritativos. Concepto que se extiende en España -parece que a partir del Concilio Lateranense celebrado en 1515 que promulgaba la Bula "Inter Multiplices"-, para renombrar, o dar segundo nombre, a instituciones existentes, como eran los Pósitos y Arcas de Misericordia y otras instituciones similares. LÓPEZ YEPES destaca que el control de las Arcas de Limosna, que correspondía al guardián de la Casa de Santa María de Frailes Menores de Briviesca, es un dato relevante en pro de su franciscanismo LÓPEZ YEPES, J.: *Historia Urgente de las Cajas de Ahorros*. Madrid, 1975, pág. 15.

⁸ EL nacimiento de los Montes de Piedad en Italia se produce en un momento de pleno Renacimiento, en el que, según LÓPEZ YEPES, "la percepción de la importancia del mundo terrenal, frente al concepto medieval de la transitoriedad de la vida, se puso al servicio de las transformaciones económicas y sociales en beneficio de los más débiles, e impulsó transformada por el crisol de la caridad". LÓPEZ YEPES, J.: *Historia Urgente...*, op. cit., pág. 17.

ron las prestaciones al Montes de Piedad, recobrándolas sin recibir ningún tipo de interés, conformándose con el ofrecimiento de sufragios al Altísimo en su nombre.⁹

Es, por ello, indiscutible la gran labor realizada por la Iglesia, por medio de los frailes Franciscanos, a fin de promover la constitución de los primeros Montes de Piedad, toda vez que, desde el principio, los Papas animaron a los fieles con recompensas espirituales a depositar sus ahorros en los Montes. El sentido teleológico de estas instituciones viene dado por las predicaciones realizadas en la época por los frailes impulsores de los mismos. En este sentido, decía Bernardino de Feltre, continuador de la obra de los primeros Franciscanos fundadores, que “el Monte es de Dios y es de Piedad”.¹⁰

Mientras, en nuestro país, en contra de lo que se piensa respecto a que los Montes de Piedad españoles fueron inspiración de los italianos, la doctrina ha puesto de manifiesto, como antes adelantamos, que instituciones similares a los Montes de Piedad ya existían en el año 1431, llamadas “Arcas de Limosna”, establecidas en varias parroquias de las provincias españolas, y, por consiguiente, tales precedentes de los Montes de Piedad son fundados en nuestro país con anterioridad a los Montes italianos, como instituciones de préstamo prendario en metálico sobre garantías seguras.¹¹ A dichas instituciones le siguieron, como dijimos, Los Pósitos y las Arcas de Misericordia -llamados a menudo Alholíes o Alhóndigas-, que también nacen en España a partir de finales del siglo XV, como instituciones de crédito agrario en especie, siendo todas ellas influencia directa de la génesis de los Montes de Piedad de nuestro país.¹²

⁹ Véase GALÁN GALINDO, A.: *Introducción a las Cajas de Ahorros*, CECA, Madrid, 1977, pág.18, y, también, sobre el origen de las Cajas de Ahorros, ALAMINOS MINGORANCE, C.: *Historia y Evolución Jurídica de las Cajas de Ahorros en España*, COMARES, 2003.

¹⁰Entre sus pensamientos se recogía que la base del contrato existente entre la institución benéfica y el prestatario era la prenda, como única y real garantía, medio por el que las dos partes se obligan mutuamente. Por una parte, el Monte debería de procurar la conservación de los objetos pignorados, y por otra, el prestatario debería devolver la suma prestada. En sus predicaciones decía Bernardino de Feltre: “El Monte es indudable sinceridad porque el Monte es de Dios. El Monte aplaca la ira divina, al permitir que los ricos practiquen la caridad depositando sus haberes en el Monte, y que los pobres se beneficien de ello... No creas que la Ciencia humana lo habría podido imaginar si Dios no se hubiese dignado revelarlo para el perdón de los pecados.” LÓPEZ YEPES, J.: *Historia Urgente...*, op. cit., pág. 20 y ss.

¹¹ En tal fecha el Papa Eugenio IV aprueba una Bula, en virtud de la cual se aprueban las Constituciones de unas “Arcas de Limosna”, fundadas por el Conde de Haro. LÓPEZ YEPES, J.: *Historia Urgente de las Cajas de Ahorros*. Madrid, 1975, pág. 14 y ss.

¹² Los primeros ejercían, al principio, la actividad de panadeo y aprovisionamiento benéfico-social del grano para el consumo de los pueblos, lo que más tarde se convertiría de forma definitiva en el prés-

Posteriormente, las Cajas de Ahorros nacieron como una forma de financiar a los Montes de Piedad, cuyo volumen de actividad aumentó de una forma tan considerable, que necesitó el apoyo económico urgente de una institución que le aportara los fondos suficientes para dar respuesta a tan fuerte demanda. De esta manera, estas nuevas entidades capturaron el ahorro de los sectores económicos más débiles, invirtiéndolo de la forma más segura posible, lo que suponía la realización de una función típicamente económica, junto a aquella de naturaleza benéfica.¹³

En concreto, la iniciativa de fundar entidades como las Cajas de Ahorros fue instada en nuestro país, no por los poderes públicos, que se limitaron únicamente a alentar y fomentar el ánimo del ahorro privado, sino por los defensores de la ideología liberal, tal y como se desprende de las primeras disposiciones reguladoras de las Cajas de Ahorros.¹⁴

Así pues, estas entidades dedicadas al ahorro popular, estaban configuradas, al mismo tiempo, como instituciones financieras, de naturaleza fundacional y carácter social, a lo que hay que añadir su inherente finalidad de interés público, así como el tradicional *localismo* que las ha caracterizado tradicionalmente, lo cual hace hallarnos frente a una forma jurídica compleja y diferente al resto de las entidades de crédito, cuyo análisis, no cabe duda que fascina y atrae, desde el primer momento, al que se propone iniciar la andadura hacia el estudio de las Cajas de Ahorros.

tamo en especie. Precisamente esta finalidad de proveer el grano, tanto para el consumo como para la siembra, reflejaban el innegable carácter benéfico de estas instituciones. Véase ROCA ROCA, E.: *Los Pósitos municipales*, Municipalia SA, Madrid, 1965.

¹³ Véase TITOS MARTÍNEZ, M., “La respuesta histórica de las Cajas de Ahorros a las demandas de la sociedad española”, *Papeles de Economía Española*, núm. 46, 1991, pág.12.

¹⁴ La génesis de las Cajas de Ahorros no fue un hecho aislado, sino consecuencia de la incorporación de nuestro país al sistema político liberal, al tiempo que se procede a la vinculación de las Cajas de Ahorros con la beneficencia y la filantropía. Véase VELLOSILO, F., “Introducción a la idea de las Cajas de Ahorros en España”, *Primer Simposio de Historia de Cajas de Ahorros y Montes de Piedad*, Madrid, 20-22 de febrero, 1989. Texto mecanografiado. Este período histórico en España ha sido tratado también por historiadores como Melchor Fernández Almagro, Miguel Astola, Manuel Tuñón de Lara, Diego Sevilla Andrés, Carmen Llorca, José Manuel Cuenca Toribio...etc.. JAQUES PIRENNE: *Historia Universal. Las grandes corrientes de la Historia*, Exitó S.A., Barcelona, 5ª edición, 1967, Vol. I, pág. IX del prólogo.

II. LA *SUI GENERIS* NATURALEZA JURÍDICA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAJAS DE AHORROS ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA ACOMETIDA POR EL REAL DECRETO-LEY 9/2009 DE REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO ESPAÑOL

El estudio de la *naturaleza jurídica* de las Cajas de Ahorros ha suscitado innumerables debates en el pasado, lo que incluso obligó a pronunciarse al Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, llegando a afirmar que la transformación sufrida por las Cajas no permite considerarlas en tal fecha como “Fundaciones tradicionales”, en el sentido en el que la doctrina generalmente admitida interpretaba el artículo 34 de la Constitución. Y añadía, que ello obedecía al hecho de que las Cajas de Ahorros, lejos de tener únicamente una actividad de carácter benéfico-social, realizan verdaderas operaciones propias de las entidades de crédito, que con el trascurso del tiempo las ha igualado a la actividad de la Banca.¹⁵

Como consecuencia de la unión de lo benéfico con lo económico, la mayoría de la doctrina científica definió a las Cajas de Ahorros como Fundación-empresa, en la que convivían dos tipos de actividades o funciones; la función “básica” o principal, que se concreta en la actividad económico-crediticia o empresarial, y la función “complementaria” a través de la realización de obras benéficas. En realidad, la función básica constituiría un medio a través del cual se alcanzaría la función complementaria.¹⁶

No cabe duda de que el hecho de que las Cajas de Ahorros estuvieran reguladas tanto por normas especiales, basadas en su naturaleza fundacional, así como por normas generales relativas a los intermediarios financieros, hacía concluir que en su naturaleza jurídica confluían caracteres de ambas instituciones, razón por la que casi de forma unánime se consideraba integrada dentro de la figura de Fundación-empresa.¹⁷

En lo que respecta a la naturaleza *pública o privada* de las Cajas, ello no era cuestión que dependiera del estatuto personal de su fundador, sino del hecho de si había,

¹⁵ En relación a la teoría de la Fundación empresa, hay que destacar que ésta constituye una de tantas importaciones de la doctrina alemana, que se han realizado en nuestro Derecho. Así lo indica la STC 49/1988, de 22 de marzo, Fundamento Jurídico 7.

¹⁶ En este sentido, GONZÁLEZ MORENO, J.M.: *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Caja de Madrid, Madrid, 1983, pág. 594 y FRANCH I SAGUER, M.: *Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorros*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 134.

¹⁷ Téngase en cuenta, igualmente, GARCÍA ENTERRÍA, E., “Constitución, Fundaciones y sociedad civil”, *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1980, pág. 238 y ss.

o no había, negocio jurídico-privado de creación de la Fundación en cuanto persona jurídica privada, siendo irrelevante que ese negocio jurídico lo llevara a cabo un sujeto de derecho privado en el ejercicio de su capacidad jurídica, o un ente público en el marco de la llamada capacidad de Derecho privado de los entes públicos.¹⁸

Y en particular, en el supuesto de las Cajas de Ahorros, tanto éstas, como la actividad llevada a cabo por las mismas, se encuadraban en un ordenamiento jurídico sectorial determinado, el de las *entidades privadas* de crédito, bajo la intervención y control de las Administraciones públicas. Por ello, en opinión de la mayor parte de los especialistas en la materia, esa integración en el ordenamiento sectorial privado, y no en el público, es el factor fundamental que determinó su naturaleza jurídica privada, aunque *sui generis*.

Ahora bien, como consecuencia de la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros, estas entidades actuaban bajo la tutela de un *Protectorado* ejercido por parte de la Administración pública; siendo la función principal de este Protectorado la de velar por el cumplimiento del ejercicio de las funciones de “interés general”. Por otro lado, puesto que las Cajas de Ahorros eran a su vez entidades de crédito, la Administración debía velar por el cumplimiento de las normas de ordenación económica y disciplina referente a estas instituciones, esto es, ejercer el control y supervisión ad-

¹⁸ Durante un largo periodo de tiempo se ha defendido por la doctrina tres diferentes teorías sobre esta materia. 1.-La postura unitaria, en cuya virtud unos autores defendían la naturaleza jurídico-pública de “todas” las Cajas de Ahorros (SOSA WAGNER y MARTÍN MATEO y GARCÍA-TREVIJANO), mientras que otros abogaban por la naturaleza jurídico-privada de este sector (NÚÑEZ LAGOS, GONZÁLEZ MORENO, GUAITA y DE MIGUEL). 2.-La postura dualista, la cual se caracteriza por el hecho de defender la naturaleza jurídico-pública de parte de las Cajas de Ahorros, y el carácter privado de las restante. (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER). 3.- La postura ecléctica, mayormente defendida por la doctrina durante años, que se limita a reconocer a las Cajas de Ahorros una naturaleza *sui generis* (VIDAURRAZAGA). Más aún, tras la publicación del Real Decreto 2290/1977, que equiparaba a las Cajas a la Banca privada, la gran mayoría de los autores defendieron la naturaleza jurídico-privada de todas las Cajas de Ahorros. Véase, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Crédito, Banca y Cajas de Ahorros*, Tecnos, Madrid, 1975, pág. 364. SOSA WAGNER, F.: *Organización y control del sector empresarial público en España*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pág. 34 y ss. Véase igualmente, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, pág. 296 y ss; GUAITA, A.: *Derecho Administrativo especial III*, Madrid, 1967, pág. 158; MARTÍN MATEO, R.: *Ordenación del sector público en España*, Cívicas, Madrid, 1973, pág. 499; NÚÑEZ LAGOS, F.: *Aspectos jurídicos del control administrativo sobre las entidades de crédito y ahorro privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977; DE MIGUEL, P.: *El intervencionismo y la empresa pública*, Marcial Pons, Madrid, 1974, pág. 213; EGEA KRAUEL, C., *Análisis estratégico del sector de las Cajas de Ahorros*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990; CASTILLO BLANCO, F.; *Comentarios a la Constitución Española*, Edersa, Madrid, 1998 y BLESADA DE PARRA, M., Presidente de Caja Madrid., “Los rasgos de las Cajas deben mantenerse” y EGEA KRAUEL, C., Director General de Caja Murcia, ambos en *Papeles de Economía Española*, núm. 74-75, 1998.

ministrativa. Ambas potestades, la de Protectorado y la intervención administrativa, se encontraban en la práctica en el Ministerio de Economía y Hacienda, y en las correspondientes Consejerías de Economía de las Comunidades Autónomas.¹⁹

En cuanto a su evolución normativa, se observa que, al principio, las Cajas de Ahorros fueron consideradas *instituciones de beneficencia* (tal y como se desprende de la Real Orden de 1835 y de 1839), incluso, aunque por poco tiempo, como *establecimientos municipales de beneficencia*, (en virtud del Real Decreto de 29 de junio de 1853), lo que significó una puerta abierta al ejercicio del control administrativo sobre las mismas, dependiendo del Ministerio de Gobernación. Con posterioridad, surge su *carácter social* que las vinculó a la política benéfico-social de la Administración del Estado, comenzando su dependencia del Ministerio de Trabajo, al que continuarían sometidos una vez promulgado el Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929 y el Decreto de 14 de marzo de 1933, por el que se aprueba el Estatuto de las Cajas Generales de Ahorro Popular.

Finalmente, su ulterior calificación como *entidades de crédito* a partir de la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca de 1.962, hizo que el control administrativo sobre las mismas pasara a compartirse entre el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Hacienda, siendo este último el único competente en la actualidad desde el año 1977.²⁰ En particular, el transcurso del tiempo, así como el cambio de circunstancias y necesidades económico-sociales, les brindaron la oportunidad de evolucionar desde el punto de vista operativo, cuyo punto álgido se encuentra en el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto²¹, que les permitió expresamente la realización de cualquier tipo de operaciones que pudieran realizar los Banco, dando lugar a su bancarización, con el consiguiente sometimiento de las Cajas a la normativa propiamente bancaria, tanto de Derecho privado como de Derecho público, debido a la función de control y supervisión que realiza la Administración pública.

A esta norma se le llamó el “Decreto Liberalizador”, por medio del cual las Ca-

¹⁹ Véase GONZÁLEZ MORENO, J.M.: *Naturaleza y régimen...*, op. cit., pág. 215 y también, sobre la evolución de la regulación jurídica bancaria, PÉREZ ARMIÑÁN, G.: *Legislación bancaria española*, Banco de España, Madrid, 1983.

²⁰ Véase SÁNCHEZ BLANCO, A., “La actividad administrativa de inspección sobre las Cajas de Ahorros”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 194, 1982, pág. 138 y CARCELÉN CONESA, J.M. y MUELA MARTÍN-BUITRAGO, M., “La nueva regulación de las Cajas de Ahorros y cooperativas de crédito en el marco del constitucional”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 12, 1983, pág. 851.

²¹ Por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las Cajas de Ahorros. Derogado por la posterior LORCA, en 1985.

jas dejaron de estar encorsetadas en su demarcación tradicional, extendiéndose por todo el territorio nacional, ofreciendo un importante y completo abanico de servicios, prebendas todas ellas que, como veremos más adelante, han sido precisamente las concesiones que más les han perjudicado, y que, con posterioridad, les han sido restringidas. En definitiva, se convirtieron en auténticas competidoras de la banca, como quedó dicho, asemejada desde el punto de vista funcional y territorial.

Lo cierto es que con esta nueva regulación se instaura, por primera vez, la plena *democratización* de sus órganos rectores, a través de una diversidad de órganos colegiados dentro de la institución, dando vía libre a la participación en sus órganos de decisión de los siguientes grupos: impositores, entidades de carácter científico, cultural o benéfico de reconocido arraigo en el ámbito territorial de la Caja, Corporaciones locales y trabajadores de la entidad.

Visto lo anterior, la opción organizativa se formula inicialmente con un claro predominio *privado* que se encuentra en manos del verdadero benefactor de las Cajas, los depositantes o impositores, a los que el legislador otorga la representación mayoritaria frente al *sector público*, publicándose posteriormente la LORCA -Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro-, que recoge el patrón definitivo de Cajas; o el más reciente Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del Régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, encontrándose ambas disposiciones derogadas por la actual Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y fundaciones bancarias.

Así las cosas, nos encontrábamos ante unas entidades financieras sin accionistas, conducidas por unos órganos de gobierno en donde se conjugaban perfectamente los intereses del *sector público*, empleados, entidades fundadoras e impositores, con un predominio de la representación de éstos (44%), que realizaban un magnífico papel mediador y aunador de voluntades, otorgando gran estabilidad a las Cajas.

En este contexto, la consecuencia directa de la ulterior adhesión española a la Unión Europea, fue la adopción de una serie de medidas también liberalizadoras, lo que implicó que España modificara sus normas²². Con el tiempo, la búsqueda de un

²² En general sobre la incorporación al mercado único, véase REVELL, J., "El futuro de las Cajas de Ahorros de Europa Occidental", *Cuadernos de Información Económica*, núm. 151, 1999, pág. 167. Sobre internacionalización de las Cajas de Ahorros véase BERGES, A.; ONTIVEROS, E.; VALERO, F.J., "Internacionalización del as Cajas de Ahorros españolas", *Papeles de Economía Española*, núm.74-74, 1998, pág.

mercado único bancario, que ha supuesto la homologación, de forma paulatina, de las normas relativas al mercado financiero, ha influido, como seguidamente veremos, en el hecho de que las Cajas de Ahorros, que han demostrado durante años que han ocupado un relevante lugar dentro de nuestro sistema financiero, tuvieran que renunciar a su *estatus jurídico*, caracterizado por sus particularidades, y, en consecuencia, se tuvieran que asemejar a sus competidores, los Bancos, a través de la creación de sociedades mercantiles, propiedad de sus socios capitalistas, como ha sucedido, y transformarse en fundaciones.

Este marco normativo aprobado por los Estados miembros, subraya Salvador Armendáriz, “es el resultante de un proceso gestado en el seno de las instituciones europeas, que, *de forma progresiva*, han ido ensanchando su presencia en la regulación del sector bancario, tanto en sus aspectos sustantivos o materiales como en los organizativos o institucionales. En este último caso, el mayor protagonismo de las instituciones, comienza a diseñarse en un primer momento mediante la atribución de *tareas o potestades de regulación, control y supervisión a las administraciones europeas*, tanto a las tradicionales -en particular, la Comisión- como a las de nuevo cuño creadas al efecto”.²³

Sea como fuere, lo cierto es que, en el ámbito de esta progresiva unión bancaria, el pistoletazo de salida para la transformación de las Cajas de Ahorros en Bancos lo dio el **Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio**²⁴, que tiene como objetivo incrementar la fortaleza y solvencia del sistema financiero, cuya norma constituye el primer paso hacia la reestructuración bancaria. Es de destacar su Exposición de Motivos, don-

77 y ss. Véase además CARBO VALVERDE, S., “El papel de las Cajas de Ahorros en la intermediación del ahorro privado”, *Cuadernos de Información económica*, núm. 139, 1998, pág. 133 y ss; y sobre el ahorro en los países de la UE téngase en cuenta RAYMOND BARA, J.L., “El ahorro en España y en los países de la Unión Europea: evolución reciente y sustitución entre ahorro público y privado”, *Documentos de trabajo, Fundación FIES*, núm. 120, 1996, pág. 5 y ss. Sobre el impacto del mercado único en la competitividad de las Cajas de Ahorros véase MARTÍN RODRÍGUEZ, M., y SÁEZ FERNÁNDEZ, F.J., “Desregulación e intensificación de la competencia. El impacto del mercado único sobre la competitividad del sistema bancario español”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 59, 1997, pág. 3 y ss

²³ De esta forma lo pone de relieve SALVADOR ARMENDÁRIZ, A., “Transformaciones en la regulación bancaria. Una perspectiva desde el Derecho Público”, en COLINO MEDIAVILLA, J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (eds.) *Las Cajas de Ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Comares, Granada, 2014, pág. 123.

²⁴ Esta norma ha estado vigente hasta el 31 de agosto de 2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Véase el trabajo de MUÑOZ MACHADO, A., “Regulaciones económicas y despojos patrimoniales (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorros)”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 19, 2011, pág. 79.

de se pone de manifiesto que, aunque las entidades de crédito españolas gozaban de una buena salud financiera, la actual “crisis financiera internacional” supuso una merma esencial de la misma, tanto de las Cajas de Ahorros, como la de las demás entidades de crédito españolas. Se revela, pues, que la referida “crisis” no ha sido inmune el sistema bancario español, suponiendo un drástico endurecimiento del acceso a la financiación de mercado y a la liquidez, a lo que se fue uniendo, un deterioro de activos, especialmente de aquéllos relacionados con la exposición al *sector de promoción inmobiliaria*. Por ello se habla de un “rápido contagio de la crisis, a la banca europea, que mutó en poco tiempo en una crisis de estabilidad de la propia Unión Europea”, lo que explica, en gran medida, las decisiones que han tomado los Estados miembros “que han cristalizado en la que ya se conoce como Unión Bancaria Europea”. Así, en suma, se ha venido a destacar, que la complejidad de la actividad financiera y bancaria y la necesidad de controlar y gestionar el nuevo fenómeno de riesgo sistémico, se apoderan de una regulación bancaria que intenta alcanzar, como un gran reto, aunque no exento de profundas dificultades, “la mejor garantía y protección de los intereses generales”.²⁵

En definitiva, con la publicación del citado Real Decreto-ley 9/2009, se persigue implantar una estrategia que favorezca la “solución” de los problemas mediante una *reestructuración* ordenada del sistema bancario español, con el objetivo de mantener la confianza en el sistema financiero nacional y de incrementar su fortaleza y solvencia, de manera que las entidades que subsistan sean sólidas y puedan proveer crédito con normalidad. Con todo, advierte la propia norma, que “el cumplimiento de estos objetivos exigirá, en muchos casos, adecuar la capacidad instalada y las estructuras de costes de las entidades a un entorno en el que la demanda de servicios financieros será más moderada”. Y para cumplir su objetivo, entre sus preceptos incluye la creación de una *nueva institución creada al efecto: el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)*, que forma parte, hoy en día, de forma “mayoritaria”, de dos entidades bancarias: de Bankia y de Banco Mare Nostrum.²⁶; así como el *apoyo a procesos de integración* entre entidades.

²⁵ De tal modo lo apunta, ciertamente, el trabajo de SALVADOR ARMENDÁRIZ, A, “Transformaciones en la...” pág. 123, que destaca, además, que el interés general se torna especialmente complejo en el sector bancario y financiero, que a veces resulta contradictorio. Igualmente, CARRILLO DONAIRE destaca que “como suele suceder en este tipo de crisis, los Estados vuelven la vista sobre el sistema de supervisión y sobre el propio regulador, que se erige en una de las principales plataformas institucionales desde donde se ha de afrontar”. CARRILLO DONAIRE, J.A., “Intervención de entidades de crédito en crisis”, en MUÑOZ MACHADO, S. y VEGA SERRANO, J.M.(dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, Iustel, Madrid, 2013, pág. 783.

²⁶Estas dos entidades son el resultado de la creación, primeramente, de un SIP (Sistema Institucional de Protección). Con relación a los procesos de reestructuración cabe distinguir, según esta norma, tres

De tal modo, apoyado por el espíritu de la Ley, las Cajas de Ahorros existentes en el sector fueron transformando su naturaleza jurídica, a fin de encaminarse a un “**proceso forzado**” de concentración de tales entidades, inmersas, eso sí, de forma intensa, en la crisis inmobiliaria, a la que directamente quedaron afectadas. Por ello, hemos podido ver cómo, en un espacio de tiempo muy breve, concretamente, en el año 2010, momento en el que existían 45 Cajas de Ahorros, se inició un proceso de *concentración y reestructuración* del sector, pasando a quedar 11 grupos de entidades, al producirse, de forma gradual, en los años siguientes, diversas fusiones y absorciones, lo que dio lugar a que el número de Cajas siguiera disminuyendo.

Este trascendental cambio regulatorio, iniciado por este Real Decreto-ley, como se ha comentado, establece una serie de medidas para poder llevar a cabo la estrategia “necesaria” en materia de reestructuración bancaria, mediante el establecimiento de un proceso predeterminado, que se dirige a incrementar la fortaleza y solvencia del sistema bancario español, siguiendo los principios establecidos por la Unión Europea. Pero, ¿realmente era necesario, para conseguir tal logro, el modificar la estructura jurídica de las Cajas?, pues está claro que el concepto jurídico de Caja de Ahorros, tal y como lo conocíamos hasta hace muy pocos años, ha desaparecido, e incluso, las dos citadas Cajas que han sobrevivido a la transformación, han tenido también que modificar su estructura interna, así como su forma de financiación y el ámbito de actuación, como se verá más tarde. Quizás la reforma introducida podía haber permitido a las Cajas de Ahorros españolas mantener su naturaleza jurídica, con una estructura similar a la que habían poseído durante más de un siglo, la que les ha autorizado a desempeñar su tradicional papel social; si bien, adaptando necesariamente -de ello no cabe duda-, su normativa reguladora al nuevo marco normativo e institucional de la *Unión Bancaria Europea*, a fin de evitar los hechos acontecidos, que las han abocado a su práctica extinción.

Continuando con el proceso de transformación, cabe añadir que, tras la promulgación del *primer apoyo* a la reestructuración bancaria, se promulgaron normas tales como **Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio**²⁷, de Órganos de gobierno y

fases: (I) la búsqueda de una solución privada por parte de la propia entidad de crédito, (II) la adopción de medidas para afrontar debilidades que puedan afectar a la viabilidad de las entidades de crédito con participación de los *Fondos de Garantía de Depósitos* en entidades de crédito y (III) los procesos de reestructuración con intervención del *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria*, dotado de un sistema de financiación establecido en la Ley.

²⁷ Fue derogada por la Ley 26/2013, excepto el título III y el título V en lo que se refiere al régimen fiscal de los sistemas institucionales de protección, y la disposición transitoria sexta, conforme establece la letra b) de la disposición derogatoria de citada Ley.

otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, que realmente introduce la *reforma integral* de éstas, por el que se crean nuevas fórmulas corporativas: esto es, el *ejercicio indirecto* de la actividad financiera a través de un Banco, lo que suponía mayores posibilidades de financiación; y las fundaciones de carácter especial; además de introducir modificaciones legales con el objeto de despolitizar y profesionalizar las Cajas de Ahorros. Ello dio lugar, por una parte, a diversas mejoras en el gobierno corporativo, dando *menos peso* de los poderes públicos y profesionalización de los miembros de los órganos de gobierno, que es lo que, en síntesis, se buscaba con esta reforma normativa de las Cajas de Ahorros; y, por otra parte, se abrió la puerta a la capitalización de las Cajas, facilitando su acceso a recursos de máxima categoría, en iguales condiciones que otras entidades de crédito. Pero, con independencia de su loable intención de profesionalizar sus órganos rectores, esta norma, que fue derogada por la actual Ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y fundaciones bancarias -y, por ello, puede considerarse como su predecesora-, supuso el primer paso hacia la desaparición del “modelo de Cajas de Ahorros” existente hasta ese momento.

En suma, inmersos en la grave crisis económica, el propio Banco de España recogió en su informe Evolución y Reforma de las Cajas de Ahorros, de 21 de febrero de 2011, que la causa de las dificultades existentes en este sector, estaba, realmente, en su especial *naturaleza jurídica*: “en primer lugar, habida cuenta de que las Cajas de Ahorros están dotadas de una *estructura de gobernanza compleja y rígida*, que no favorece la aplicación de las mejores prácticas internacionales de gobierno corporativo; y, en segundo lugar, tienen *restricciones legales para obtener recursos propios* de primera calidad por una vía que no sea la retención de beneficios”.

Naturalmente, y a fin de proseguir con esta labor de reestructuración, a las citadas disposiciones le seguirán más tarde otra serie de normas, como el Real Decreto-ley 2/2011²⁸, de 18 de febrero, que supone mayores requerimientos de solvencia, así como el Real Decreto-ley 2/2012²⁹, de 3 de febrero, y la Ley 8/2012³⁰, de 30 de octubre, publicadas ambas con el fin de efectuar el saneamiento de exposiciones al sector inmobiliario; siendo todo este conglomerado de normas el resultado, como

²⁸ Con esta disposición, derogada por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, se incrementan los requerimientos de capital. Véase CECA, “Proceso de Reestructuración. Sector de Cajas de Ahorros”, CECA, Informe de Avances, 10 de julio de 2015”, pág. 9.

²⁹ También derogado por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre. En ella se establece un plan de saneamiento del sector financiero. Véase CECA, “Proceso de Reestructuración.”, op. cit. 10.

³⁰ Con esta norma se elevan las provisiones sobre las financiaciones en situación de riesgo normal relacionadas con el suelo para promoción inmobiliaria y con las construcciones o promociones inmobilia-

manifestó el propio Ejecutivo, de un Plan para acelerar tal reestructuración del sistema financiero, y “particularmente de las Cajas”. En concreto, su finalidad última era acelerar la conversión de todas las Cajas en Bancos y buscar sistemas de *capitalización* para las primeras, para lo cual se solicitó ayuda financiera a Europa para reestructurar el sistema bancario español, a través de un préstamo muy ventajoso, que se inyectó a las entidades financieras a través del referido FROB -que funcionaría como agente intermediario con el Estado-. Ello evidenció que, pese al esfuerzo del legislador, dichas medidas anteriormente descritas no pudieron evitar que España solicitase en el verano del 2012 el rescate de su sistema financiero.³¹

A este bloque de normas de reestructuración bancaria, introductorias de una serie de medidas de reforma financiera, se sumó a continuación el **Memorandum de Entendimiento firmado con la Comisión Europea**³², de asistencia financiera del Eurogrupo, de 20 de julio de 2012, que fija una hoja de ruta de 14 grupos bancarios, así como la Ley 9/2012³³, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos. Y, como colofón, se erige finalmente la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones bancarias, que concluye, por ahora, la reforma de la naturaleza y el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, a la que más adelante le dedicaremos un espacio para su análisis.³⁴

La cuestión fundamental es que las entidades que sufrieron de un déficit de ca-

rias, y se separaran los activos inmobiliarios adjudicados a través de su traspaso obligatorio a sociedades para la gestión de activos.

³¹ Se puso a disposición del FROB una línea de crédito de hasta 100.000 millones de euros, de los que finalmente solo se ha dispuesto de una parte. Véase SÁNCHEZ CERBAN, A., “Ley de 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 37-2014, pág. 69.

³² Llamado MOU, por sus siglas inglesas de Memorandum of Understanding, que es el documento que recoge el contenido del Acuerdo entre España y sus socios europeos, relativo a la ayuda financiera para el sector bancario (coloquialmente llamado el rescate de la banca).

³³ Derogada, salvo sus disposiciones modificativas de otras normas y las disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta, sexta a decimotercera, decimoquinta, decimoséptima, decimoctava y vigésima primera, por la disposición derogatoria de Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

³⁴ El 28 de septiembre de 2012, el informe de la consultora Oliver Wyman reveló unas necesidades de capital en la banca española de 53.745 millones de euros.

pital³⁵ (las cuatro nacionalizadas³⁶, recibieron del Fondo de Rescate Europeo financiación para su recapitalización), tal y como sucedió con las otras *tres* entidades que necesitaban capital (una era el Banco Popular³⁷, otra Banco Mare Nostrum, y el tercero el grupo formado por Ibercaja Banco, Caja3 y Liberbank), tenían que captar recursos del mercado. De lo contrario, estarían obligadas a recibir ayudas públicas, como sucedió, con el objeto de cumplir sus necesidades de capitalización, cuya contraprestación sería, además de estar obligadas a traspasar sus activos inmobiliarios tóxicos a la Sociedad de gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb)³⁸ -como hicieron-, acometer reestructuraciones importantes, tal y como le exigió la Comisión Europea.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, es importante retener que la reforma bancaria introducida a través de tales normas, ha supuesto que, de un total de 45 Cajas de Ahorros existentes a comienzos de 2010, 43 de ellas hayan participado, o se encuentran participando, en algún proceso de consolidación, lo que, en volumen de activos totales medios, representa el importante porcentaje de casi el 100% de este sector; concretamente, un 99,9% de las Cajas de Ahorros.

Este cambio normativo ha supuesto que las Cajas de Ahorros, que han llegado a asemejarse totalmente al sector de la Banca, al actuar a través de la creación de sociedades anónimas -bancos-, hayan transformado su tamaño, ampliado el tipo de clientela, de inversiones y actividad, pudiendo, por ello, competir mejor en un mercado internacional.

En definitiva, la búsqueda de un mercado único bancario, cuyo objetivo es homologar las normas relativas al mercado financiero, unido a otros elementos esenciales, como la mencionada crisis financiera internacional, y, por otra parte, la ac-

³⁵ Las entidades que tendrían un excedente de capital eran: CaixaBank (incluyendo Banca Cívica), Kutxabank, Unicaja Banco (incluyendo Banco CEISS) y casi todos los bancos que no han surgido de Cajas (Banco Santander, BBVA, Banco Sabadell (con la CAM) y Bankinter).

³⁶ Tres entidades sí que surgieron de Cajas: BFA-Bankia, Catalunya Banc, NCG Banco y el Banco de Valencia que no surgió de ninguna Caja. El FROB utilizó 36.968 millones de euros para recapitalizar los cuatro bancos nacionalizados: BFA-Bankia (17.960 millones), Catalunya Banc (9.084 millones), NCG Banco (5.425 millones) y Banco de Valencia (4.500 millones), y 2.500 millones para capitalizar la Sociedad de gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb).

³⁷ Éste pudo recapitalizarse sin ayuda estatal.

³⁸ Sobre la constitución de la Sareb, véase URÍA, F., "Sareb: Especialidades de su régimen legal", en COLINO MEDIAVILLA, J.L y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (eds.) *Las Cajas de Ahorros...*, pág. 317 y ss.

tuación, no suficientemente ética, de algunos órganos rectores de las Cajas de Ahorros, en determinadas ocasiones, ha supuesto que hayan tenido que renunciar a su *estatus jurídico*, caracterizado por su especial particularidad, y se hayan visto obligadas a *igualarse* a la banca. La reforma introducida ha supuesto que algunas de las Cajas de Ahorros se hayan agrupado, en primer lugar, a través de la creación de Sistemas Institucionales de Protección (SIP), y después, hayan creado una entidad bancaria a la que traspasar su actividad financiera, ejerciendo la misma a través de sociedades mercantiles, propiedad de sus socios accionistas. Si bien, existe una participación *mayoritaria* del sector público, en algunos casos, como sucede en las dos entidades bancarias ya citadas -Bankia y Banco Mare Nostrum-, donde el FROB participa con más del *cincuenta por ciento* de su accionariado, debiendo tener presente que, según los principios de la Unión Europea, debe imperar la competitividad y privacidad en los países europeos. Por tal razón, en su momento ya se planteó un calendario de salida a bolsa de las acciones propiedad de dicho sector público, que, por ahora, no se ha hecho efectivo.³⁹

Resumidamente, en estas líneas hemos ido poniendo de relieve el hecho de que la irrupción de este paquete normativo de medidas de *reestructuración bancaria*, introducidas para efectuar la mayor reestructuración del sistema financiero consumada en España, ha culminado con la transformación de la práctica generalidad de las Cajas de Ahorros españolas.⁴⁰ Dichas normas se vienen diseñando, desde hace tiempo, en ámbitos internacionales, lo cual “es uno de los rasgos más importantes del nuevo Derecho público bancario”⁴¹.

³⁹ Se cerró formalmente el rescate de la banca española, el 23 de enero de 2014, aunque España seguirá bajo la vigilancia del fondo de rescate europeo (el MEDE) hasta que haya devuelto la totalidad del préstamo de 41.300 millones de euros. El Memorando de Entendimiento se dio así por concluido, después de que Europa confirmara el cumplimiento de todas las condiciones impuestas al sector financiero español. Así, el 26 de octubre de 2014 se anunció que la banca española había superado los test de estrés del Banco Central Europeo (BCE) y la Autoridad Bancaria Europea (AEB), ya que las 15 entidades nacionales que se sometieron al examen (9 de las cuales eran herederas financieras de Cajas de Ahorros) contaban con una solvencia de al menos el 5,5%. Véase “Bankia+BMN: porqué una fusión y porqué ahora”. Periódico Cinco Días, 30-9-2016.

⁴⁰ Sobre la supervisión bancaria véase CARUANA, J., “La supervisión bancaria en la Unión Europea”, *Papeles de Economía Española*, núm. 84-85, 2000, pág. 34.

⁴¹ Así lo apunta SALVADOR ARMENDÁRIZ, A., “Transformaciones en la...” pág. 122.

III. EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS ESPAÑOLAS EN FUNDACIONES

1 La Ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias

Es de señalar que con la publicación de esta Ley 26/2013⁴², de Cajas de ahorros y Fundaciones bancarias, por la que se opta por el modelo que ya fue instaurado en Italia mediante la Ley Ciampi de 1998⁴³, se cumple con la obligación que asumió nuestro Estado de desarrollar una normativa para reforzar los mecanismos de gobernanza de las tradiciones Cajas de Ahorros y de los Bancos comerciales bajo su control, en virtud del Memorando de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera, suscrito por nuestro país el 20 de julio 2012.

Según apunta el profesor García Rubio, “En la amplia radiografía de nuestro sistema financiero, de la que da cuenta el Memorando, es obvio que las Cajas de Ahorros quedan retratadas. Exactamente, esto es lo que se dispone con relación a ellas, en el apartado 23 del Memorando: “*Se reforzarán los mecanismos de gobernanza de las antiguas cajas de ahorros y de los bancos comerciales bajo su control. Las autoridades españolas prepararán para finales de noviembre de 2012 normas que aclaren la función de las cajas de ahorro en su calidad de accionistas de entidades de crédito, para, en último término, reducir su participación en las mismas hasta un nivel no mayoritario. Es más, las autoridades propondrán medidas para reforzar las normas de idoneidad de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros y para adoptar requisitos de incompatibilidad para los órganos de gobierno de las antiguas cajas de ahorros y los bancos comerciales bajo su control.*”⁴⁴

En esta disposición normativa, con la que se abre un nuevo modelo de Cajas⁴⁵, se encuentran reguladas, en dos títulos, dos figuras jurídicas; por un lado, las Cajas

⁴² Desarrollada por el Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, que regula el *fondo de reserva* que deben constituir algunas fundaciones bancarias.

⁴³ Véase el estudio efectuado por Marcelo Cerrici, “la Fondazioni Bancarie. Dalla Holding creditizia all’ente non-profit (brossura)”, il Mulino 2001.

⁴⁴ El estudio de esta Ley ha sido tratado por GARCÍA RUBIO, F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 139 y ss. Destaca este autor que “sólo cuando la posición del Estado, la situación económica del país y, parcialmente, la del sector, eran insostenibles... la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el FIM (la Troika) tomaron cartas en el asunto...”.

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 146.

de ahorros, y, por otro lado, las Fundaciones bancarias. En relación a las primeras, se establecen, entre otros aspectos, determinadas normas de carácter básico relativas a la actividad de las Cajas de ahorros, así como a su estructura, organización interna y funciones, definiendo un nuevo concepto de Caja de ahorros, al tiempo que se limita su ámbito de actuación, y se efectúa una restricción a su tamaño.⁴⁶

En efecto, nos encontramos ante una Ley cuya inspiración ha sido recoger en un solo texto normativo el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, derogando, para cumplir tal objetivo, la normativa reguladora de tales entidades, tales como la LORCA, o el Real Decreto-ley 11/2010, de órganos de gobierno y otros aspectos del Régimen jurídico de las Cajas de Ahorro⁴⁷, y los apartados 1, en lo que se refiere a las cuotas participativas, y hasta el apartado 10 del artículo 7 de la Ley 13/85, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intervinientes financieros⁴⁸.

Precisamente, el modelo definitivo de Cajas, que habíamos conocido hasta la publicación de esta Ley en el año 2013, cristalizó con la promulgación de la Ley 31/1985, de 2 de agosto -LORCA-, que persiguió el triple objetivo de democratizar sus órganos de gobierno, profesionalizarlos y ajustar el régimen normativo de estas entidades a la nueva organización territorial del Estado, es decir, a las Comunidades Autónomas. Por esta razón, dicha norma, junto a las disposiciones legales que habían dictado las Comunidades Autónomas para su desarrollo, había dibujado, hasta la fecha, su régimen jurídico aplicable, que se había caracterizado por una acentuada dimensión financiera, vinculando sus fines sociales a la llamada obra benéfico-social, *aunque reconduciendo paulatinamente su arraigo territorial*. En particular, desde la mera concentración de su actividad en un territorio, hacia una implicación más activa de las Comunidades Autónomas, tanto en el diseño de su marco jurídico, como en la *influencia* en sus órganos de gobierno.

⁴⁶ Conforme al artículo 1.3 se acota la normativa aplicable a las Cajas, dejando muy claro que son entidades de carácter privado, al declarar: "Sin perjuicio de la normativa de las comunidades autónomas donde las Cajas de Ahorros tengan su domicilio social, éstas se regirán, con carácter básico, por lo previsto en esta Ley y, supletoriamente, en cuanto sea de aplicación, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y demás normas del ordenamiento jurídico-privado".

⁴⁷ Excepto el título III y el V y la disposición transitoria sexta.

⁴⁸ Véase J & A Garrigues, S.L.P., "Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones bancarias", *Novedades Mercantil/fiscal*, 2-2013, Enero 2014, pág. 1.

Todo ello es reconocido por el nuevo legislador, el cual pone los mecanismos necesarios para cumplir el doble objetivo de esta nueva Ley 26/2013: por una parte, la necesidad de consolidar y recoger en un único cuerpo legal el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, que había quedado un tanto disperso después de los sucesivos Reales Decretos, anteriormente referenciados, aprobados sobre la marcha en función de las circunstancias que dictaba la crisis internacional; y por otra parte, como antes hemos adelantado, encomiar el compromiso que España había asumido con sus socios europeos, en el momento que solicitó ayuda financiera para el sector bancario, a fin de evitar situaciones que comprometan el sistema financiero en el futuro.

Resaltan las palabras del propio legislador que, a través de su *Exposición de Motivos*, y con especial sutileza, culpabiliza, en cierto modo, al funcionamiento un tanto desvirtuado de las Cajas de Ahorros, del hecho de que hayan tenido que intervenir los poderes públicos en los últimos años a través de una profunda injerencia de la Administración, para acometer el saneamiento y reestructuración de buena parte de estas entidades, cuya situación financiera “había llegado a comprometer muy gravemente el conjunto de la estabilidad financiera en nuestro país”, según se pone de manifiesto de forma expresa.⁴⁹

En base a lo anterior, hay que observar con especial atención los motivos que aduce el promulgador de la nueva norma, al fundamentar la profunda reestructuración del sector de las Cajas, entre los que destacan, el importante *despliegue* total del modelo por toda la geografía española durante los últimos años, así como las consecuencias de la crisis económica sobre el conjunto del sector financiero español, que han hecho necesario replantear de manera exhaustiva e integral su régimen jurídico. Y califica como histórica y sin precedentes la rapidez y profundidad con la que se han sucedido los cambios regulatorios y operativos en el sector, lo cual no cabe duda de que así ha sido, pues no hay más que remitirse a los hechos. Así, en suma, la práctica totalidad del sector ha participado, en algún proceso de integración.

Se elogia, además, a través de la propia Ley, el esfuerzo extraordinario de la sociedad española, que ha incluido la solicitud de asistencia financiera externa a los so-

⁴⁹ Dice la Exposición de Motivos. “Pero, sobre todo, conviene destacar que durante los últimos años ha sido necesaria una profunda intervención de los poderes públicos para acometer el saneamiento y reestructuración de buena parte de las cajas de ahorros, cuya situación financiera ha llegado a *comprometer muy gravemente* el conjunto de la estabilidad financiera en España”.

cios del Eurogrupo, y la nacionalización de aquellas Cajas de Ahorros que se encontraban en mayores dificultades de solvencia, medidas, todas ellas, tomadas ante las dificultades para garantizar la viabilidad de ciertas entidades y sus debilidades estructurales y para reforzar autónomamente su solvencia. Por ello, esta nueva Ley nace con vocación de estabilidad y de concentración, en un único texto, del régimen jurídico futuro de las Cajas de Ahorros, que venga a conjugar los valores clásicos ya referidos: carácter social y arraigo territorial, pero con la “*lección aprendida*”, que los históricos acontecimientos recientes han puesto de manifiesto.

1.1. Las Cajas de Ahorros

En lo que se refiere a su nueva naturaleza jurídica, las Cajas de Ahorros son refrendadas, en el artículo 2.1 de la norma, como “entidades de crédito de carácter *fundacional* y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes *minoristas y pequeñas y medianas* empresas”. Esto supone que se restrinja su actividad al negocio al por menor, obligadas a desarrollar sus actuaciones en el ámbito local, y concentrando sus funciones en aquellas capas de la sociedad que tienen más difícil acceso a otro tipo de entidades o servicios financieros, cuya restricción les impide efectuar financiaciones a gran escala. Se reduce también su tamaño, a cuyo fin se verán obligadas a traspasar su patrimonio afecto a la actividad financiera a una entidad de crédito, bajo pena de perder su licencia bancaria, y habrán de transformarse en fundaciones bancarias en el momento en que se excedan de un determinado volumen; lo cual no les deja muchas opciones.

Así pues, un aspecto esencial de su definición es que “su ámbito de actuación no excederá el territorio de una Comunidad Autónoma. A pesar de ello, podrá sobrepasarse este límite, siempre que se actúe sobre un máximo total de diez provincias limítrofes entre sí”, tal y como refrenda el segundo párrafo del citado artículo, por lo que se frena su expansión fuera de su territorio de origen, que fue su forma de actuar durante los años precedentes. De esta forma, “el legislador básico estatal intenta evitar que en lo sucesivo alcancen una dimensión que las convierta en *sistémicas*, ordenando una restricción del tamaño de tales entidades y buscando que operen fundamentalmente en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, sin que puedan desarrollar funciones a nivel nacional”⁵⁰.

⁵⁰ Lo destaca certeramente GARCÍA RUBIO, F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 157.

Junto a las modificaciones introducidas por la Ley ya punteadas, cabe señalar, además de la modificación del ámbito de actuación *funcional*, así como del *territorial*, de las Cajas de ahorros, el establecimiento de requisitos de honorabilidad comercial y profesional, conocimientos y experiencia adecuados, y estar en disposición de ejercer un buen gobierno. Estos aspectos han sido un indudable logro legislativo, como antes se ha valorado, unido al endurecimiento de régimen de incompatibilidades, destacando la introducción de una nueva incompatibilidad para ser miembro de un órgano de gobierno: la de desempeñar cualquier cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial u organización sindical.⁵¹

En lo que respecta a su *organización* interna, otro de los éxitos de la citada ley lo encontramos en que se refuerza considerablemente el componente de *profesionalización* exigible a las personas miembros del Consejo de Administración y de la Comisión de Control de las Cajas, así como para las personas que sean titulares de la dirección general o asimiladas, las que ocupen puestos de responsabilidad en funciones de control interno, y quienes desempeñen otros puestos claves para el desarrollo diario de la actividad de la Caja de Ahorros; necesidad ésta tantas veces reclamada, aunque sin éxito hasta hora, para lo cual, entre otros aspectos, se introduce la figura del consejero independiente en la composición de estos órganos de gobierno⁵². Asimismo, el hecho de que los miembros del Consejo de Administración no puedan ser, además, consejeros generales, tiene como objetivo último que la toma de decisiones se realice con arreglo a criterios de estricta objetividad y neutralidad, para reforzar la independencia de los órganos rectores.⁵³

⁵¹ Endurecimiento del régimen de incompatibilidades supone que: no podrán ser miembros de los órganos de administración los cargos ejecutivos de partidos políticos, sindicatos y asociaciones profesionales, los cargos electos de Administraciones Públicas, altos cargos de las Administraciones Públicas, o personas que lo hayan sido en los dos años anteriores, según el artículo 3.3 de la Ley.

⁵² Se obliga a que todos los miembros de este Consejo tengan la experiencia y conocimientos suficientes y específicos, para el ejercicio de sus funciones. Subraya GARCÍA RUBIO en F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 156., que “el artículo 19.3 de la Ley 26/2013 no significa que las leyes autonómicas no puedan introducir requisitos adicionales, siempre que al hacerlo no distorsionen lo dispuesto en la norma estatal (SSTT 1/1982, de 28 de enero, FJ 9;49/1988, de 22 de marzo, FFJJ 21 y 23; y 118/2011, de 5 de julio, FJ 7). Bajo estas premisas, el hecho de que la normativa básica no contemple ninguna previsión al respecto, no impide que el legislador autonómico pueda intervenir en este caso para, en el ejercicio de sus competencias en materia de Cajas de Ahorros, ordenar su propio registro administrativo de altos cargos”.

⁵³ La propia Exposición de Motivos de la Ley recoge que “la figura del consejero independiente es *esencial* en materia de gobierno corporativo, pues toma sus decisiones en los órganos de gobierno de acuerdo con criterios de objetividad y neutralidad”.

En efecto, para incentivar y conseguir tal *profesionalización* en la gestión de las Cajas, se *reduce el porcentaje* de participación de las administraciones públicas y se aumenta la presencia de representantes de impositores e impositoras en la Asamblea General, consolidándose como grupo hegemónico en la Asamblea, los cuales habían reducido significativamente su representación en los últimos tiempos, de forma paulatina, sin ser advertida, a veces, por el propio legislador, como habíamos puesto de manifiesto en las anteriores líneas⁵⁴. En este contexto, las dos Cajas de Ahorros que han quedado en nuestro país⁵⁵, de reducida dimensión, y las próximas de nueva creación, se beneficiarán de tal logro, en el sentido de haber fortificado su independencia; no así, desgraciadamente, el resto de entidades que ya se han transformado en fundaciones bancarias u ordinarias.

Un aspecto importante es que el número de miembros de los órganos de gobierno se *reduce* sensiblemente, por lo que serán los Estatutos de las Cajas de Ahorros los que habrán de fijar, en función de su dimensión económica, el número de miembros de cada órgano dentro de los porcentajes establecidos por la Ley.⁵⁶

De la composición del Consejo de Administración y de la Comisión de Control, cabe recalcar la exigencia legal de que la mayoría de las personas miembros del Consejo y, al menos, la mitad de las de la Comisión de Control, deberán ser consejeros o consejeras *independientes*, figura a la que acabamos de referirnos, que no podrán ser miembros de la Asamblea General. En este sentido, se suprime la obligatoriedad de la presencia, en tales órganos, de representantes de todos los grupos que componen la Asamblea General y la proporcionalidad establecida entre ellos.⁵⁷

Por otra parte, se regulan las especialidades que deben cumplir, tanto las *fundaciones* surgidas por transformación de Cajas de ahorros, como las fundaciones obra

⁵⁴ Se incide en la *despolitización* de las Cajas, restringiéndose la presencia de los representantes de las administraciones públicas en los órganos de administración de las futuras Cajas. No podrán superar el 25% del Consejo. GARCÍA RUBIO, F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 149.

⁵⁵ Cajas de Ahorros de Pollensa y de Ontinyent.

⁵⁶ Órganos de gobierno: Asamblea General, Consejo de Administración y Comisión de Control, y dentro del Consejo se encuadran las Comisiones de Inversiones, Retribuciones y Nombramientos y de Obra Social. Véase SÁNCHEZ CERBAN, A., "Ley de 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, / 37-2014, pág. 70.

⁵⁷ Según el artículo 15.3 de la examinada Ley, la mayoría de los miembros del Consejo de Administración deberán ser consejeros independientes, así como la mitad, al menos, de los miembros de la Comisión de Control, no pudiendo ser miembros de la Asamblea General.

social de las Cajas, al objeto de garantizar que los fondos constituidos por éstas se apliquen a la actividad y desarrollo de actividades propias de la obra social.

En línea con lo anteriormente expuesto, vale la pena recordar que este transcendental cambio del régimen jurídico, sólo será de aplicación, realmente, a las dos citadas Cajas de Ahorros que han sobrevivido, así como a las futuras de nueva creación, que, por qué no decirlo, *si es que realmente se crean nuevas*. Pues, como algún autor ha puesto de manifiesto, “más allá de esa loable labor compiladora y de cumplimiento de los compromisos asumidos frente a nuestros socios, cabría preguntarse por la verdadera utilidad práctica de esta Ley”⁵⁸, que, por otro lado, no cabe duda que ha supuesto una “*devolución* de la figura de las Cajas de Ahorros a sus orígenes”, aunque es cierto que la nueva regulación las consagra, a futuro, como entidades minoristas.⁵⁹

Sin embargo, la propia *Exposición de Motivos* de la Ley parece querer darnos la respuesta cuando instituye que, “por un lado, se ha previsto una restricción al tamaño de las Cajas, que viene motivada por la necesidad de que en ningún caso puedan alcanzar una dimensión que las haga sistémicas..., es preciso evitar que las Cajas tengan un tamaño excesivo y *puedan poner en peligro el sistema financiero*. Por otro lado, aunque relacionado con lo anterior, se ha buscado que las Cajas de Ahorros operen fundamentalmente en el ámbito territorial de una comunidad autónoma o en provincias limítrofes entre sí, incluyendo lógicamente en este caso las Comunidades Autónomas uniprovinciales, para que la función social de la entidad esté *vinculada a un área geográfica* con unas características, peculiaridades y necesidades comunes”.

Queda patente, por tanto, el interés expreso del legislador, promovido por el Ejecutivo supranacional, de evitar contingencias futuras que puedan afectar a la viabilidad de nuestro sistema financiero, razón por la que, entre otras medidas, se fomenta restringir su ámbito de actuación geográfica.

El problema es que, analizando la Ley, y el momento de su génesis (cuando sólo existen dos Cajas de Ahorros), el recién citado autor mantiene que, ciertamente, su finalidad no ha sido la de modificar el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, sino cerciorarse de que no vuelva a reproducirse el modelo jurídico de estas históri-

⁵⁸ Lo manifiesta SÁNCHEZ CERBAN, A., “Ley de 26/2013...,” op. cit., pág. 67.

⁵⁹ Véase CONLLEDO LANTERO, F., “Valoración de la Ley de Cajas y Fundaciones Bancarias”, en COLINO MEDIAVILLA, J.L y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (eds.) *Las Cajas de Ahorros...*, pág. 55.

cas y, por qué no decirlo, exitosas entidades, que dejaron de serlo con la llegada, esencialmente, de la crisis económica.⁶⁰

La Ley supone, para otros autores, tal y como indica Sánchez Barrios, “una nueva regulación de las Cajas de Ahorros, en las que se observa en muchos aspectos un regreso al pasado, lo cual no se pretende representar como un retroceso en sentido negativo, sino todo lo contrario, pues lo que se persigue es volver a los orígenes de tales entidades, cuya desnaturalización ha sido una de las causas, entre otras, de los problemas que han presentado en los últimos años”.⁶¹

Nos parecen muy interesantes las palabras de Sánchez Cerbán, que, con una opinión bien distinta, viene a apuntar, en relación a la labor efectuada por el legislador al promulgar esta Ley, que, en definitiva, “tiene una finalidad preventiva y, de lavado de cara que refuerce la credibilidad de nuestro sistema financiero, mediante la *marginación* de unas entidades a las que, de manera injusta o no, se han atribuido buena parte de nuestros males”⁶².

Por consiguiente, la cuestión, que queda en el aire para todos nosotros, pues es difícil de pronosticar, es si, verdaderamente, se crearán nuevas Cajas de Ahorros a la vista de esta nueva Ley, como anteriormente apuntamos. Y, por otra parte, si estas entidades, que necesariamente tendrán una actividad mucho más reducida que la de las antiguas Cajas de Ahorros, encontrarán un espacio dentro de un sector cada vez más sofisticado, globalizado y tendente a la concentración.⁶³ Habrá que esperar, no obstante, a que se produzca el desarrollo de esta Ley, que completa la reforma introducida por el anterior Decreto 11/2010, tanto por el legislador nacional como por el autonómico, para poder ver el resultado de su aplicación.

Eso sí, se mantiene su *carácter social*, al que se incide en el número 2 del citado artículo 1, cuando sanciona que “La obra social de las Cajas de Ahorros podrá tener como destinatarios a los impositores, a los empleados de la propia caja y a colectivos

⁶⁰ Efectúa tal apreciación SÁNCHEZ CERBAN, A., “Ley de 26/2013...,” op. cit., pág. 67.

⁶¹ SÁNCHEZ BARRIOS, J.L., “Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias”, *Ars Iuris Salmanticensis*, AIS, *Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, volumen 2, núm. 1, 2014, pág. 255 y ss., citado por GARCÍA RUBIO, F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 149.

⁶² SÁNCHEZ CERBAN, A., “Ley de 26/2013...,” op. cit., pág. 67.

⁶³ Igualmente, es apuntado por SÁNCHEZ CERBAN, A., “Ley de 26/2013...,” op. cit., pág. 67.

necesitados, así como dedicarse a fines de interés público de su territorio de implantación”. Aunque ello sea así, visto este panorama, por el que se les imponen importantes restricciones, y teniendo en cuenta que deben estar sometidas a una doble supervisión⁶⁴, que ninguna otra entidad de crédito sufre, cual es la de la Comunidad Autónoma del domicilio y la de las autoridades financieras, tanto españolas como de la Unión Europea, se ha llegado a criticar por algún autor que esta Ley “las condena a una vida económica lánguida y con pocas perspectivas”, que incluso puede impedir que se creen nuevas Cajas, en tanto en cuanto se mantenga en sus mismos términos.⁶⁵

1.2. Las Fundaciones Bancarias

Prima facie, destaca, como uno de los aspectos fundamentales de esta norma, la regulación de una nueva figura en el sistema jurídico español: esto es, las fundaciones bancarias⁶⁶, cuya doble finalidad consiste en llevar a cabo la Obra Social, que anteriormente fue desarrollada por las Cajas de Ahorros, y gestionar la participación como accionistas en la entidad bancaria participada.⁶⁷

Dicha figura se introduce por la citada Ley que instaura, por imperativo legal, que las Cajas de Ahorros de gran tamaño deben pasar a convertirse en Fundaciones.

⁶⁴ Sobre las funciones inspectoras del Banco de España véase IZQUIERDO CARRASCO, M., “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”, en MUÑOZ MACHADO, S. y VEGA SERRANO, J.M. (dirs.), *Derecho de la ...*, op. cit., pág. 750; asimismo, MUÑOZ MACHADO, S., “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorros)”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) *La Regulación Económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, pág. 105 y ss. e IZQUIERDO CARRASCO, M., “La supervisión pública sobre las entidades bancarias”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) *La Regulación...*, op. cit., pág. 168 y ss.

⁶⁵ Así lo afirma DÍAZ RUIZ, E., “El nuevo régimen jurídico y de actuación de las Cajas de Ahorros”, en COLINO MEDIÁVILLA, J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (eds.) *Las Cajas de Ahorros...*, pág. 47.

⁶⁶ Resalta el profesor GARCÍA RUBIO que esta figura se ha adoptado tras la experiencia italiana, en cuya regulación existen las fundaciones bancarias y las ordinarias, contempladas en la Ley 26/2013. GARCÍA RUBIO, F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 189, en cuyo trabajo realiza un análisis del Derecho comparado, en pág. 55 y ss. Asimismo, véase GARCÍA RUBIO, F., “La solución al problema de las Cajas de Ahorro, una visión comparada hispano-italiana”, *Revista Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2015 y DANILO ESCARLINO, “Las Fundaciones bancarias en Italia: falta de transparencia y conflicto de intereses”, en COLINO MEDIÁVILLA, J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (eds.) *Las Cajas de Ahorros...*, op. cit., pág. 25.

⁶⁷ Véase FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS (FUNCAS), “El nuevo mapa de las fundaciones: de Cajas de Ahorros a fundaciones”, *FUNCAS*, 2015, pág. 15.

Así, “El nuevo marco legal obliga a las Cajas de tamaño medio y grande, que no han sido nacionalizadas (Unicaja, Kutxabank, Caixabank e Ibercaja fundamentalmente), a convertirse en fundaciones bancarias; esto es, como indica Salvador Armendáriz, “entes de derecho privado, sometidos a una regulación específica por su origen”.⁶⁸ Con especial esmero, la nueva Ley 26/2013 dedica su título II a la regulación de las fundaciones bancarias, que constituyen una *nueva figura jurídica* que vendrá a sustituir a las Cajas de Ahorros, que hasta la fecha venían desarrollando su actividad financiera *de modo indirecto*, así como a las fundaciones de carácter *especial*, provenientes también de Cajas Ahorros, que cumplan determinadas condiciones de participación en una entidad de crédito, reguladas en la norma predecesora.

En consecuencia, las Cajas de Ahorro, como resultado de ejecutar tal transformación en fundaciones bancarias, perderán su condición de entidades de crédito y pasarán a ser supervisadas, como toda fundación, por el correspondiente protectorado, aunque permanecerán bajo la supervisión del Banco de España en los aspectos relativos a su participación en la entidad de crédito.⁶⁹

Se ha de incidir en el hecho de que el nacimiento de esta figura novedosa para el ordenamiento jurídico español, ha dado lugar a que su regulación se haya efectuado con *carácter básico* por parte del Estado, con motivo de establecer un régimen jurídico sistemático, desde una perspectiva financiera, para este tipo de entidades.⁷⁰

Desde una perspectiva jurídica, esta Ley es el marco normativo que regula a las fundaciones bancarias y ordinarias, a cuyo tenor se ha producido un proceso de transformación de las Cajas de Ahorros, dependiendo de la modalidad bajo la que se han constituido, resultando finalmente, a día de hoy, un total de 34 fundaciones, con independencia de las dos Cajas de Ahorros, que no se han transformado en ningún tipo de fundación. De este modo, comparten escenario con los grandes grupos bancarios, en cuyo *accionariado* se encuentran integradas las fundaciones bancarias y algunas ordinarias⁷¹.

⁶⁸ GARCÍA RUBIO, F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 148 y SALVADOR ARMENDÁRIZ, A., “Las Fundaciones Bancarias: el caso Navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, número 58, julio-diciembre 2014, pág. 47 y ss,

⁶⁹ Véase J & A GARRIGUES, S.L.P., “Ley 26/2013 ...” pág. 7.

⁷⁰ Conforme al artículo 33 de la Ley, con carácter supletorio se registrarán por la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, o por la normativa autonómica que resulte de aplicación.

⁷¹ véase FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS (FUNCAS), “El nuevo mapa...”, op. cit pág. 88.

Con la reforma introducida por esta Ley, aquellas fundaciones cuya participación en una entidad de crédito sobrepase un determinado porcentaje, serán consideradas fundaciones bancarias. Así, esta figura se está haciendo presente en gran parte de las entidades de crédito de nuestro país, y por este motivo, en la medida en que pueden contar con participaciones significativas, *e incluso de control*, en entidades financieras, se ha hecho preciso que estas fundaciones bancarias hayan sido objeto de una regulación similar a la que el Estado ha dictado en relación con el resto de las entidades de crédito, a fin de garantizar una adecuada ordenación del crédito en España.⁷²

En lo que atañe a su *naturaleza jurídica*, el artículo 32 de la Ley 26/2013 define la fundación bancaria como “aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración, con independencia del porcentaje del capital o de los derechos de voto que posea”. Si no alcanzaran el 10% de participación en la entidad bancaria, se transformarán en fundaciones de régimen general. De esta forma, nos encontramos con fundaciones bancarias de carácter especial, y fundaciones ordinarias, según el porcentaje de participación en el Banco en el momento de su transformación.⁷³

No cabe duda que, del análisis de la norma, se podría deducir, a priori, que esta nueva figura no parece limitarse sólo a entidades nacidas a raíz de la nueva regulación de las Cajas de Ahorros, sino que podría abarcar cualquier fundación “tradicional” que tenga una participación de al menos un 10% en un banco; o que osten-

⁷² Sobre este particular, J & A GARRIGUES, S.L.P., “Ley 26/2013 ...” pág. 12.

⁷³ Tal y como se estipula en el artículo 34 de esta norma analizada, sobre “obligación de transformación de las Cajas de Ahorros”, 1. Las Cajas de ahorros, en los supuestos previstos en el apartado siguiente, deberán traspasar todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y procederán a su transformación en una fundación bancaria, en caso de cumplir los requisitos previstos en el artículo 32 de esta Ley, o fundación ordinaria en caso contrario, con pérdida, en cualquiera de los casos, de la autorización para actuar como entidad de crédito. Si excede del 30% o supone el control habrá obligación de elaborar un protocolo de gestión de la participación financiera y un plan financiero; y si excede del 50% o supone el control, además, el *plan financiero* debe incluir un plan de diversificación de inversiones y gestión de riesgos y la dotación de un fondo de reserva, lo cual puede complicar que se dé en el futuro este porcentaje tan alto de participación. Este fondo no será obligatorio si el plan de diversificación incorpora desinversiones con vistas a reducir la participación de la fundación bancaria por debajo del 50% en un plazo de cinco años. Véase, además, la Disposición adicional primera de la mentada norma. Fundaciones de carácter especial y fundaciones ordinarias.

te derechos políticos que le concedan nombrar o destituir miembros del órgano de administración de un banco. Pese a ello, aunque existen muy pocos estudios sistemáticos sobre esta materia, por lo novedoso de esta figura jurídica, aunque con antecedentes italianos, autores como Sánchez Cebrián opinan que tal afirmación podría no ser del todo acertada, por la finalidad tan dispar entre las fundaciones tradicionales, de origen filantrópico de sus fundadores, y aquéllas creadas por imperativo del Legislador, por mor de la transformación del sector financiero.⁷⁴

A tenor de su objetivo, la fundación bancaria tendrá una *finalidad* social y orientará su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social, así como a “la gestión de su participación en una entidad de crédito”, lo cual ha de entenderse como una actividad principal. Al interpretar la norma nos encontramos, como establecen algunos autores, con el hecho de que existe una coincidencia entre la finalidad de una Caja de Ahorros, que también mantienen su carácter fundacional, y la de una fundación bancaria, pues así lo ha establecido el legislador, al definir ambas formas jurídicas, las cuales mantienen, por consiguiente, una delgada línea de diferenciación en su naturaleza jurídica, no así en su regulación y estructura, lo cual, pudiera resultar problemático en el futuro.⁷⁵

Por su parte, contempla la Ley que las fundaciones bancarias pueden utilizar en su denominación social y en su actividad, las denominaciones propias de las Cajas de Ahorros de las que procedan, estando obligadas, en todo caso, a hacer constar la expresión “fundación bancaria”.⁷⁶

⁷⁴ De tal manera lo pone de manifiesto SÁNCHEZ CERBAN, A., “Ley de 26/2013...”, op. cit., pág. 71.

⁷⁵ Atisba el mismo autor en su análisis, que seguramente ha sido a causa de querer mostrar a los inversores y socios europeos, que se ha producido “una reforma radical en nuestro tan criticado sistema de Cajas”. SÁNCHEZ CERBAN, A., “Ley de 26/2013...”, op. cit., pág. 71. Otro ejemplo de semejanza con las Cajas de Ahorros, es que las fundaciones bancarias también pueden integrarse, como aquéllas, en la Confederación Española de Cajas de Ahorros, así como en Federaciones de Cajas de ahorros.

⁷⁶ La Disposición adicional quinta establece, por su parte, que los Montes de piedad, que poseen una naturaleza jurídica *financiera*, en la concesión de préstamos, y, además, *social* por su carácter benéfico, al carecer de ánimo de lucro, como pone de manifiesto el profesor GARCÍA RUBIO, podrán adscribirse a la obra social de las Cajas de Ahorros, a las fundaciones bancarias u ordinarias, o a las entidades de crédito controladas por las fundaciones bancarias a las que se refiere el artículo 44.3 de esta Ley; por lo que ofrece varias posibilidades a tales entidades históricas. GARCÍA RUBIO, F.: *Reflexiones sobre...*, op. cit., pág. 170.

En relación a su *organización*, se instituyen como órganos de gobierno de la fundación bancaria: el *patronato*⁷⁷; las comisiones delegadas de éste que prevean los estatutos; el director general y los demás órganos delegados o apoderados del patronato, que puedan prever los estatutos, de acuerdo con la normativa general de fundaciones. Nos parece muy interesante destacar que el número de patronos representantes de administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público se limita a un máximo de un 25 por ciento del total, por lo que el legislador se asegura, de esta forma, el esquivar los problemas que se generaron con la aplicación de la LORCA, ya derogada, y su normativa de desarrollo autonómica; tanto a través de tal limitación, como a través del régimen de incompatibilidades que prudentemente establece la Ley ⁷⁸.

⁷⁷ Según el artículo 39 de la Ley: 1. El número de miembros del patronato será el que fijen los estatutos de la fundación, de acuerdo con un principio de proporcionalidad en función del volumen de sus activos. En ningún caso podrá ser superior a quince. 2. Los patronos ejercerán sus funciones en beneficio exclusivo de los intereses de la fundación bancaria y del cumplimiento de su función social. 3. Los patronos serán personas físicas o jurídicas relevantes en el ámbito de actuación de la obra social de la fundación bancaria, debiendo pertenecer a alguno de los siguientes grupos:

a) Personas o entidades fundadoras, así como las de larga tradición en la Caja o Cajas de ahorros de que proceda, en su caso, el patrimonio de la fundación bancaria.

b) Entidades representativas de intereses colectivos en el ámbito de actuación de la fundación bancaria o de reconocido arraigo en el mismo.

c) Personas privadas, físicas o jurídicas, que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia.

d) Personas independientes de reconocido prestigio profesional en las materias relacionadas con el cumplimiento de los fines sociales de la fundación bancaria, o en los sectores, distintos del financiero, en los que la fundación bancaria tenga inversiones relevantes.

e) Personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera, que habrán de integrar el patronato en el porcentaje que prevea la legislación de desarrollo de esta Ley, y cuya presencia será representativa y creciente en función del nivel de participación en la entidad de crédito que corresponda.

El patronato debe contar, al menos, con un representante de los grupos a), b), d) y e) anteriores y, siempre que fuera posible identificar una aportación significativa dentro de los quince años anteriores a la constitución del patronato, al menos con un representante del grupo c). A estos efectos, se entenderá por aportación significativa aquella que represente más del 5 por ciento de los recursos propios de la fundación. 4. El número de patronos representantes de administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público no podrá superar el 25 por ciento del total., como sucede con las Cajas de Ahorros.

⁷⁸ En las fundaciones ordinarias el primer patronato lo elegirá el fundador, conforme a sus estatutos, y en las fundaciones bancarias, que provienen de la transformación de una Caja de Ahorros, será la propia Asamblea de la Caja la que elija a su primer patronato. Véase FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS (FUNCAS), “El nuevo mapa...”, op.cit., pág. 48. e IRACULIS ARREGUI, N., “Gobierno de la Fundación bancaria: La importancia relativa de la figura del patronato con conocimientos experiencia específicos en materia financiera”, en COLINO MEDIAVILLA, J.L y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (eds.) *Las Cajas de Ahorros...*, pág. 95 y ss.

El órgano de *control*, al tratarse de una fundación, será ejercido por el *proteccionado*, que recaerá en el propio Ministerio de Economía y Competitividad, si su ámbito de actuación excede de su Comunidad Autónoma, o, en caso contrario, por tal Comunidad. Este órgano velará por su correcta configuración y funcionamiento, con independencia de las funciones de supervisión del Banco de España. Por ende, nos encontramos con una duplicidad de organismos que ejercerá las funciones de control de estas novedosas fundaciones bancarias.⁷⁹

Como ya se recalcó anteriormente, cuando se inició el proceso reestructuración del sector existían 45 Cajas, mientras que, a día de hoy, solamente podemos hablar de dos entidades de este tipo, de reducido tamaño, habida cuenta de que el resto de las Cajas han desaparecido, o se ha transformado en fundaciones de distinto tipo, esto es, bancaria u ordinaria.⁸⁰

A juicio del que suscribe, queda evidenciado que, tratándose la fundación bancaria de una figura jurídica totalmente novedosa, de la que no tenemos experiencia de *factum*, y que tiene su génesis en *un imperativo legal*, tendremos que esperar a que las mismas empiecen a desempeñar sus funciones, conforme a su nuevo régimen jurídico, pues atisbar el futuro nos parece una insensatez, sobre todo habida cuenta de lo que hemos vislumbrado, y sido testigos, en relación a la desaparición de las Cajas de Ahorros, tal y como estaban configuradas hasta ahora.

IV. BREVE REFLEXIÓN SOBRE ALGUNOS *HITOS* QUE HAN CONFLUIDO EN LA EXTINCIÓN DE LAS ORIGINARIAS CAJAS DE AHORROS EN ESPAÑA

El gran crecimiento que tuvieron las Cajas de Ahorros se convirtió en algo que, evidentemente, no pasó inadvertido al poder político en cada Comunidad Autónoma, y en cada momento instituido, quien, seguro de obrar en beneficio del bien común, quiso contribuir al engrandecimiento de unos instrumentos financieros al servicio de la Comunidad Autónoma que correspondiera, de tal manera que se pensó que las propias Comunidades debieran de estar presentes en las Asambleas y Consejos de Administración de las Cajas (ya lo estaban en la Comisión de Control de éstas,

⁷⁹ Lo recoge así el artículo 45 de la mentada Ley 26/2013.

⁸⁰ En el presente año 2015 existen 14 fundaciones bancarias, y 19 fundaciones ordinarias. Para un análisis del mapa de las actuales fundaciones véase FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS (FUNCAS), “El nuevo mapa...”, op. cit., pág. 88.

con voz pero sin voto), y comenzaron a hacerse una serie de estudios y bosquejos de la composición final que pudieran tener los nuevos órganos de gobierno.

Entendemos que lo más lógico hubiera sido que esa intención de las Comunidades Autónomas, de formar parte de las Asambleas y Consejos de administración de las Cajas de Ahorros, se hubiera llevado a cabo restando representatividad a los demás componentes del sector público, esto es a los Ayuntamientos y, en algunos casos, a la entidad fundadora. Y decimos que nos habría parecido *más lógico*, porque de esa manera no se hubiera alterado el equilibrio existente hasta el momento, incluidos impositores y empleados, ya que la representación de los impositores era la fuerza que podía equilibrar más el buen gobierno de las Cajas, estando este grupo exento de cualquier avatar, así como de presiones políticas; y, por consiguiente, su existencia presumía una buena dirección de dichas instituciones, a la vez que representaba la *esencia* y el fundamento de las mismas.

Aun así, no fue ésa la línea que se siguió, sino que, muy al contrario, fundamentalmente en detrimento de la representación de los impositores, que en algunos casos llegó a ser del 16 %, es como se dio cabida a la representación de los Gobiernos y Parlamentos Autonómicos en las Asambleas y Consejos de Administración de las Cajas, dando como resultado el predominio del *sector público* respecto del resto de los sectores componentes de las Asambleas.

A modo de recordatorio, basta observar que, con la promulgación en 1985 de la Ley de Órganos Rectores de Cajas de Ahorros -LORCA-, hoy derogada, se produjo una alteración substancial en la estructura y funcionamiento de la organización interna de las Cajas de Ahorros, habida cuenta que se generó un fuerte incremento de la presencia del *sector público* en sus órganos de gobierno, como consecuencia del máximo del 40 por ciento de participación que se otorga a las Corporaciones Locales⁸¹. Pero, lo más polémico, fue que este sector podía alcanzar en determinadas Cajas de Ahorros un porcentaje de hasta el *51 por ciento en la Asamblea*, en el caso de que su fundador ostentare carácter público. Consecuentemente, se dio la posibilidad de que más de la mitad de los representantes en los órganos de gobierno de las Cajas fueran elegidos por el *sector público*, lo que podía suponer un claro predominio de es-

⁸¹ En palabras de GARCÍA RUBIO “Las Cajas se han visto abocadas desde la LORCA, e incluso antes, a una fuerte politización criticada por la doctrina”. GARCÍA RUBIO, F., “El preocupante presente e incierto futuro de las Cajas de Ahorros”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) *La Regulación...*, op.cit. pág. 658.

te sector frente al privado, pese a que la LORCA otorgaba el máximo porcentaje de representación al grupo integrado por los impositores⁸².

Como consecuencia de ello, las distintas Administraciones Autonómicas fueron aprobando una serie de disposiciones normativas en las que el predominio del *sector público*, reflejado en la norma estatal, se mantiene e, incluso, se ve *incrementado*. Todo ello es también consecuencia de la publicación de la ya referida sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, que declara que los porcentajes de representación establecidos en la LORCA no ostentan carácter *básico*, y por lo tanto, pueden ser modificados por el legislador autonómico.

Se ha criticado durante mucho tiempo, como ya se puso de manifiesto, que el sistema de equilibrio entre los distintos sectores sociales: entidades locales, entidades fundadoras, impositores y empleados, establecido por el real decreto 2.290/77, de 27 de agosto, que garantizaba una cierta estabilidad funcional, fue sacrificado en beneficio de la supremacía del *sector público*, cuyo poder de decisión no cabe de duda que era un mecanismo importante para velar por el *interés general*. No obstante, en nuestra opinión, ello despojó, en algunas ocasiones, a los órganos de gobierno de determinadas Cajas de Ahorros de su carácter necesariamente democrático, toda vez que, de alguna manera, se influyó en el equilibrio de fuerzas existentes entre los distintos grupos implicados. Asimismo, determinadas normas autonómicas incrementaron, en mucho, el control público interno sobre las Cajas de Ahorros, lo cual las convirtió al mismo tiempo, en regulaciones irremediabilmente *intervencionistas*.

Otra dificultad añadida fue el hecho de que, esta nueva situación que se generó, de prevalencia de lo público sobre lo privado en sus órganos de representación, confluía claramente con el ordenamiento comunitario, en el que normas como la Directiva Comunitaria 2006/111/CE⁸³, de 16 de noviembre de 2006, “relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas,” definían en su artículo 2.b) el concepto de *empresa pública*, como “cualquier empresa en la que los *poderes públicos* puedan ejercer, directa o indirectamente, una *influencia dominante*”, existiendo tal influencia “cuando la Administración estatal o territorial *puede designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración*, de dirección o de vi-

⁸² Véase el artículo 2.3 de la LORCA.

⁸³ Antes lo establecía la Directiva 80/723/CE, de 25 de junio.

gilancia de la empresa”, dejando patente el legislador que lo importante en tal noción es la idea de control.⁸⁴

Si una conclusión podía inferirse, *prima facie*, de la citada disposición normativa, era que, debido al elevado porcentaje de representación *-control-* que ostentaba el sector público en algunas Cajas de Ahorros, existían argumentos suficientes para pensar que estas entidades podrían llegar a ser encuadradas dentro del concepto comunitario de “empresa pública”, siendo ésta otra de las razones por las que deducimos que el legislador europeo tuvo que tomar cartas en el asunto, pues tal consideración conllevaba importantes consecuencias para aquéllas. Téngase en cuenta que las entidades públicas están sometidas, por las normas de la Unión Europea, a determinadas reglas y limitaciones, a fin de permitir el ejercicio de la libre competencia y evitar el dominio abusivo.

Ahora bien, lejos de haberse modificado solamente la normativa estatal, entre otras cosas, para así mantener el equilibrio necesario entre los distintos grupos que conformaban sus órganos rectores, y permitir que siguieran funcionando como lo hicieron antes de la LORCA; es decir, sin grandes injerencias por parte de algunos de sus componentes, y con una participación tal que permitiera a todos ellos poder expresar sus ideas y desempeñar sus funciones, reduciendo el porcentaje de participación mayoritaria de las Administraciones públicas, nos hemos encontrado con el hecho de que, determinadas circunstancias externas, tales como la profunda crisis internacional, entre otros *hitos*, ha dado lugar a que nuestro legislador, instado por el legislador europeo, haya instaurado un proceso de *reestructuración* profunda del sistema bancario, incidiendo sobre todo en el sector de las Cajas de Ahorros, que ha sido, precisamente, el más afectado, quedando prácticamente extinguido. Dicha transformación jurídica ha estado motivada, además, por la necesidad de capitalización de tales sujetos, así como por las operaciones financieras de elevado riesgo en la que algunas de las Cajas se vieron inmersas, a fin de evitar poner peligro el sistema financiero, tal y como ha declarado expresamente el legislador nacional en la aludida Ley 26/2013.

En palabras del profesor Ariño Ortiz, “ciertamente las Cajas estaban sometidas a una estructura de gobierno compleja y muy *mediatizada* por intereses políticos y territoriales, que no favorece la aplicación de las mejores prácticas, pero ello tenía *me-*

⁸⁴ Para un análisis más profundo de esta materia véase ALAMINOS MINGORANCE, C.: *Régimen jurídico-administrativo de las Cajas de Ahorros en España*, CEMCI, 2002, pág. 287.

didac correctoras, y así lo propusimos algunos.” Aunque este autor va aún más allá, y afirma, con acierto, que “no ha habido una explicación suficiente para la razonar el por qué estaban condenadas a desaparecer”, puesto que, si la razón era que no podían captar recursos, “ello era por una mala regulación de la institución, toda vez que, ciertamente, se podían abrir nuevos caminos, como la cuotas participativas u otros, mediante una reforma en profundidad de la institución que imprimiese en ella derechos de propiedad, responsabilidad y profesionalidad de los órganos de gobierno.”⁸⁵ Sin embargo, como hemos tenido ocasión de ver, ése no ha sido el camino elegido a tiempo por nuestro legislador.

Por consiguiente, no hemos podido ver, en su momento, la modificación legislativa necesaria, y a veces pedida a voces, en relación a la regulación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, a fin de aumentar la democratización de los mismos, y devolverle el equilibrio de los intereses representados en ellas, lo cual podría haber sido uno de los elementos que aseguraran el funcionamiento autónomo e independiente del sector de las Cajas de Ahorros y su supervivencia. En concreto, se buscaba una actuación de unos órganos de gobierno democratizados, bajo los principios que propugnaba, a veces sin éxito, la LORCA, como ideales básicos que deberían inspirar el funcionamiento interno de las Cajas, siendo éstos refrendados de igual manera por el Alto Tribunal, como tuvimos ocasión de comentar.

En la línea de lo anteriormente expuesto, es importante recordar que uno de los problemas subyacentes que han ocasionado la transformación de las Cajas de Ahorros, es que estábamos frente a unos “Bancos sin dueño”, con ausencia de accionistas, y con unos órganos de gobierno formados con mayoría de componentes procedentes de lo público, en su recta final, cuyas entidades llegaron a tener un gran poder financiero, e incluso económico, hasta el punto de que algún Banco fue comprado por una Caja de Ahorros.⁸⁶

Evidentemente, esas grandes Cajas ya necesitaban de una base más fuerte, y, por ello, se entendió la necesidad de cometer la contratación de grandes ejecutivos.

⁸⁵ Así lo manifiesta taxativamente ARIÑO ORTIZ, G., “Reflexión sobre las Cajas y su régimen jurídico dual”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 22, junio de 2011, pág. 40. Asimismo, véase ARIÑO ORTIZ, G., “Bases Constitucionales para una correcta asignación de competencias sobre las Cajas de Ahorros”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, febrero de 2010, pág. 12 y ss.

⁸⁶ Tal y como sucedió en el año 1995, cuando la Caixa adquirió el Banco de Granada-Jerez.

A pesar de ello, en algunas ocasiones, esa contratación no se hizo siguiendo los criterios de preparación y profesionalidad que habrían parecido lógicos, sino que, en determinados casos, se puso al frente de estas entidades a personas que con anterioridad, no habían tenido relación alguna con los intermediarios financieros, ni ostentado puestos de responsabilidad en Cajas o Bancos.

Del mismo modo, se ha de señalar a las nuevas tecnologías como otra de las causas que han coadyuvado a la transformación de las tradicionales Cajas; pero, no porque éstas no alcanzaran el nivel tecnológico, o se quedaran fuera de él, más al contrario, pues se adaptaron con gran velocidad, sino debido a que se perdió la importancia que antaño tuvo la *cercanía* por parte de impositores y clientes. Precisamente, era en la proximidad donde las Cajas de ahorros tenían articulado buena parte de su modelo de negocio, pero las nuevas tecnologías han venido a demostrar que se puede ganar eficiencia mediante la reducción de los puntos físicos de venta, sin alterar en lo sustancial el modelo de proximidad.

No cabe duda que han confluído otros factores, con más o menos fuerza, en el menoscabo de las originarias Cajas de Ahorros, como es el caso de la bajada de los tipos de interés, por mor de la crisis financiera, toda vez que ésta dificultó considerablemente la consecución de una rentabilidad suficiente.

Así las cosas, realizar solamente la actividad típica de captar pasivo a un precio que resultara lo más rentable posible, para formalizar operaciones de activo con un importante diferencial, se hizo cada vez más difícil, habida cuenta de que la fuerte bajada de los tipos de interés, por ende, redujo ese margen de intermediación. Es por todos conocido, que los márgenes financieros de las entidades tienden a disminuir significativamente cuando los tipos de interés de mercado se reducen con la intensidad que lo han hecho en los últimos años. Y ese efecto, agudiza el impacto negativo sobre los beneficios.

Esos bajos tipos de interés incentivaron procesos de búsqueda de rentabilidad que derivaron, en ciertos casos, en la asunción excesiva de riesgos, que, en algunas Cajas, llevó a grandes concentraciones, asumidos en determinados sectores de trance; fundamentalmente, en el de la construcción. En este sentido, una mirada al capítulo de inversiones de las Cajas, nos muestra como en las pequeñas inversiones (créditos a las familias, al consumo a Pymes...etc.), estas instituciones obtuvieron buenos resultados, comparables con los obtenidos por la Banca en general. Fue en las grandes inversiones realizadas en el sector de la construcción -ya fueren infraestructuras o edificaciones de muy elevado coste y de difícil amortización-, donde se efectuaron grandes financiaciones, con excesivas concentraciones de riesgos. Aquí, en esta ma-

nera de operar, es donde se produjeron enormes quebrantos, inasumibles por algunas de las entidades, que no pudieron compensarse con otro tipo de ingresos por prestación de servicios bancarios.

En nuestra opinión, todo lo anteriormente expuesto forma parte del conglomerado de *dificultades* que han sufrido las Cajas de Ahorros, en mayor o menor grado, y que han dado lugar a un devenir de normas reguladoras en los últimos años, las cuales han reformado íntegramente este sector, hasta llegar a la práctica extinción del modelo originario que mantenían tales entidades financieras.⁸⁷

Es indudable que se puede tildar de histórica y sin precedentes la rapidez y profundidad con la que se han sucedido los cambios regulatorios y operativos en las Cajas de Ahorros, bastante censuradas en los últimos tiempos, pese a la adecuada manera de actuar que han seguido durante más de un siglo, siempre en su búsqueda por alcanzar un fin benéfico-social para repercutirlo a la sociedad.

Nos parece verdaderamente interesante traer ahora a colación la opinión de otros autores, como Tomás Ramón Fernández, que afirma que “la causa última del lamentable desenlace de las Cajas de Ahorros, se encuentra en el Real Decreto de 27 de agosto de 1977, y en concreto en su artículo 20, que liberalizó la operatoria de las Cajas, eliminó las limitaciones que hasta entonces se habían venido manteniendo, sin otra aparente justificación que un evidente deseo de tutela ante *riesgos no distintos* por su naturaleza a los que constituyen el ámbito obligado de toda entidad crediticia”, en la medida en que se optó por que fuese cada entidad la que libremente decidiera la especialización a que su vocación y capacidad de gestión le conducen, lo cual era un “escenario enteramente nuevo para ellas y enteramente ajeno a lo que era su razón *de ser*”⁸⁸, donde competían con la banca en condiciones *desiguales*, dada su mayor dificultad para capitalizarse.

⁸⁷ En este sentido, subraya ciertamente, SALVADOR ARMENDÁRIZ, que “la crisis va a marcar el ritmo y el contenido de la regulación del sector, lo que refuerza e intensifica los instrumentos de intervención de los poderes públicos sobre la actividad que, sin embargo, sigue siendo principalmente una actividad privada, prestada en régimen de mercado y libre competencia”. SALVADOR ARMENDÁRIZ, A., “Novedades de la regulación bancaria”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) *La Regulación...*, op. cit., pág. 407.

⁸⁸ Véase FERNÁNDEZ, T.R., “Las Cajas de Ahorro: El principio del fin”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 18, febrero de 2011, pág.6.

Sencillamente, si hay una frase que, en nuestra opinión, refleja perfectamente la intensa y apresurada transformación sufrida en el sector de las Cajas de Ahorros, es que éstas “han sido víctimas de su propio éxito”⁸⁹, toda vez que la forma de *conducirse* en su etapa final, muy alejada de su etapa inicial, ha sido, a nuestro entender, la auténtica razón del “**no ser**” de las Cajas de Ahorros.

⁸⁹ Véase ROS PÉREZ, F.: *Las Cajas de Ahorros en España: Evolución y régimen jurídico*, Caja de Ahorros de Murcia y Universidad de Murcia, Murcia, 1996, pág. 591.

El recibo electrónico de salario del empleado público

Antonio D. Berning Prieto

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

SUMARIO: I.- PLANTEAMIENTO GENERAL. II.- EL RECIBO ELECTRÓNICO DE SALARIO. III.- EL TRATAMIENTO DEL RECIBO ELECTRÓNICO DE SALARIO EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU IMPLANTACIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. IV.- LA INCORPORACIÓN DE LA FIRMA O CERTIFICADO ELECTRÓNICOS. V.- CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El presente artículo pretende efectuar un acercamiento a la tradicional figura del recibo de salario y su aplicación en las relaciones empleador-trabajador en el seno de las Administraciones Públicas o entidades del sector público, así como al tratamiento que hasta la fecha se le ha conferido por el ordenamiento jurídico, la negociación colectiva y los Tribunales de Justicia cuando se ha pretendido su emisión en formato electrónico como forma de incrementar la eficacia en la gestión administrativa de la carga derivada de la gestión documental de la relación del propio personal a su servicio, examinándose los requisitos necesarios para una conversión al formato electrónico con garantías suficientes, para así conseguir una pacífica transición al nuevo formato digital del recibo de salario.

ABSTRACT

This article attempts to make an approach to the traditional figure of the wage bill and its application in employer-worker within the government or public sector entities relations and treatment to date has been conferred by the law, collective bargaining and the Courts of Justice when they have tried to issue electronic format as a way to increase efficiency in the administration of the burden of document management relationship for staff in service, examining the requirements for the conversion to electronic format with sufficient guarantees to achieve a peaceful transition to the new digital format of the salary receipt.

PALABRAS CLAVE

Empleado público, firma electrónica, recibo, salario, eficiencia.

KEYWORDS

Civil service, electronic signature, receipt, salary, efficiency.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La nueva *era de la información*¹ supone el auge y, con ello, la implantación progresiva de las nuevas tecnologías en todas las esferas sociales, entre las que se encuentran los ciudadanos, las empresas y las propias Administraciones Públicas. Resulta incuestionable el enorme impacto que las nuevas tecnologías ha supuesto para todos los sectores de la sociedad, desde el usuario de la ya común telefonía móvil hasta el técnico especialista de la Administración Pública que interviene en la gestión de una licitación pública utilizando las plataformas electrónicas, consiguiendo una eficiencia y eficacia en la gestión de expedientes administrativos antes impensable.

En este nuevo estado de las cosas, resulta necesario adaptar el comportamiento social a esta nueva realidad, lo cual supone un proceso de adaptación física y psicológica, que no siempre es pacífico.

En el seno de las Administraciones Públicas es evidente el gran avance que ha supuesto la inversión y esfuerzos realizados en aras a la implantación de la Administración Electrónica, y los beneficios que ha traído consigo se hacen patentes cada día: reducción de gastos y cargas administrativas, evitación de largas colas y esperas, elevados beneficios medioambientales gracias a la reducción del gasto de papel, y así podría continuarse con un largo etcétera.

En definitiva, se consigue eficacia y eficiencia en la prestación de servicios públicos a los ciudadanos dándose cumplimiento así en mayor medida al mandato constitucional contenido en el artículo 103.1 CE, e incluso logros sociales y medioambientales. Pero la implantación de las nuevas tecnologías no sólo debe desplegar efectos *ad extra*, en las relaciones de la Administración con los ciudadanos², sino que también resulta interesante que aquélla pueda agilizar y mejorar sus propios servicios *ad intra*³ gracias a la nueva realidad tecnológica, como es el caso de la implantación del recibo electrónico de salario.

¹ Término acuñado por CASTELLS, M. en su obra "*La era de la información. La sociedad red*". Alianza Editorial, Madrid (2005).

² Conocido como G2C por las siglas en inglés de *Government to Citizens*.

³ Denominándose en este caso G2E por las siglas de *Government to Employees*.

Al tiempo que los avances tecnológicos suponen, en la mayor parte de los casos, una mejora en la prestación de los servicios públicos, al otorgarles notas de inmediatez y seguridad, a veces, no obstante, obligan a los sujetos intervinientes (funcionarios responsables de la tramitación de los procedimientos administrativos, destinatarios de los actos, etc.) a llevar a cabo un proceso de adaptación que no siempre es bienvenido, pues a veces encuentra obstáculos en el propio personal al servicio de las Administraciones Públicas al tener éstos por inalterables, en determinados supuestos, procedimientos que deben ser objeto de constante revisión en aras a la necesaria reducción de cargas al administrado y ahorro de costes a la Administración a través de la adopción de medidas de simplificación administrativa⁴, entre otras.

Es el caso de los recibos de salario, cuyo paso del formato papel al electrónico ha supuesto un evidente avance y ha tenido algunos sectores de oposición, lo cual ha llevado algunas causas ante los órganos jurisdiccionales competentes y ha dado lugar a determinados pronunciamientos judiciales, como se tendrá ocasión de examinar en el presente Trabajo.

El acierto en el fomento y consecución de estas medidas es evidente, si bien ello debe ir acompañado de medios suficientes que garanticen una correcta implantación de las mismas en aras a la salvaguarda, en este caso, de los derechos de los empleados públicos.

Por tanto, es objeto del presente Trabajo realizar un estudio del recibo electrónico de salario y la incorporación de un certificado electrónico al mismo como una de las manifestaciones del uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales o funcionariales en el seno de las Administraciones Públicas y su influencia, por tanto, en el moderno Derecho del Trabajo y su necesaria relación con el Derecho Administrativo.

II. EL RECIBO ELECTRÓNICO DE SALARIO

Dado que la liquidación y el pago del salario deben estar, como se verá, documentado, la forma tradicional de llevarlo a efecto es entregar al trabajador un reci-

⁴ Para un estudio en mayor profundidad de la simplificación administrativa consúltese la obra coordinada por GAMERO CASADO, E. titulada “*Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*”, Ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2014).

bo individual que justifique dicho abono, denominado recibo de salario. El hecho de que sea emitido en formato papel o electrónico supone simplemente trasladar el primero al ámbito de las nuevas tecnologías, manteniéndose indemne en todo caso la obligación del empresario, a la que tradicionalmente venía dando cumplimiento entregándolo en formato papel.

Con carácter general, debe traerse en primer lugar a colación el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) el cual, en relación con la documentación de la liquidación y el pago de los salarios, únicamente dispone que se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres, documentándose mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo que se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga una clara separación de las diferentes percepciones del trabajador, así como de las deducciones que legalmente procedan.

Como puede apreciarse, si bien se establecen *in fine* determinados requisitos de mínimos que la negociación colectiva debe respetar en todo caso, la entrega y contenido del recibo de salario se rige en primer lugar por lo convenido por *mor* de la negociación colectiva, ya se trate del convenio colectivo que resulta de aplicación, ya lo sea en virtud de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, sólo en caso de ausencia de acuerdo, haciendo uso del modelo recogido normativamente.

El modelo de recibo de salario a que se hace referencia se encuentra en el Anexo de la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1994, por la que se aprueba el modelo de recibo individual de salarios, el cual ha sido modificado mediante la Orden ESS/2098/2014, de 6 de noviembre, con el fin de dar cumplimiento específicamente a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 104.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (actualmente debe entenderse referido al artículo 142 del recientemente publicado Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), que fue añadido, con efectos de 1 de enero de 2013, por la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social ya que, hasta su entrada en vigor, en los recibos de salarios de los trabajadores únicamente constaban la base de cotización y el tipo de retención correspondientes a la aportación del trabajador, pero no la determinación de la aportación del empresario.

La precitada Orden de 1994 exige que el modelo de recibo de salario contenga, salvo que la negociación colectiva disponga algo distinto, la siguiente información:

- Identificación, tanto de la empresa como del trabajador.
- Periodo de liquidación referido a meses naturales, siendo cualquier liquidación inferior considerada como pago a cuenta.
- Desglose de todos los conceptos (abonos y retenciones), incluyendo indemnizaciones y suplidos.
- Indicación de la cuantía total de la cotización a la Seguridad Social, indicando la parte que corresponde a la aportación del empresario y la parte correspondiente al trabajador.
- Anticipos abonados previamente a cuenta de la liquidación definitiva.
- Firmas de la empresa y el trabajador.

Ninguna referencia se hace en la legislación vigente, por tanto, a la posibilidad de emitir el recibo de salario en formato electrónico⁵, constando únicamente que se hará “*documentalmente*” y que dicha documentación se hará “*mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago*”, según modelo aprobado por la Orden anteriormente citada o el acordado en convenio colectivo o con los representantes de los trabajadores.

Se prevé que el empresario abone el importe del salario en metálico o por transferencia bancaria⁶, exigiendo en el primer caso la firma del trabajador en la nómina como medio justificativo de su abono, y eximiendo esta exigencia para el segundo caso, toda vez que se puede acreditar fácilmente por parte del empresario la realización de la misma, y sin que quepa en este caso la negativa del trabajador, puesto que la apertura de cuenta bancaria es una práctica aceptada generalmente en la sociedad actual⁷.

⁵ Lógicamente, en la fecha de aprobación de la Orden (1994) no se preveía el enorme avance que las tecnologías de la información y la comunicación proporcionarían. No obstante, tampoco con carácter posterior se ha incluido la posibilidad, lo cual hubiese sido a todas luces lo más deseable, ni tan siquiera en las recientes modificaciones normativas antes citadas.

⁶ La única limitación al respecto la establece el artículo 29.4 del ET, al exigir la comunicación a los representantes de los trabajadores del medio escogido por el empresario.

⁷ Afirmación puesta de manifiesto por NIETO ROJAS, P. en “*El recibo de salario en formato electrónico*”, Revista de la Contratación Electrónica nº 114 (2011), p. 87.

La casuística ha puesto de manifiesto determinados aspectos relacionados con los requisitos anteriormente citados del recibo de salario. Por ejemplo, aun firmándose por parte del trabajador el recibo de salario, ello únicamente hace prueba del abono de lo consignado en el mismo⁸, pudiendo por tanto reclamar posteriormente conforme estime oportuno, y sin que la falta de sello de la empresa les haga perder su condición de auténticos⁹.

Ahora bien, desde hace unos años han venido sucediéndose algunas sentencias dictadas en relación con la validez del recibo de salario en formato electrónico, que se caracterizan por ser, usualmente, contrarias a su establecimiento en lugar del formato papel.

No obstante, algún pronunciamiento jurisprudencial como el contenido en la sentencia 8076/2006, de 20 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña¹⁰, contiene un razonamiento totalmente flexible respecto a la documentación electrónica del recibo de salarios, y confirma el pronunciamiento judicial de instancia que se había recurrido por los trabajadores, al afirmar que “[...] desde el año 2003 la empresa demandada ha implantado a nivel nacional una aplicación informática denominada e-domus, en virtud de la cual cada trabajador puede acceder a su nómina e imprimirla desde su ordenador personal a través de una clave individualizada de acceso. La nómina que se consulta on-line no se recibe en soporte papel; y aun teniendo ambas idéntico contenido si la parte actora solicita un certificado de salarios a la empresa ésta lo expide [...]”, por lo que concluye que “no puede considerarse vulnerada la norma cuya infracción se denuncia en tanto que <la empresa efectúa el pago de las nóminas de los actores mediante transferencia bancaria> (esto es, en los términos que aquélla permite); sin que se encuentre <legalmente> obligada a documentar por escrito unos <recibos> de salarios sustituidos (en su garantista finalidad) por el -confidencial- conocimiento on-line <de los diferentes conceptos de abono>”.

Este pronunciamiento ha merecido el elogio de cierto sector doctrinal¹¹, al ser totalmente compatible con la realidad tecnológica actual y acoger la finalidad y espíritu de las normas, bajo el acertado prisma de que *el recibo de salario en soporte informático y papel es idéntico*.

⁸ Ex artículo 3.5 del ET.

⁹ Vid. sentencia 232/1997, de 14 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (AS 1997\1624).

¹⁰ AS 2007\1060 (Rec. n.º 331/2005)

¹¹ LLOPERT BENNÀSSAR, M. “El recibo de salario en formato electrónico”. Revista Doctrinal Aranzadi Social n.º 2 (2007), p. 2765 (BIB 2007\1352).

Posteriormente, la sentencia 121/2010, de 9 de diciembre, de la Audiencia Nacional¹² negó la validez del cambio adoptado por la empresa de poner a disposición en la intranet (red local) el recibo de salario en lugar de entregarlo en formato papel por diversos motivos (negación reiterada en la posterior sentencia del mismo órgano jurisdiccional 76/2015, de 28 de abril¹³), destacando determinados pronunciamientos relativos a que (i) la entrega del recibo de salario es una obligación de hacer que, conforme al artículo 1166 del Código Civil (CC, en adelante), no puede entenderse cumplida con su mera puesta a disposición a los trabajadores; (ii) no existe acuerdo individual ni colectivo al respecto; (iii) la negativa del trabajador a recibirla en formato electrónico no es contraria a la buena fe, pues según el órgano jurisdiccional no tiene la misma facilidad de uso que el formato en papel; (iv) la documentación del recibo de salario en formato electrónico sin sello ni firma de la empresa no tiene los mismos efectos probatorios que en papel, gozando éste de ventajas respecto a aquél¹⁴.

El anterior pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 22 de diciembre de 2011¹⁵ con motivo del recurso de casación planteado por la empresa, llegando incluso a afirmar el Tribunal que “[...] *el instrumento documental previsto en la legislación, que es sin duda, a la vista de los preceptos reproducidos, el recibo en soporte papel. Al recibo en soporte papel se refiere el artículo 29.1 párrafo 3º ET (RCL 1995, 997) cuando habla de <recibo individual>, e incluso con más claridad a tal documento en papel se refiere también la Orden Ministerial cuando precisa que lo que se entrega al trabajador es el <duplicado> del recibo*”.

Los pronunciamientos de ambos órganos jurisdiccionales no merecen, por supuesto, elogio alguno, al encontrarse totalmente desfasados y descontextualizados a pesar de la fecha en que han sido dictados, siendo totalmente cuestionables, por cuanto: (i) en relación con el hecho de que se trata de una obligación de hacer por parte del empresario, nada obsta a que éste de cumplimiento a la misma poniendo a disposición del trabajador el documento para su descarga en formato electrónico, más aún cuando además de dicha obligación principal también cumple con la accesoria de poner medios a disposición de aquéllos para ello; (ii) la inexistencia de acuerdo individual o colectivo no es óbice para que los recibos de salario se emitan en for-

¹² JUR 2010\416611 (Rec. n.º 178/2010)

¹³ JUR 2015\134002 (Pcdto. n.º 36/2015)

¹⁴ En los mismos términos se pronuncia la anterior sentencia 41/2005, de 27 de abril, de la Audiencia Nacional [JUR 2005\232032, Rec. n.º 8/2005].

¹⁵ RJ 2012\1887 (Rec. n.º 3/2011)

mato electrónico, toda vez que se trata simplemente de la forma de cumplimiento de la obligación y la sociedad actual se encuentra perfectamente habilitada para hacer uso de tales formatos de documentos tras su descarga, e incluso la sentencia de 5 de abril de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia¹⁶ concluyó, en relación con la necesidad de llegar a acuerdo con los representantes de los trabajadores para modificar el recibo de salario, que tratándose de cambios o modificaciones necesarias para adaptar el recibo de salario a la normativa legal o al convenio colectivo de aplicación al tratarse de una facultad empresarial inherente al poder de dirección del empresario, la cual ha llevado a cierta doctrina¹⁷ a efectuar, con acierto, una interpretación analógica de dicho pronunciamiento judicial en relación con la modificación del formato de entrega del recibo de salario al electrónico, en el sentido de que no es necesario efectuar consulta con los representantes de los trabajadores, siempre y cuando se informe convenientemente de la medida adoptada empresarialmente; (iii) que la negativa del trabajador no sea contraria a la buena fe por la mayor facilidad del formato papel dependerá del ámbito sectorial en que nos encontremos, pues un trabajador del sector de las telecomunicaciones tendrá incluso más facilidad para recibir y almacenar el documento en formato electrónico que si se tratase del formato papel; y (iv) se da cumplimiento al principio de equivalencia de soportes con la incorporación de la firma o sello electrónico al recibo de salario, como se verá.

Como puede apreciarse, estos últimos pronunciamientos comentados, a pesar de tener un (cuestionable) sustento teórico-jurídico, no se ajustan en absoluto al estado actual de la técnica y la tecnología, ya que los avances existentes y la incorporación de ésta a las relaciones de trabajo permiten la sustitución de abundante documentación, que antes únicamente se documentaba en papel, por el formato electrónico, como se ha llevado a la práctica también exitosamente en materia de Seguridad Social¹⁸. Incluso algún autor¹⁹ ha puesto en entredicho, acertadamente, al co-

¹⁶ AS 1993\2119 (Rec. n.º 103/1993)

¹⁷ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J. “*El recibo de salario en formato electrónico. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2011*”. Boletín de Función Pública del Instituto Nacional de Administración Pública n.º 7 (2012), p. 50.

¹⁸ Piénsese cómo todas las comunicaciones efectuadas entre las empresas y la Administración en materia de Seguridad Social se efectúan por vía electrónica desde hace años (*vid.* al respecto la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social, de 23 de mayo de 1995, que desarrolla la Orden de 3 de abril anterior, sobre uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, en especial su Anexo V), habiendo supuesto un evidente avance y ahorro de tiempo y dinero en la gestión documental para ambas partes, todo ello sin mencionar, por supuesto, los evidentes benefi-

mentar la sentencia precitada, que la solución adoptada fuese la definitiva, ya que al ser posible actualmente la sustitución del formato papel por el electrónico con todas las garantías exigibles será necesario que “empresas, representantes de los trabajadores y poderes normativos hagan sus deberes”²⁰.

Desde luego, la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Nacional en su pronunciamiento no se corresponde en absoluto con la realidad imperante actualmente. Nótese cómo una sentencia dictada años antes, concretamente el 14 de mayo de 1997²¹, por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, seguía un criterio mucho más correcto, al mantener que la ausencia de firma y sello de la empresa no le priva al recibo de salario (referido al formato papel) de su condición de auténtico para ser valorado, lo cual no viene sino a confirmar que se torna necesaria una adaptación de la regulación normativa existente, que se encuentra obsoleta completamente en este aspecto, así como por empresarios, trabajadores, representantes de éstos y el propio Estado legislador.

cios que ello trae consigo para materias tan sensibles como el medio ambiente y la sostenibilidad, por lo que además de suponer un beneficio para los entes privados, el interés público se erige en beneficiario directo de tales medidas. Nótese cómo lo pone de manifiesto NIETO ROJAS, P. (2011): 85, al apuntar la progresiva utilización de herramientas telemáticas por parte de empresas gracias a su impulso por la Administración Pública, concretamente por tratarse del sector de referencia la Tesorería General de la Seguridad Social, con el sistema RED para las comunicaciones de altas y bajas, el DELTA para el tratamiento de accidentes de trabajo, y el Contrat@, para las comunicaciones en materia de contratos de trabajo, por citar algunos. Debe tenerse en cuenta, además, que el actual avance de la tecnología ha permitido que desde el pasado 1 de enero la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) haya puesto en funcionamiento el nuevo Sistema de Liquidación Directa de Cotizaciones a la Seguridad Social (conocido como “Proyecto Cret@”), asumiendo un papel activo en el proceso de recaudación a través de la modificación del modelo de autoliquidación al de facturación, de manera que será la TGSS la que envíe un borrador de liquidación a las empresas, que podrán no obstante efectuar modificaciones o correcciones y remitirlas de nuevo a la Administración, que tiene como objetivos prioritarios minimizar los errores mediante la aplicación de las reglas de cotización por parte de la TGSS, contraste de los datos con carácter previo a la liquidación y eliminando la necesidad de actuaciones presenciales, dando clara preponderancia a la vía electrónica, telemática o informática.

¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Entrega del recibo de salarios en papel”. Revista Aranzadi Doctrinal, nº 11 (2012). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, p. 15 (BIB 2012\978).

²⁰ Tales “deberes” no son más que hacer un esfuerzo por adaptar su actuación y fomentar en la medida de lo posible este tipo de medidas positivas. Comparto absolutamente que existe una evidente necesidad, que debe ser abordada por el poder normativo, de efectuar una adaptación de la regulación del recibo de salario, ya que la vigente data de hace más de veinte años, para adaptarlo a la realidad existente actualmente.

III. EL TRATAMIENTO DEL RECIBO ELECTRÓNICO DE SALARIO EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU IMPLANTACIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Procede examinar a continuación si en el seno de las Administraciones Públicas, en las que se impulsa desde hace años la implantación de una efectiva Administración Electrónica, es posible sustituir el recibo de salario en formato papel por el electrónico para el personal que le presta sus servicios, sobre la base de la situación actual de la cuestión que se ha tenido ocasión de examinar.

En primer lugar, debe advertirse la existencia en el seno de las Administraciones Públicas de personal a su servicio cuya vinculación con la misma puede variar, al coexistir funcionarios de carrera, interinos, personal laboral (fijo, por tiempo indefinido o temporal) y eventual²², a los que debe adicionarse el personal directivo regulado en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, también TREBEP).

Al igual que en el elenco normativo que conforma el Derecho del Trabajo no existe referencia alguna, tampoco se ha regulado el recibo electrónico de salario por el de la Función Pública. Curiosamente, la única referencia legislativa a la documentación electrónica del recibo de salario²³ en el ámbito jurídico-público se encuentra recogida en el artículo 7 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, al establecer la obligación a los Directores Generales de quienes dependían las habilitaciones de personal que satisficieren cualquier tipo de retribución periódica con cargo a los presupuestos de la Administración del Estado y de la Seguridad Social, Organismos autónomos y Entes o Empresas dependientes, a remitir anualmente a la Inspección General de Servicios de la Administración Pública el soporte magnético o la copia de la

²¹ AS 1997\1624

²² Considerándoseles a todos ellos “empleados públicos” ex artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²³ Debe advertirse que únicamente es una referencia a su almacenamiento, ya que no se prevé la entrega al trabajador del mismo, sino únicamente a efectos de su conservación. Parece estar refiriéndose a aquellos casos en que se ha procedido por parte de la Administración a la digitalización de la nómina entregada previamente en formato papel, sobre todo teniendo en cuenta que el citado Reglamento data de 1985, anterior incluso al propio ET o a la Orden de 1994 que regula el contenido del recibo de salario.

nómina de las retribuciones mensuales que establecía la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

Puede afirmarse, por tanto, que existe un precedente legislativo en el que, al menos, se tiene en cuenta la posibilidad de que la nómina se encuentre almacenada en formato electrónico²⁴, aunque no de la forma que permite el estado de la técnica ni con la operatividad y seguridad que actualmente ha llegado a alcanzar.

No obstante, el actualmente vigente Capítulo III del TREBEP, relativo a los derechos retributivos, recoge en sus artículos 21 a 30 los conceptos salariales y su regulación, tales como las retribuciones básicas, complementarias, indemnizaciones, etc., pero sin precisión alguna en relación con la documentación de tales percepciones salariales por lo que no se regula, ni siquiera para los funcionarios de carrera, un modo distinto al previsto en la Orden de 1994.

En relación a su implantación debe tenerse en cuenta en primer lugar al respecto lo previsto en el Capítulo IV del TREBEP, relativo al derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional, puesto que la potestad normativa del empresario público no puede sustituir a la negociación colectiva, ya que en tal caso serían impugnadas las resoluciones y disposiciones reglamentarias dictadas sin previo intento de negociación e irremediamente anuladas, como se puede comprobar en la sentencia de 27 de octubre de 2014 del Tribunal Supremo²⁵. Lo más conveniente es el establecimiento previo de Mesas de Negociación en las que se pacte o acuerde colectivamente el contenido de las normas que posteriormente se aprueben para regular las relaciones funcionariales o laborales del personal al servicio de la Administración.

Aunque algún pronunciamiento jurisprudencial posterior del Tribunal Supremo en relación con la implantación del recibo de salario en el ámbito de las Administraciones Públicas ha confirmado el previo pronunciamiento de algún Tribunal Superior de Justicia proclive a la sustitución, lo cierto es que ha sido fundamentado en la falta de determinados requisitos procesales propios del recurso de casación, no por motivos de fondo de los que colegir la existencia de un cambio de criterio jurisprudencial, que deviene inexistente en este aspecto.

²⁴ Téngase en cuenta que se hace referencia al “*soporte magnético*”, lo cual responde a la realidad imperante en aquél momento, en que los dispositivos de almacenamiento extraíbles (y, por ende, trasladables) eran, fundamentalmente, disquetes de 5¼ y 3½ (cuya invención correspondió a IBM en 1976 y 1983, respectivamente).

²⁵ RJ 2014\5413, (Rec. n.º 3452/2013)

Así sucedió concretamente en el supuesto ventilado en la sentencia 5075/2011, de 22 de junio, del Tribunal Supremo²⁶, que resuelve un recurso de casación promovido por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios contra la anterior sentencia de 8 de octubre de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que desestimó a su vez la demanda de conflicto colectivo planteada por aquél contra la decisión de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno del Principado de Asturias consistente en, precisamente, implantar un sistema electrónico de recibo de salario que sustituye al papel.

En dicho supuesto la decisión del empresario público estaba revestida de todo tipo de garantías y previsiones, abarcando reuniones informativas previas (tanto con el personal como con los representantes de los trabajadores), entrega de información detallada con la última nómina en formato papel, establecimiento de un sistema de acceso a la intranet mediante claves personales (incluso para aquellos trabajadores que no se encontraban ya en activo), posibilidad de acceso de cada trabajador desde su ordenador personal y, para aquellos que experimentasen problemas o no tuviesen un ordenador personal para acceder²⁷, se mantenía la posibilidad de imprimirlo y entregárselo en papel previa solicitud.

Lógicamente, el Alto Tribunal entendió que existe una plena equivalencia de soportes, sin que la adopción de una u otra forma sea óbice para el cumplimiento de su obligación por parte del empresario (público o privado) y sin que la mera reticencia de trabajadores o sindicatos a la adopción de este nuevo formato por simples formalidades o interpretaciones literales de la normativa vigente puedan dar lugar a una directa inadmisión del recibo de salario en formato electrónico por el simple hecho de no entregarse en papel.

²⁶ RJ 2011\5945 (Rec. n.º 193/2010)

²⁷ Los problemas que podría conllevar el acceso a este tipo de información a través de ordenadores de uso colectivo han sido puestos de manifiesto por GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J. (2012): 54, con la acertada advertencia de que no sería igual de garantista si el acceso a la nómina se permite de tal forma, si bien dicha modalidad ha sido aceptado por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su sentencia 288/2008, de 26 de mayo (JUR 2008\322016, Rec. n.º 208/2008), a pesar de que, a juicio de la citada autora, ello podría dar lugar a vulneraciones de los datos de carácter personal del trabajador por cuanto determinados archivos temporales son alojados en el dispositivo y algún usuario posterior con conocimientos informáticos podría acceder a ellos. Tal obstáculo podría salvarse con la simple instalación de un *software* adecuado que elimine todo archivo temporal una vez cerrada la sesión del usuario trabajador, pudiendo automatizarse o llevarse a cabo de forma manual por el trabajador una vez concluya la descarga, debiéndose en tal caso incluir en las instrucciones que se proponen.

El recibo de salario, con carácter general en el ámbito de las Administraciones Públicas, ostenta la naturaleza jurídica de acto administrativo, concretamente podría considerarse, si se observa la clasificación de los actos en función del número de destinatarios²⁸, como singular, por tener un único destinatario, aunque se dicte para ser notificado a todos los trabajadores que prestan servicios a la Administración de que se trate, puesto que tal notificación es personal y distinta del resto, pues la retribución también lo es, configurándolo la propia jurisprudencia, en definitiva, como un acto administrativo de contenido informativo²⁹.

Por su parte, en el ámbito concreto de las Administraciones Públicas, el TREBEP no establece ninguna previsión expresa respecto a la forma de entrega del recibo de salario, por lo que habrá de efectuarse un examen sistemático de la regulación de la cuestión en la normativa que resulta de aplicación y el ET como norma de aplicación directa al personal laboral. En relación con la normativa aplicable, debe tenerse en cuenta que el artículo 2 del TREBEP dispone que el mismo “*se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral*”, mientras que el ET establece en su artículo 1.3.a) la exclusión de su ámbito de aplicación de la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el TREBEP cuando dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.

Ahora bien, toda vez que el recibo de salario no se encuentra regulado en el TREBEP, supletoriamente debe aplicarse lo dispuesto en el ET, puesto que de lo contrario supondría dejar vacía de contenido la obligación del empresario (público en este caso) y en situación de desigualdad a los funcionarios respecto al personal laboral *ex* artículo 14 CE, pues éste contaría con su propia regulación (relativamente exigente además) respecto al contenido del recibo de salario y no así los funcionarios públicos³⁰, salvo previsión expresa al respecto derivada de la negociación colectiva.

²⁸ Clasificación a la que hacen referencia GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. en su excelente y pedagógica obra rubricada “*Manual básico de Derecho Administrativo*”, Ed. Tecnos, 11ª ed. (2014), pp. 434-435.

²⁹ *Vid.* Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia 5075/2011, de 22 de junio, del Tribunal Supremo, citada anteriormente (RJ 2011\5945, Rec. n° 193/2010).

³⁰ En relación con la aplicación práctica del TREBEP y el ET puede consultarse el documento elaborado por la Secretaría General para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas rubricado “*Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos*”, aprobado mediante Resolución de 21 de junio de 2007, publicado en el Boletín Oficial del Estado n° 150, de 23 de junio de 2007, pp. 27.178 a 27.183.

En primer lugar, en relación con la equivalencia de los formatos papel y electrónico, debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE, en adelante), en especial los principios generales que resultan de aplicación *ex lege* al ámbito de la Administración Electrónica, sin que aparezca expresamente reconocido el esencial principio de equivalencia funcional entre el documento emitido en papel y el electrónico.

No obstante, como ha tenido ocasión de afirmar la doctrina³¹, dicho principio se puede inteligir de una serie de reglas, en especial del artículo 45.5 de la LRJPAC, que reconoce la plena validez y eficacia de los documentos emitidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas en cualquier tipo de soporte, así como los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos legalmente.

Por tanto, habrá de procederse en primer lugar a examinar si concurren los requisitos que la LRJPAC³², como norma de carácter básico, y la LAE establecen para determinar la validez del documento electrónico que incorpora el recibo de salario. Una vez entren en vigor las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), respectivamente, habrán de tenerse en cuenta sus específicas previsiones, que serán mencionadas cuando proceda a lo largo del presente trabajo.

El documento electrónico es definido en el apartado j) del Anexo a la LAE, como aquella “*información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*”, definición que se recoge también en el artículo 3.5 de la LFE, si bien el apartado 6 de dicho precepto concreta qué caracteres deben reunir para ser considerados documentos “*públicos*” o “*administrativos*”.

³¹ En este sentido, GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.), en “*La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed. (2010), pp. 153-156.

³² Debe tenerse en cuenta que se encuentra en periodo de *vacatio legis* la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, si bien esta regula aspectos mayormente organizativos o de relaciones *ad intra* de la Administración), que deroga la LRJPAC y la LAE en su intención de integrar en un mismo cuerpo legal ambas, si bien la exposición aquí contenida no se ve modificada por

La LRJPAC (artículo 46 y concordantes) interpretada en relación con la LAE (artículo 29) supedita la validez y eficacia del documento electrónico, así como la total verificación del principio de equivalencia funcional³³ respecto al documento original, a que (i) quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, (ii) la recepción por el interesado en los casos en que sea necesario y (iii) el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por las Leyes.

Por su parte, el artículo 29.1 de la LAE establece la validez del documento administrativo electrónico “*siempre que incorporen una o varias firmas electrónicas*”, lo cual es reiterado por el artículo 41.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, RLAE)³⁴, al establecer las características que debe reunir el documento electrónico que, como apunta la doctrina³⁵, constituyen requisitos para su validez además de: a) contener información de cualquier naturaleza; b) estar archivada la información en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado; c) disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico; y d) ser expedidos y firmados electrónicamente mediante los sistemas de firma previstos en los artículos 18 y 19 de la LAE. Debe tenerse en cuenta al respecto que el artículo 26.1 de la LPAC añade, como requisitos de validez de los actos administrativos en soporte electrónico, que incorporen una referencia temporal del momento en que han sido

ello, a excepción de los preceptos y norma de cobertura que resultarán de aplicación una vez se produzca su entrada en vigor el próximo mes de octubre de 2016.

³³ En el ámbito jurídico-privado, este principio ha sido reconocido *ex lege* por el artículo 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, que dispone “*siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico*”. Si bien en el ámbito de la Administración Pública podría algún objetor invocar el apartado 4 *in fine* del mismo precepto comentado, que establece que “*los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se registrarán por su legislación específica*”, el que suscribe entiende que no resulta de aplicación al recibo de salario, por no alcanzar éste la condición de “documento público”; pero es más, aun entendiéndolo como tal, operaría la remisión a la normativa específica, que como se examinará prevé la producción de actos administrativos en formato electrónico con plena validez como si del formato papel se tratase.

³⁴ Debe tenerse en cuenta que el mismo resulta de aplicación, en principio, a la Administración General del Estado.

³⁵ SANZ LARRUGA, F.J., “*Documentos y archivos electrónicos*”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2010): 699.

emitidos (apartado c) -nótese que no se refiere a un sello de tiempo electrónico emitido por una autoridad de sellado de tiempo (TSA), como hubiese sido deseable, sino a una mera referencia temporal- y los metadatos mínimos exigidos (apartado d).

El recibo de salario en formato electrónico, considerado como documento electrónico, reúne las características que exige dicha norma, al contener información de naturaleza salarial, encontrarse archivado en formato determinado (normalmente “*pdf*”, aunque no es necesariamente el único que podría utilizarse) susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, y es posible su individualización, al ser personal e individual su entrega, debiendo además incorporar, de acuerdo con el apartado 2 del precepto anteriormente transcrito, la correspondiente firma electrónica.

Procede por tanto examinar si los requisitos de autenticidad, integridad y conservación podrían cumplirse mediante la utilización de la firma o certificado electrónicos gracias al *software* informático adecuado, aspectos que se examinarán a continuación y de cuyo resultado dependerá si efectivamente resulta viable y suficientemente garantista sustituir el recibo de salario en papel por el electrónico en el seno de las Administraciones Públicas españolas.

IV. LA INCORPORACIÓN DE LA FIRMA O CERTIFICADO ELECTRÓNICOS

Partiendo de la base de que el recibo electrónico de salario debe reunir determinados requisitos de carácter material (devengos, deducciones, anticipos o abonos a cuenta de la liquidación mensual correspondiente, etc.) y formal (firma y sello de la empresa –tégase en cuenta que se excepciona la firma del trabajador cuando se efectúa el abono de nómina por transferencia bancaria, método generalizado en la actualidad-), debe examinarse si el formato electrónico garantiza el cumplimiento de los requisitos de autenticidad, integridad y conservación, para preservar los derechos y garantías de los interesados (en este caso trabajadores adscritos a una determinada Administración Pública, lo que supone bien una relación de carácter laboral, bien una relación de especial sujeción como personal funcionario³⁶) a través de sistemas electrónicos creados por la Administración Pública *ad hoc*, ya que deben ofrecer las mismas garantías e idéntica seguridad jurídica a sus destinatarios que el anterior sistema vigente (formato papel y entrega física del documento).

³⁶ Puede consultarse, respecto a la heterogeneidad en el empleo público, SÁNCHEZ MORÓN, M. en “*Derecho de la Función Pública*”. Ed. Tecnos, 8ª ed. (2014), pp. 65 y ss., en especial pp. 68 y ss.

Por tanto, se torna necesario examinar si la firma o certificado electrónicos³⁷ incorporados al documento electrónico que conforma la nueva versión del recibo de salario puede dar respuesta a tales exigencias.

Con carácter general, la firma electrónica puede definirse, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (LFE, en adelante), como “*el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante*”, pudiendo llegar a tener la consideración de “*avanzada*” si “*permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control*” y pudiendo ser la firma electrónica avanzada, a su vez, “*reconocida*”, siempre y cuando esté “*basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma*”, caso en el que opera plenamente el principio de equivalencia funcional *ope lege* ex artículo 3.4 de la LFE, al disponer que “*tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel*”.

Pues bien, la firma electrónica utiliza un sistema criptográfico formado por dos claves, una pública y una privada, que gracias a la función *hash* permite firmar un documento, encriptarlo y garantizar a la persona que lo descifra (destinatario) que:

Es auténtico (principio de autenticidad), es decir, que el órgano administrativo –en este caso– es el autor del documento, con lo cual también se permite comprobar su competencia.

³⁷ Debe tenerse en cuenta, en relación con la regulación de la firma electrónica, que en el seno de la Unión Europea se ha dictado el Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la Identificación Electrónica y los Servicios de Confianza para las Transacciones Electrónicas en el Mercado Interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica, el cual parte de la premisa de que existe un clima de desconfianza en los particulares, empresas y Administraciones Públicas, por lo que éstos perciben cierta inseguridad jurídica que impide la adopción de la forma electrónica como medio seguro de comunicación y celebración de negocios jurídicos, por lo que la norma pretende establecer un clima de confianza en el entorno europeo para conseguir un pleno desarrollo económico y social en la Unión, si bien debe tenerse en cuenta que no resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa ex artículo 2 del Reglamento, toda vez que, como apunta el Considerando (21) del mismo, éste “*no debe cubrir la prestación de servicios utilizados exclusivamente dentro de sistemas cerrados entre un conjunto definido de participantes, que no tengan efectos en terceros. Por ejemplo, los sistemas establecidos en empresas o administraciones públicas para gestionar procedimientos internos que hagan uso de servicios de confianza*”.

Su contenido es íntegro (principio de integridad), que demuestra que el mismo no ha sido alterado desde que fue creado por su autor ni se ha excluido ningún paquete de datos durante su envío o recepción³⁸ (principio de inalterabilidad).

En cuanto a la forma de producirse los actos o recibos de salario, éstos se generarán de forma automatizada, ya que el *software* de gestión de nóminas de que disponga la Administración en cuestión se encargará de emitirlos “en masa”, por lo que habrá de examinarse la regulación concreta prevista para este tipo de actos. En este sentido, el artículo 18 de la LAE (en similares términos se encuentra redactado el artículo 41 de la LRJSP, si bien en el caso del sello electrónico se precisa que deberá estar basado en un certificado electrónico o cualificado -denominación esta última proveniente del Reglamento (UE) 910/2014-) prevé que pueda llevarse a cabo la identificación y autenticación del ejercicio de la competencia en la citada actuación administrativa automatizada, mediante los siguientes sistemas de firma electrónica:

a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica.

b) Código Seguro de Verificación (CSV) vinculado a la Administración Pública, órgano o entidad y, en su caso, a la persona firmante del documento, permitiéndose la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente.

Por tanto, puede afirmarse que existen dos formas posibles que verifican los requisitos anteriormente reseñados para la válida emisión del recibo de salario en formato electrónico en el seno de las Administraciones Públicas, entre ellas el objeto de examen, esto es, el sello electrónico, cuyo certificado incorporado al recibo de salario verifica (junto con los requisitos del artículo 46.1 de la LPAC una vez se produzca su entrada en vigor) todas las garantías que debe ostentar para su validez, por lo que su autenticidad, integridad y conservación³⁹ quedan perfectamente garantizadas.

³⁸ Debe tenerse en cuenta que cualquier comunicación electrónica se basa en el envío de paquetes de datos, todos los cuales están debidamente numerados e identificados por si alguno llega corrompido o simplemente erróneo, el propio sistema receptor (al efectuar la verificación de errores correspondiente) reclama al emisor dicho paquete, que es enviado nuevamente para su inclusión en la posición que corresponde dentro del conjunto de paquetes de datos que conforman el mensaje y, en su caso, documentos adjuntos al mismo.

³⁹ En relación con la conservación de los recibos de salario, debe tenerse en cuenta adicionalmente que el artículo 31 de la LAE prevé la existencia de archivos electrónicos de documentos los cuales, con-

Como quiera que el documento administrativo electrónico será archivado también electrónicamente para su conservación, el artículo 18.2 de la LAE exige que se incluya el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, pudiendo contener la identidad de la persona titular del órgano administrativo, y debiendo cada Administración Pública adoptar las medidas adecuadas para facilitar la verificación de sus sellos electrónicos. Adicionalmente, con la entrada en vigor de la nueva legislación administrativa, habrán de tenerse en cuenta las previsiones de los artículos 46 de la LRJSP para los archivos electrónicos que se encuentren en fase activa, y 17 de la LPAC, para archivos (que deberían ser únicos) en fase de conservación.

En relación con la posibilidad de incluir el CSV en lugar del sello electrónico, debe recordarse que la seguridad jurídica que ofrece ha sido puesta en entredicho por autores como ALAMILLO⁴⁰, sobre la base de que es un mecanismo que depende exclusivamente de la Administración que lo controla, por lo que si ésta quisiese borrarlo o modificarlo posteriormente a su notificación no habría forma de detectar dicha modificación ulterior, por lo que no se puede sino estar de acuerdo con tal extremo y recomendarse la utilización del sello electrónico en lugar del sistema de código CSV.

Por otra parte, adquiere especial relevancia el sistema de acceso al recibo de salario, ya que el mismo debe garantizar de forma adecuada y suficiente el principio de confidencialidad. En este sentido, debe apuntarse la posibilidad de utilizar un sistema de claves específicamente creado para ello, tal y como prevé el artículo 13.1 de la LAE: (esta previsión se contiene igualmente en el artículo 9.2.c de la LPAC, al regular los sistemas de identificación, y en el 10.2.c al regular los sistemas de firma electrónica, ya que en la nueva normativa se distinguen correctamente ambos, conforme con el Reglamento (UE) 910/2014).

forme con el apartado 3 de dicho precepto, deben ser seguros y observar la normativa vigente en materia de protección de datos, con el siguiente tenor literal: “*los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos*”. Tales requisitos se prevén así mismo en los artículos 17.3 de la LPAC y 46.3 de la LRJSP, para archivos que alberguen documentos en fase de conservación o activa, respectivamente, si bien en éstos se menciona, adicionalmente, la necesidad de observancia de los requisitos establecidos por el Esquema Nacional de Seguridad, aprobado por Real Decreto 3/2010.

⁴⁰ ALAMILLO DOMINGO, I., en su comunicación presentada en el seno de la Comisión de Expertos para la reforma de la Administración Electrónica celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid) el 4 de mayo de 2015 cuyo objeto fue el “*Análisis de los anteproyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)*”.

“Las Administraciones Públicas podrán determinar, teniendo en cuenta los datos e intereses afectados, y siempre de forma justificada, los supuestos y condiciones de utilización por los ciudadanos de otros sistemas de firma electrónica, tales como claves concertadas en un registro previo, aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos.

De conformidad con el apartado 2 de dicho precepto, para aquellos supuestos en los que se utilicen estos sistemas para confirmar información relativa a los conceptos salariales por una Administración Pública, ésta deberá garantizar la integridad y el no repudio por ambas partes de los documentos electrónicos concernidos. Esta posibilidad ha sido reconocida por la doctrina⁴¹, la cual ha puesto de manifiesto su adecuación y mejora respecto al envío por email, que se entiende menos garantista.

Como puede apreciarse, tales requisitos pueden ser observados por la firma electrónica, por lo que su utilización puede resultar incluso más garantista que el admitido sistema comentado anteriormente de claves de acceso al recibo de salario ubicado en los servidores de la *intranet* de la Administración, por lo que nada debe obstar para que las Administraciones Públicas lo implanten como forma normal de comunicación del recibo de salario.

V. CONCLUSIONES

Como se venía vaticinando *ab initio* del presente Trabajo, tanto los trabajadores como el moderno Derecho del Trabajo debe adaptarse a la novedosa realidad que proporcionan las nuevas tecnologías y beneficiarse de los aspectos positivos que supone la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en las relaciones laborales, no sólo en el seno de empresas o entes privados, sino también en el ámbito de las Administraciones Públicas, con el fin de modernizar las relaciones y comunicaciones y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación laboral.

Al igual que en su día la implantación de las transferencias bancarias llegó a desplazar el cobro del salario en efectivo líquido a través de las “ventanillas” habilitadas a tal efecto y posterior ingreso bancario en la cuenta corriente de la que fuese

⁴¹ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J. (2012): 49, con expresa mención al sistema de acceso al recibo electrónico de salario a través de la *intranet* de la Administración.

titular el trabajador por parte de éste⁴², en mi opinión con el recibo de salario ocurrirá igualmente, y desplazará de forma generalizada al recibo en formato papel, toda vez que los beneficios que suponen dicho formato resultan, a todas luces, evidentes e irrefutables, frente a escasas posibles oposiciones a su implantación, fundamentalmente basadas en la existencia de trabajadores desconocedores de asuntos relacionados con la informática o la ausencia de puestos de trabajo individuales informatizados para todos los trabajadores, que no obstante tienen solución (relativamente sencilla) y deberán ser superadas.

Es más, resulta llamativo que, en pleno siglo XXI, existan pronunciamientos jurisprudenciales que basen decisiones en la falta de equivalencia entre el formato electrónico y el papel, lo cual no hace sino poner de manifiesto la necesidad de una plena modernización y adaptación a la era digital no sólo de los ciudadanos y Administraciones Públicas, sino también de los poderes públicos encargados de la función jurisdiccional, puesto que ninguna duda cabe de la plena validez del principio de equivalencia funcional en esta materia, aspecto ampliamente superado.

Las reticencias a las nuevas tecnologías no sólo se manifiestan en el ámbito público, como se ha podido comprobar, sino que en el sector privado también surgen tanto a trabajadores como a sus representantes sindicales, a veces con fundamento suficiente y, en otras ocasiones, en ausencia del mismo.

Con la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, se produce además un verdadero cambio de paradigma que no hace sino confirmar lo aquí sostenido, al apostar ambas por el soporte electrónico como medio preferente en la actividad administrativa y, sobretodo, en la emisión de documentos administrativos; concretamente, el artículo 26.1 *in fine* de la LPAC establece que “*las Administraciones Públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia*”, por lo que se confirma, a mi entender, la procedencia (incluso la obligación *ex lege*) de la emisión del recibo de salario en soporte electrónico, siempre que se cumplan los requisitos de validez establecidos en el apartado 2 del mismo precepto.

⁴² Lo cual suponía en muchos casos, además, la necesidad para las Administraciones Públicas de conferir a los trabajadores permisos durante los últimos días del mes para poder acudir al cobro del salario en horas de trabajo, y la obligación de éstos de acudir físicamente a realizar tales trámites, a veces nada deseados.

De todo lo expuesto no cabe sino colegir que la implantación del recibo electrónico de salario es una realidad que comienza a ser una exigencia de los principios de eficacia y eficiencia, entre otros, proclamados constitucionalmente, por lo que en las empresas públicas y privadas acabará desplazando al formato papel. En este sentido, los esfuerzos de los distintos agentes deben centrarse no en la lucha contra el nuevo sistema, sino en una verdadera colaboración para su implantación con todas las garantías que el actual estado de la técnica permiten actualmente, lo cual supondrá además, para determinados trabajadores, la superación de una verdadera barrera tecnológica que algunos han levantado frente a la utilización de las nuevas tecnologías.

BIBLIOGRAFÍA

- ALAMILLO DOMINGO, I.: Comunicación presentada en el seno de la Comisión de Expertos para la reforma de la Administración Electrónica celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid) el 4 de mayo de 2015 cuyo objeto fue el “*Análisis de los anteproyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)*”.
- CASTELLS, M. en su obra “*La era de la información. La sociedad red*”. Alianza Editorial, Madrid (2005).
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “*Manual básico de Derecho Administrativo*”, Ed. Tecnos, 11ª ed. (2014).
- GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coord.), en “*La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 3ª ed. (2010).
- GAMERO CASADO, E. (coord.): “*Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*”, Ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2014).
- GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J.: “*El recibo de salario en formato electrónico. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2011*”. Boletín de Fun-

La excepcionalidad de la contratación menor

Pablo Velázquez Navarrete

Funcionario de Carrera del Cuerpo Sup. de Administradores (esp. Gestión Financiera) de la Junta de Andalucía.
Ldo. en Economía por la Universidad de Granada, Máster en Dirección pública, políticas públicas y tributación por I.E.F.-U.N.E.D.

RESUMEN.

Consciente de las rigideces que imponen otros tipos de procedimientos de contratación administrativa, el legislador español siempre ha entendido necesario dotar a la Administración de una figura contractual que le permita ahorrar trámites y obviar requisitos en favor de la celeridad al satisfacer una necesidad pública: el contrato menor. Esta vía de contratación, por adjudicación directa, supone no obstante una ruptura en los principios generales de publicidad, concurrencia y competencia, y su empleo masivo un empeoramiento de los costes y rendimientos del gasto público. El uso fraudulento y el abuso que de este contrato administrativo han hecho muchos gestores ha reavivado, en los últimos años, el debate sobre la conveniencia de su mantenimiento.

PALABRAS CLAVE:

Menor - Contrato - Administración - Abuso - Competencia

ABSTRACT.

Aware of the rigidities imposed by other types of government procurement procedures, the Spanish legislator has always understood necessary to provide the Administration with a contractual figure to simplify procedures and obviate requirements as to increase the speed in meeting public needs: the minor contract. This way of direct award procedure however marks a break in the general principles of publicity, concurrence and competition. In addition, its massive utilization may cause higher costs and lower performance in public spending. The misuse and abuse of the minor contract by many public managers has revived the recent debate on the appropriateness of its existence.

KEY WORDS:

Minor - Contract - Administration - Abuse - Competition

Desde el siglo XIX hasta la actualidad el legislador siempre creyó necesario dotar a la Administración de una figura contractual que le permitiera ahorrar trámites y obviar requisitos en favor de la celeridad en la consecución del objeto del contrato, aún a costa de arriesgar una merma significativa de competencia entre licitadores y consecuentemente un empeoramiento de costes y rendimientos.

I. ORIGEN DEL CONTRATO MENOR Y PERVIVENCIA EN LA NORMA

El Real Decreto de 27 de febrero de 1852, de Bravo Murillo, que completaba la Ley de Administración y Contabilidad de 1850, supone la primera referencia histórica a la contratación pública. Como queda reflejado en su Exposición de Motivos al fijar la subasta como modo general de adjudicación, el Gobierno ya buscaba entonces “establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia”. Consciente de la particularidad de la contratación pública, de su peso económico y de su problemática, se dieron así los primeros pasos para limitar las malas prácticas de autoridades y funcionarios en la adjudicación del gasto público, los sobornos y la falta de competencia entre los licitadores. Al objeto de primar la publicidad de los procedimientos y la aplicación de criterios objetivos, favoreciendo la concurrencia de licitadores y su competencia real -ambas condiciones necesarias para optimizar la inversión del Estado- el Legislador dibujó un procedimiento general “por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta” (con equivalencia actual en el procedimiento abierto). Y es que se estimó que la subasta constituía el método que más limitaciones presentaba al fraude en la actuación de los gestores, pese a que obviaba otros criterios relevantes de valoración aparte del precio, como la calidad de los bienes suministrados.

Sin embargo, también desde 1852 nuestra legislación ha contemplado ininterrumpidamente, con las obvias adaptaciones, ciertas excepciones al procedimiento general para determinados contratos por razón de su importe. En su art. 6 este Real Decreto ya planteaba a los gestores públicos la posibilidad de la adjudicación directa obviando “solemnidades de la subasta”, para contratos de determinados importes y bajo ciertas circunstancias. Posteriormente la Ley de Contabilidad y Hacienda de 1911 consagró la *adjudicación directa*, al reconocerla como una de las tres vías permitidas para adjudicación de contratos públicos (la subasta, el concurso y la denomina-

da “contratación libre”), prescindiendo esta última de “formalidades” exigibles a las restantes en materia de publicidad y concurrencia. Y lo cierto es que a lo largo del siglo XX la legislación española en materia contractual ha mantenido de una u otra manera la vía excepcional del contrato libre o menor. El planteamiento adoptado por el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF), aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre, sobre la contratación menor es deudor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que aspiraba a simplificar la contratación a través de la misma. A la vista del borrador de Anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, publicado por la Dirección General de Patrimonio del Estado el 17 de abril de 2015 para someterse a información pública y que viene a reiterar lo dispuesto en sus antecedentes, tampoco cabe esperar cambios significativos en su regulación.

II. LA VENTAJOSA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN MENOR

En comparación con otros procedimientos de adjudicación de contratos públicos, la contratación menor es excepcional y viene fundamentada en la cuantía del contrato. Con la meta de dotar de la mayor velocidad posible a la tramitación de los contratos menores, la ley únicamente establece dos requisitos procedimentales: aprobación del gasto y factura. Así lo ratifica el Informe 9/2009, de 15 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA), que al tratar el contrato menor dice que “el descrito régimen legal configura, claramente, un tipo contractual de tramitación excepcional, que se limita a exigir, como regla general, la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura correspondiente, omitiéndose toda referencia al cumplimiento del resto de requisitos de tramitación de los contratos administrativos contenidos en el Título Primero del Libro II de la Ley de Contratos del Sector Público”. Sencillamente pocas exigencias en la tramitación, enmarcadas -eso sí- en unas exigencias al gasto (importe, duración) que el órgano de contratación debe respetar inexcusablemente. De hecho, y como apunta el experto en Derecho Público Pedro Llinares Cervera¹, “el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa sin obligación de justificar qué criterios se han seguido para adjudicar el contrato”.

¹ Llinares Cervera, Pedro (2009): Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la luz del Derecho comunitario, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm.82, Pps. 38-39.

Así las cosas la citada Ley 13/1995, de 18 de Mayo, en vigor hasta el 22 de junio de 2000, llegaba a afirmar que la contratación menor ayudaría a “conseguir una Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que responda adecuadamente a las necesidades que la situación de la contratación pública exige actualmente en los distintos aspectos contemplados”. El punto 2.6 de su Exposición de Motivos, al abordar la necesaria agilización de trámites para contratar determinadas actuaciones, estimaba que eran “dignas de mencionarse” medidas introducidas como la “potenciación de los contratos menores”. En otras palabras, en adelante se aceptaría un empleo intensivo del contrato menor -*a priori* algo excepcional- en la Administración.

III. EL CONTRATO MENOR Y EL DERECHO EUROPEO

El derecho de la Unión Europea, verdadera guía del marco normativo nacional, tolera a regañadientes la figura del contrato menor, y en general comprende mal cualquier modo de adjudicación directa. El catedrático de Derecho Administrativo José Antonio Moreno Molina² recuerda que “en el Derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la Ley de Contratos del Sector Público acudir a este procedimiento solo por razón de su valor. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, y se ha lamentado de que las Directivas sobre recursos en vigor no permiten prevenir o corregir de manera eficaz las consecuencias de dicha ilegalidad (TSJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle), apartado 37)⁴. Al abordar más concretamente la figura de los contratos menores, no podemos sino compartir su opinión de que todos los objetivos consagrados en el art. 1 de la Ley de Contratación del Sector Público “quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden -como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Administraciones- utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista”, pues obviamente la utilización abusiva del contrato menor viola nítidamente los principios generales de la contratación administrativa.³

² Yáñez Sánchez, Guillermo (2009): *Los contratos menores y la publicidad y concurrencia de empresas*. Comunidad de prácticas de la contratación pública.

³ Candela Talavero, José Enrique (2011): El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor, Auditoría Pública, n° 53, Pps. 85-94.

No es de extrañar así que, como advierte la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, el Tribunal de Justicia europeo sentenció sobre el uso del procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación -y creo que de manera extensible a todas las adjudicaciones directas- que “el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, que prevé este procedimiento, como disposición que autoriza una excepción a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado C.E. en el sector de los contratos públicos de servicios, debe ser objeto de una interpretación estricta, y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania, asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I3609, apartado 58)”⁴.

IV. LA QUIEBRA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea⁵ sentencia que, a través de la contratación, debe asegurarse el incremento “en la eficiencia del gasto público”, lo que conlleva de un lado “buscar los mejores resultados posibles de la contratación (la máxima rentabilidad de las inversiones)” y de otro “la racionalización de los procedimientos de contratación, con medidas de simplificación específicamente adaptadas a las necesidades particulares” de los pequeños poderes adjudicadores, lo que ayudaría a los gestores públicos a lograr “los mejores resultados posibles de la contratación con la menor inversión posible, en términos de tiempo y de dinero público”. Para alcanzar este objetivo la Comisión Europea subraya la necesidad de propiciar “la competencia más fuerte posible por los contratos públicos que se adjudican en el mercado interior”, para lo que “se debe dar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y deben evitarse los falseamientos de la competencia”. En relación con los contratos públicos inferiores a los umbrales previstos en las Directivas, como los contratos menores, el punto 3.28 del Libro Verde de la contratación pública en la Unión Euro-

⁴ Comisión Consultiva de Contratación Pública, Dirección General de Patrimonio, Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía (2015): *Contratación Pública. Jurisprudencia del TJUE*. Pps. 26-27.

⁵ Comisión Europea (2011). *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, pp 3.

pea: reflexiones para el futuro (1996)⁶ dispone que “los procedimientos previstos por las Directivas comunitarias son aplicables exclusivamente a los contratos públicos de un importe estimado superior a los umbrales establecidos (los sujetos a regulación armonizada, o S.A.R.A.). Algunos poderes adjudicadores consideran que los contratos públicos que no alcanzan estos umbrales no están sometidos a ninguna disposición comunitaria, de manera que en ocasiones estos contratos se adjudican sin haber convocado previamente un concurso público. Muchos de estos contratos son de una importancia considerable, en particular para la pequeña y mediana empresa. Al igual que el otorgamiento de concesiones y contratos similares, la adjudicación de estos contratos debe efectuarse respetando las disposiciones del Tratado C.E. sobre la libre circulación de las mercancías y servicios y los principios fundamentales de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, que se hallan en su base”. La figura del contrato menor, sin embargo, se conjuga mal con lo anterior en cuanto minimiza, si no anula, la posible competencia entre licitadores, si no formalmente desde luego sí *de facto*.

Se reconoce pues la distorsión que la contratación menor introduce en el modelo. Y es que como se apunta acertadamente desde la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) “una competencia adecuada entre licitadores comporta unos resultados más favorables en términos de menor precio y mayor calidad para el órgano adjudicador, y por tanto para el interés general”; “unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios y por tanto para los ciudadanos”⁷. Uno de los presidentes de la institución, Luis Berenguer, ilustró taxativamente el problema al dar a conocer que las licitaciones públicas restrictivas a la competencia, solo en el año 2011, representarían un extracoste de más de 3.000 millones de Euros al erario público (estatal). Según estimaciones de la Comisión hasta el 10 por ciento de las licitaciones de contratos en ese ejercicio, por valor de unos 15.000 millones de Euros, presentaba “defectos o restricciones a la competencia”⁸. En términos análogos se expresaba la Intervención General del Estado⁹ cuando afirmaba, en relación con el resultado de sus actuaciones de control financieros permanentes a

⁶ Comisión Europea (1996): *Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*.

⁷ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2009): *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, Pp. 5-6.

⁸ Agencia Efe (07 de febrero de 2011). Las deficiencias en la contratación pública cuestan 3.000 millones a las arcas públicas, según la CNC. *Expansión*.

⁹ IGAE, Ministerio de Economía y Hacienda (2009): *Informe general sobre los principales resultados de la ejecución de los planes de control financiero permanente y auditoría pública del ejercicio 2008*. Pps. 27-29.

organismos de la Administración General del Estado en el ejercicio 2008, que el 40% de los informes de control a ministerios y el 20% de los demás organismos y entes manifestaban que se estaban produciendo claros fraccionamientos de contrato en procedimientos negociados y contratación menor.

V. LA CONTRATACIÓN MENOR EN EL CONTEXTO DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA

La *nueva gestión pública*¹⁰ exige a la Administración eficacia, adaptabilidad y flexibilidad, siempre con la meta última de la eficiencia en el gasto público, que todos compartimos. A la vez, y como necesario requisito para permitir la consecución del objetivo anterior, el sector público tiene que asegurar la existencia de competencia entre sus licitadores, lo que obligatoriamente pasa por una libre y fluida concurrencia en términos de igualdad. Ahora bien, la consecución de este punto impone unos procedimientos invariables de contratación que cuenten con la suficiente publicidad de la licitación y garanticen un juicio objetivo en la selección del candidato más ventajoso para el interés público, lo que alarga plazos e introduce rigideces en el sistema. En consecuencia se le pide al gestor público satisfacer ágilmente necesidades de servicio, obra o suministro, cada vez más dinámicas y cambiantes, dentro de un férreo corsé procedimental impuesto por la normativa a fin de acotar actuaciones negligentes o dolosas, o sencillamente que perjudican la competencia en el mercado. En términos coloquiales a la Administración se le demanda ir más rápido pero sin soltar el peso atado a sus tobillos, sin duda una fuente de frustración que como gestores muchos de nosotros habremos experimentado en nuestro trabajo diario. Justamente en esta encrucijada encontramos al contrato menor por razón de su importe.

La tensión entre la celeridad del procedimiento y el debido respeto a las garantías del mismo, aunque no es exclusiva de la contratación administrativa, en el ámbito de los procedimientos de adjudicación “se manifiesta muy claramente”, como indica José Miguel Carbonero Gallardo (2010). En la conclusión de su interesante tesis doctoral sobre la adjudicación de los contratos administrativos, Carbonero apunta acertadamente que “en todos ellos (los procedimientos de adjudicación) se pretende el mejor equilibrio entre varias finalidades: la garantía de la objetividad en la Administración, la consecución de la mejor oferta posible para la ejecución del

¹⁰ García Sánchez, Isabel M^a (2007): La nueva gestión pública: evolución y tendencias. *Presupuesto y Gasto Público*, n^o 47. Pps. 37-64.

contrato, y la articulación de todo ello en un procedimiento administrativo lo más ágil posible en términos de tiempo para el órgano de contratación”. Con eso y todo sigue sin ser suficiente para el gestor.

Los procedimientos de adjudicación directa se convierten así en indispensables, según Francisco Blanco López¹¹, dado que “el resto de procedimientos tienen un tempo de tramitación absolutamente insoportable que colocan a la contratación administrativa española en el paradigma del formalismo jurídico, la parafernalia procesal y la quiebra clamorosa de la eficiencia administrativa”. Si, por ejemplo, se llevara a cabo de forma escrupulosa el procedimiento negociado (sin ir más lejos, negociando), Blanco asevera que se podría producir un verdadero “colapso procesal” al privar a los órganos de contratación de un procedimiento de adjudicación ágil y flexible para contratos de cuantía inferior a los topes de los S.A.R.A., y que justamente por ello ningún órgano consultivo general o especializado en materia de contratación administrativa ha publicado instrucciones generales que establezcan claramente los criterios para desarrollar las negociaciones. Claro está que este tipo de procedimiento de adjudicación está pensado para expedientes en los que realmente se necesita negociar con los licitadores, y otra cuestión muy distinta es el reto de la simplificación y agilización procedimental en los expedientes de contratación administrativa. La contratación menor, por su lado, comparte ese matiz: la búsqueda de la flexibilidad y rapidez en el procedimiento, que sí se logra sin duda con el menor, no puede ser la única motivación para su uso continuado.

Sea como fuere se constata que desde sus orígenes la figura del menor constituye una meridiana anomalía —aun ajustada a derecho— y que debe ser tratada como tal. Su uso debe circunscribirse a circunstancias excepcionales que, persiguiendo más agilidad burocrática en pos del interés público, desaconsejen seguir otros procedimientos de contratación que sí cuenten con la adecuada publicidad. Y tales circunstancias debieran constar en la justificación de la elección del procedimiento y de los criterios de adjudicación según el art. 109.4 del TRLCSP. No obstante el procedimiento ni viene exigiendo al órgano contratante concretar esas especiales circunstancias que soporten la selección del contrato menor, como por ejemplo reconoce el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas al fiscalizar las cuentas del Ayuntamiento de Bil-

¹¹ Blanco Pérez, Francisco (2011): El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento. *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas* n.º 111.

bao de 2010¹². En realidad se acepta como único motivo de selección de esta vía de contratación la cuantía de los trabajos, que se recogerá en una posible memoria justificativa del gasto que ni siquiera es de aporte obligatorio a la Intervención por parte del gestor, y eso que es sumamente decisivo para clarificar la cuestión del objeto del contrato y su posible fraccionamiento ilícito. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha subrayado como principio básico de la contratación del sector público la “eficiente utilización de los fondos públicos” (Resolución nº 247/201), y como consecuencia cobra precisamente razón de ser el principio general de la prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato pues “conduce a evitar la vulneración en el expediente de la contratación pública de los principios de la publicidad y concurrencia de la contratación pública”. A fin de cuentas se persigue impedir que al fraccionar el objeto contractual en el ámbito público puedan eludirse ciertas normas exigibles para contratos superiores a determinado importe: publicidad y tipo de procedimiento de adjudicación aplicable. Es ésta la doctrina de la JCCA del Estado, como reconoce por ejemplo en su Informe nº 7/12 de mayo de 2013. Más si cabe en un escenario en que se exime a los gastos ejecutados bajo menores de fiscalización previa... Y es que no olvidemos que la confluencia de tales excepciones en los cauces habituales de tramitación y fiscalización puede acabar favoreciendo aún más ciertas malas prácticas del gestor público en la selección de esta forma de contrato, que recordemos es además potencialmente contraria a la competencia entre empresas y que no facilita la libre concurrencia de licitadores.

VI. LOS GESTORES Y EL FRAUDE EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN MENOR

Asumido el difícil contexto en que se desarrolla la gestión pública hoy en día, no podemos olvidar que la contratación menor es atractiva para los órganos adjudicadores por la flexibilidad y agilidad que aporta, pero también por simple comodidad o a lo peor para favorecer a determinados empresarios. Esta casuística es la que ha motivado la aparición de tanta literatura sobre la misma y generado abundantes informes y notas de los órganos fiscalizadores y consultivos en materia contractual.

La cuantía y duración son elementos que definen absolutamente el contrato menor, surgiendo el riesgo de que sencillamente se fraccione el objeto del mismo pa-

¹² Acuerdo del Pleno del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas de aprobación definitiva del Informe Ayuntamiento de Bilbao, 2010, adoptado en sesión de 8 de noviembre de 2012. Punto III.1.5.

ra cumplir con lo marcado por la ley. Será el Órgano fiscalizador el que, con carácter posterior a la contratación y ejecución de los trabajos, deba entrar a valorar la cuestión crucial de si se dio el citado fraude de ley para forzar ese tipo de contratación. Desafortunadamente numerosos informes¹³ del Tribunal de Cuentas, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Cámaras de Cuentas regionales o de Intervenciones Generales han puesto de manifiesto el más que frecuente fraccionamiento del objeto de contratos para adecuar los expedientes a los requisitos fijados por la ley en la contratación menor. No obstante, y pese a la importancia de esta forma de contrato, sigue existiendo un enorme margen de interpretación en aspectos determinantes de su calificación como tal, su importe y duración, particularmente apreciable en los supuestos de fraccionamiento del objeto del contrato.

La finalidad para la que se creó el contrato menor, y su misión inherente de ganar en sencillez y rapidez para una mejor gestión, ha forzado que quede dibujado en la Norma de una manera esquemática y libre de muchos de los trámites exigibles a otras formas de contratación, incluso en materia de fiscalización (exención de fiscalización previa), constituyendo una verdadera anormalidad. En este contexto de flexibilidad –más o menos acotada- se consolidaron entre los gestores públicos modos de operar contrarios al espíritu original de su nacimiento, constituyéndose como común moneda de cambio burdas ilegalidades –como la reiteración de terceros en prórrogas implícitas de contratos menores- o fraudes de ley, perjudicando la competencia con nefastas consecuencias en los precios a medio y largo plazo. Precisamente entre esos fraudes de ley hay que destacar el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato para mantener el valor del expediente de contratación bajo los umbrales legales de la contratación menor.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Desconocemos si la figura del menor pervivirá en el largo plazo. Desde luego es nítido el interés de la Unión Europea por consagrar el principio de la competencia entre empresas como garantía fundamental de eficiencia y de que el mercado no se verá distorsionado vía precios, particularmente por la contratación pública dado su enorme volumen (el peso del gasto público en Andalucía en el ejercicio 2013 fue

¹³ Aranda Plaza, S., González Romera, M^a A. y Tena Ruíz, J. (2012): *Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público. Normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*. Las Rozas (Madrid): La Ley-Wolters Kluwer España.

del 18% del PIB¹⁴). Habiendo constatado que la contratación menor es campo abonado para prácticas irregulares, lo que queda particularmente a las claras en los numerosos casos de fraccionamiento ilícito del objeto del contrato publicados, el legislador debe cuestionarse hoy su propia existencia, comprometida por el espíritu de las normas europeas. Pero con mucha más inmediatez éste ha de revisar sus requisitos de tramitación y fiscalización. Es urgente tomar medidas para que los órganos de contratación entiendan, de una vez por todas, que el recurso a la contratación menor por razón del importe debe ser una rareza de la que no cabe abuso.

BIBLIOGRAFÍA/WEBGRAFÍA

- Agencia Efe (07 de febrero de 2011): Las deficiencias en la contratación pública cuestan 3.000 millones a las arcas públicas, según la CNC. *Expansión*. (En línea). Recuperado de: <http://www.expansion.com/2011/02/07/funcion-publica/1297095899.html>
- Aranda Plaza, S., González Romera, M^a A. y Tena Ruíz, J. (2012): *Texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público. Normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*. Las Rozas (Madrid): La Ley-Wolters Kluwer España.
- Carbonero Gallardo, M. (2010). *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Granada.
- García Sánchez, Isabel M^a (2007): La nueva gestión pública: evolución y tendencias. *Presupuesto y Gasto Público*, n^o 47. Pps. 37-64. (En línea). Recuperado de: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/47_GarciaSanchez.pdf
- Blanco Pérez, F. (2011): El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento. *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n^o 111. (En línea). Recuperado de: <https://ecatalunya.gencat.cat/eCatRepository/download?fileId=40280e8c3dc3f8fe013dcaef9f0102b5>
- Candela Talavero, J. E. (2011): El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor. *Auditoría Pública*, n^o 53. (PDF). Recuperado de: <http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/pag%2085%20a%2094.pdf>

¹⁴ Europa Press (09 agosto 2014): “Andalucía es de las mayores CCAA por gasto público sobre el PIB pero la de menos gasto público por habitante”. *Europa Press - Noticias*. Recuperado en: <http://www.europapress.es/andalucia/sevilla-00357/noticia-andalucia-mayores-ccaa-gasto-publico-pib-menos-gasto-publico-habitante-20140809115320.html>

- Comisión Europea (2011): *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente.* (PDF). Recuperado de: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>
- Comisión Europea (1996): *Libro verde, la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro.* (PDF). Recuperado de: <http://es.scribd.com/doc/13851909/Libro-Verde-Contratacion-UE#scribd>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2009): *Guía sobre Contratación Pública y Competencia.* (PDF). España. Recuperado de: http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2015): *PRO/CNMC/001/15: Análisis de la contratación pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia.* (PDF). Recuperado de: http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf
- IGAE, Ministerio de Economía y Hacienda (2009): *Informe general sobre los principales resultados de la ejecución de los planes de control financiero permanente y auditoría pública del ejercicio 2008.* (PDF). Recuperado de: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/09%2012%2003%20Informe%20CM%20%20plan%202008.pdf>
- Llinares Cervera, Pedro (2009): Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la luz del Derecho comunitario, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm.82. (En línea). Recuperado en: <http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/212179>
- Razquín Lizárraga, Martín María (2011): La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales. *Revista de Administración Pública*, n° 186. (PDF). Recuperado de: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1282&IDA=36258>
- Yáñez Sánchez, Guillermo (2009): Los contratos menores y la publicidad y concurrencia de empresas. *Comunidad de prácticas de la contratación pública.* (PDF). Recuperado de: http://api.ning.com/files/17StHKe5zK4rknkD*Ou8CvDAzjC-KWt7j55PLXFG*sU0Q*3xZaNqzcDS-LAZPPmTQk5M*LSPoEFz5QcW*tAk4nHtMWPPhgrn/Loscontratosmenoresylapublicidadyconcurrenciadeempres.pdf

- ción Pública del Instituto Nacional de Administración Pública n° 7 (2012).
- LLOMPERT BENNÀSSAR, M. “*El recibo de salario en formato electrónico*”. Revista Doctrinal Aranzadi Social n° 2 (2007), Ed. Thomson Reuters Aranzadi (BIB 2007\1352).
- NIETO ROJAS, P. en “*El recibo de salario en formato electrónico*”, Revista de la Contratación Electrónica n° 114 (2011), Ed. Dykinson.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: “*Derecho de la Función Pública*”. Ed. Tecnos, 8ª ed. (2014).
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “*Entrega del recibo de salarios en papel*”. Revista Aranzadi Doctrinal, n° 11 (2012), Ed. Thomson Reuters Aranzadi (BIB 2012\978).

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea Año 2015 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que se refiere a los Asuntos Generales de la Unión Europea, se confirma la participación de Italia en una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria (DOUE L 256, 1.10.2015, p. 19).

En los Asuntos Financieros, se modifican, el Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (DOUE L 286, 30.10.2015, p. 1), el Reglamento Delegado (UE) n° 110/2014 de la Comisión sobre el Reglamento Financiero tipo para los organismos de las colaboraciones público-privadas a que se hace referencia en el artículo 209 del Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 342, 29.12.2015, p. 1) y el Reglamento Delegado (UE) n° 1268/2012, sobre las normas de desarrollo del Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (DOUE L 342, 29.12.2015, p. 7).

Se adoptan dos decisiones, una relativa al reglamento interno del panel a que se refiere el artículo 108 del Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 342, 29.12.2015, p. 57) y otra por la que se autoriza a España para no tomar en consideración determinadas clases de operaciones en el cálculo de la base de los recursos propios procedentes del IVA (DOUE L 312, 27.11.2015, p. 23), y se modifica la Decisión 1999/352/CE, CEEA, Euratom, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 148).

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 3º cuatrimestre de 2015.

También se adoptan una serie de decisiones relativas a la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, así la solicitud EGF/2015/003 BE/Ford Genk, de Bélgica (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 24), la solicitud EGF/2015/004 IT/Alitalia, de Italia (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 26), la solicitud EGF/2015/002 DE/Adam Opel, de Alemania (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 28), la solicitud EGF/2015/005 FI/Computer programming de Finlandia (DOUE L 339, 24.12.2015, p. 44), la solicitud de Irlanda — EGF/2015/006 IE/PWA International (DOUE L 339, 24.12.2015, p. 46). Igualmente se adopta una decisión relativa a la movilización del Fondo de Solidaridad de la UE (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 30), y otra relativa a la movilización del Instrumento de Flexibilidad para medidas presupuestarias inmediatas en el marco de la Agenda Europea de Migración (DOUE L 318, 4.12.2015, p. 36)

En relación con los Asuntos Institucionales, en este cuatrimestre de 2015, se prorrogan y eliminan progresivamente las medidas de inobservancia transitoria del Reglamento no 1, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea y el Reglamento no 1, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, introducidas por el Reglamento (CE) n° 920/2005 (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 1).

En relación con el Consejo, se modifica su Reglamento interno (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 133) y se delega en el secretario general del Consejo la competencia para expedir salvoconductos a miembros, funcionarios y otros agentes del Consejo Europeo y del Consejo, así como a solicitantes especiales a tenor del anexo II del Reglamento (UE) n° 1417/2013, y por la que se deroga la Decisión 2005/682/CE, Euratom (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 42).

En lo que se refiere al Parlamento Europeo, se adopta normativa sobre disposiciones detalladas relativas al sistema de número de registro aplicable al registro de partidos políticos europeos y fundaciones políticas europeas e información facilitada por extractos normalizados del Registro (DOUE L 318, 4.12.2015, p. 28) y sobre el contenido y el funcionamiento del Registro de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 50). Se modifica la Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2004, por la que se establecen las normas de ejecución del Reglamento (CE) n° 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea (DOUE C 428, 19.12.2015, p. 1) y se modifican también las Medidas de aplicación del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo (DOUE C 397, 28.11.2015, p. 2; DOUE C 435, 24.12.2015, p. 6)

En lo que respecta al Tribunal de Justicia, se modifica el Protocolo no 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (DOUE L 341, 24.12.2015, p. 14), y se nombra a cuatro jueces y a un abogado general del Tribunal de Justicia, a D. Manuel Campos Sánchez-Bordona (DOUE L 244, 19.09.2015, p. 58).

También se nombra a los miembros del Comité Económico y Social Europeo para el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2015 y el 20 de septiembre de 2020 (DOUE L 248, 24.09.2015, p. 53; DOUE L 260, 7.10.2015, p. 23), y como consecuencia de las elecciones autonómicas en España, se nombra a dos miembros españoles del Comité de las Regiones, D. Pedro Antonio Sánchez López, Presidente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y D. José Ignacio Ceniceros González, Presidente de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja (DOUE L 245, 22.09.2015, p. 8), se nombra a un suplente español del Comité de las Regiones, Doña Begoña Martínez Arregui, Consejera de Presidencia, Relaciones Institucionales y Acción Exterior del Gobierno de La Rioja (DOUE L 258, 3.10.2015, p. 10), se nombra a cinco miembros y cinco suplentes españoles del Comité de las Regiones, como miembros, a: D^a Miren Uxue Barcos Berruezo, presidenta de la Comunidad Foral de Navarra; D^a Cristina Cifuentes Cuencas, presidenta de la Comunidad de Madrid; D. Guillermo Fernández Vara, presidente de la Junta de Extremadura; D. Emiliano García-Page Sánchez, presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; D. Ximo Puig I Ferrer, presidente de la Generalidad Valenciana, y como suplentes, a: D^a Rosa Balas Torres, directora general de Acción Exterior de la Junta de Extremadura; D^a Elena Cebrián Calvo, consejera de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural de la Generalidad Valenciana; D. Cruz Fernández Mariscal, director general de Relaciones Institucionales y Asuntos Europeos de la Vicepresidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; D^a Yolanda Ibarrola De La Fuente, directora general de Asuntos Europeos y Cooperación con el Estado de la Comunidad Autónoma de Madrid; D^a Ana Ollo Hualde, consejera de Relaciones Ciudadanas e Institucionales, (DOUE L 260, 7.10.2015, p. 28), se nombra a dos miembros españoles y a tres suplentes españoles del Comité de las Regiones, D^a Francina Armengol i Socias, Presidenta del Gobierno de las Islas Baleares y a D^a Rosa Eva Díaz Tezanos, Vicepresidenta y Consejera de Universidades e Investigación, Medio Ambiente y Política Social del Gobierno de Cantabria; y suplentes del Comité de las Regiones, a: D^a María de Diego Durántez, Viceconsejera de Ordenación del Territorio y Relaciones Institucionales de la Comunidad de Castilla y León; D. Marc Pons i Pons, Consejero de Presidencia del Gobierno de las Islas Baleares y D. Juan José Sota Verdión, Consejero de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Cantabria. (DOUE L 280, 24.10.2015, p. 26), se nombra a un miembro y a un suplente españoles del Comité de las Regiones, D. Fernando Clavijo Batlle, Presidente del Gobierno de Canarias, y

como suplente, a D^a María Luisa de Miguel Anasagasti, Directora General de Asuntos Económicos con la Unión Europea del Gobierno de Canarias (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 144).

Finalmente, en esta materia, se crea un Consejo Fiscal Europeo consultivo independiente (DOUE L 282, 28.10.2015, p. 37)

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En los ámbitos de la Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, se modifica el Reglamento (CE) n^o 515/97 del Consejo relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria (DOUE L 243, 18.09.2015, p. 1), se completa el Reglamento (UE) n^o 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo con normas de desarrollo relativas a determinadas disposiciones del Código Aduanero de la Unión (DOUE L 343, 29.12.2015, p. 1), se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) n^o 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el código aduanero de la Unión (DOUE L 343, 29.12.2015, p. 558), se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n^o 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 285, 30.10.2015, p. 1) y la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada, experimenta numerosas modificaciones, como suele ser habitual (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 3; DOUE L 252, 29.09.2015, p. 5; DOUE L 252, 29.09.2015, p. 7; DOUE L 260, 7.10.2015, p. 1; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 14; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 16; DOUE L 321, 5.12.2015, p. 6; DOUE L 321, 5.12.2015, p. 8; DOUE L 321, 5.12.2015, p. 10; DOUE L 328, 12.12.2015, p. 50; DOUE L 328, 12.12.2015, p. 52; DOUE L 328, 12.12.2015, p. 55; DOUE L 328, 12.12.2015, p. 57; DOUE L 328, 12.12.2015, p. 60; DOUE L 328, 12.12.2015, p. 62; DOUE L 328, 12.12.2015, p. 65; DOUE L 331, 17.12.2015, p. 3; DOUE L 339, 24.12.2015, p. 40).

También se modifica el Reglamento (UE) n^o 1388/2013 relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios autónomos de la Unión para determinados productos agrícolas e industriales (DOUE L 345, 30.12.2015, p. 1), se suspenden los derechos autónomos del arancel aduanero común sobre algunos productos agrícolas e industriales (DOUE L 345, 30.12.2015, p. 11) y se modifica el Reglamento (CEE) n^o 2454/93, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplica-

ción del Reglamento (CEE) n° 2913/92 del Consejo, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario, en lo que respecta al vidrio solar destinado a la transformación en el marco del régimen de transformación bajo control aduanero (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 12).

En lo que respecta a la Política Comercial, la celebración de Tratados internacionales suele ser un elemento fundamental de la misma, en este cuatrimestre, se establecen, la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea, en la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, sobre la adhesión de Liberia a la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 44), la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité de Contratación Pública con respecto a la adhesión de la República de Moldavia al Acuerdo revisado sobre Contratación Pública (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 144), y la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el Comité de Contratación Pública con respecto a la adhesión de Ucrania al Acuerdo revisado sobre Contratación Pública (DOUE L 288, 4.11.2015, p. 14)

También se decide la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo de enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 1 y 3), la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Consejo del Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio acerca de la aprobación del trato preferencial notificado por los miembros de dicha Organización que no sean la Unión y sus Estados miembros, con respecto a los servicios y los proveedores de servicios de los países miembros menos adelantados, sobre la aplicación de medidas distintas de las descritas en el artículo XVI del AGCS (DOUE L 245, 22.09.2015, p. 6), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Consejo de los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y en el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio en lo que respecta a la petición de los países menos adelantados miembros de que se les conceda una prórroga del período de transición de conformidad con el artículo 66, apartado 1, del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, en relación con determinadas obligaciones relativas a los productos farmacéuticos, y una exención de las obligaciones del artículo 70, apartados 8 y 9, de dicho Acuerdo (DOUE L 271, 16.10.2015, p. 33), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio sobre la solicitud de exención de la OMC presentada por Estados Unidos para prorrogar el programa AGOA (DOUE L 283, 29.10.2015, p. 9), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo del Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio para notificar el

trato preferencial que la Unión tiene intención de conceder a los servicios y los proveedores de servicios de los países miembros menos adelantados y solicitar la aprobación del trato preferencial que va más allá del acceso al mercado (DOUE L 305, 21.11.2015, p. 47), la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el seno de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio 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 y las reclamaciones en casos en que existe otra situación (DOUE L 317, 3.12.2015, p. 33) y se decide la celebración del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra (DOUE L 307, 25.11.2015, p. 2)

En esta materia se establecen procedimientos de la Unión en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Unión en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 272, 16.10.2015, p. 1), se sustituye el apéndice del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Económica Europea y el Principado de Andorra, relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa [2015/2468] (DOUE L 344, 30.12.2015, p. 15), se modifica el Reglamento (UE) n° 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las modalidades de aplicación del artículo 8 contempladas en el anexo VI de dicho Reglamento (DOUE L 289, 5.11.2015, p. 1) y se modifican los anexos II, III 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 289, 5.11.2015, p. 3).

Igualmente, se modifica el Reglamento (CE) n° 428/2009 del Consejo, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso (DOUE L 340, 24.12.2015, p. 1), se establece el régimen de gestión y distribución de los contingentes textiles aplicables en el año 2016 con arreglo al Reglamento (UE) 2015/936 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 305, 21.11.2015, p. 35), y se modifica el Reglamento (CE) n° 1215/2009 del Consejo, por el que se introducen medidas comerciales excepcionales para los países y territorios participantes o vinculados al Proceso de estabilización y asociación de la Unión Europea y por el que se suspende su aplicación en Bosnia y Herzegovina (DOUE L 341, 24.12.2015, p. 18)

Además se adoptan reglamentos relativos a, la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de importación de la Unión de carne de porcino fresca y

congelada originaria de Ucrania (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 51), la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de importación de la Unión de huevos, ovoproductos y albúminas originarios de Ucrania (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 57), la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de importación de la Unión de carne de aves de corral originaria de Ucrania (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 63), la apertura y modo de gestión de un contingente arancelario de importación de la Unión de carne de vacuno fresca y congelada originaria de Ucrania (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 71), la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de importación de determinados cereales originarios de Ucrania (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 81), la apertura y modo de gestión de los contingentes arancelarios de la UE para los productos agrícolas originarios de Ucrania (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 89)

Se modifican, el Reglamento (CE) n° 2535/2001 en lo que atañe a la gestión de los contingentes arancelarios de importación de productos lácteos originarios de Ucrania y a la supresión de un contingente arancelario de importación de productos lácteos originarios de la República de Moldavia (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 77), y el anexo I del Reglamento (UE) n° 649/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (DOUE L 317, 3.12.2015, p. 13)

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En la Política Agrícola, en sus aspectos internacionales se decide la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto Veterinario creado en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas, por lo que respecta a la Decisión no 1/2015 relativa a la modificación de los apéndices 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10 y 11 del anexo 11 del Acuerdo (DOUE L 337, 23.12.2015, p. 128). El Comité Mixto de Agricultura decide la modificación de los apéndices 1 y 2 del anexo 9 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas [2015/2292] (DOUE L 323, 9.12.2015, p. 29).

En relación con los asuntos más generales, los Fondos, las restituciones, las compraventas y la intervención, se establecen la forma y el contenido de la información contable que debe presentarse a la Comisión con vistas a la liquidación de cuentas del FEAGA y del Feader, así como con fines de seguimiento y elaboración de previsiones (DOUE L 240, 16.09.2015, p. 13), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 908/2014 en lo que atañe a las declaraciones de gastos, la liquidación de con-

formidad y el contenido de las cuentas anuales (DOUE L 316, 2.12.2015, p. 2), se establece una excepción, para el año de solicitud 2015, al artículo 75, apartado 1, párrafo tercero, del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe al nivel de los anticipos de los pagos directos y las medidas de desarrollo rural relacionadas con la superficie y con los animales, y al artículo 75, apartado 2, párrafo primero, de dicho Reglamento, en lo que atañe a los pagos directos (DOUE L 256, 1.10.2015, p. 9) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 809/2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al sistema integrado de gestión y control, las medidas de desarrollo rural y la condicionabilidad (DOUE L 329, 15.12.2015, p. 1)

Se decide también sobre el reembolso, con arreglo al artículo 26, apartado 5, del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de los créditos prorrogados del ejercicio 2015 (DOUE L 303, 20.11.2015, p. 7), se completa el Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo con disposiciones específicas sobre la notificación de irregularidades respecto del Fondo Europeo Agrícola de Garantía y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1848/2006 de la Comisión (DOUE L 293, 10.11.2015, p. 6), se establece la frecuencia y el formato de la notificación de irregularidades, relativas al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), de conformidad con el Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 293, 10.11.2015, p. 23), se fijan, para el ejercicio contable 2016 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 268, 15.10.2015, p. 7) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/220, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 97)

En esta materia, se modifica igualmente el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1366/2014, por el que se publica la versión de 2015 de la nomenclatura de los productos agrarios para las restituciones por exportación establecida en el Reglamento (CEE) n° 3846/87 (DOUE L 324, 10.12.2015, p. 9), se establece una ayuda excepcional de carácter temporal para los productores de los sectores ganaderos (DOUE L 271, 16.10.2015, p. 25), se modifica y corrige la Decisión de Ejecución (UE) 2015/144, por la que se establecen los procedimientos para la presentación de las solicitudes de subvención y las solicitudes de pago, y la información sobre los mismos, en lo que respecta a las medidas de emergencia contra las enfermedades de los animales a que se hace referencia en el Reglamento (UE) n° 652/2014 del Parlamento

Europeo y del Consejo (DOUE L 300, 17.11.2015, p. 44), se excluyen de la financiación de la Unión Europea determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L 303, 20.11.2015, p. 35), se modifican los Reglamentos (CE) n° 546/2003, (CE) n° 1342/2003, (CE) n° 952/2006, (CE) n° 826/2008, (CE) n° 1295/2008, (CE) n° 1296/2008, (UE) n° 1272/2009, (UE) n° 738/2010 y los Reglamentos de Ejecución (UE) n° 543/2011 y (UE) n° 511/2012 en lo que respecta a las obligaciones de notificación en el marco de la organización común de mercados agrícolas (DOUE L 292, 10.11.2015, p. 4), se completa el Reglamento (UE) n° 1144/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre acciones de información y de promoción relativas a productos agrícolas en el mercado interior y en terceros países (DOUE L 266, 13.10.2015, p. 3), se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n° 1144/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acciones de información y de promoción relativas a productos agrícolas en el mercado interior y en terceros países (DOUE L 266, 13.10.2015, p. 14) y se corrige el Reglamento (CE) n° 1235/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 289, 5.11.2015, p. 6).

Además se modifica el Reglamento (CE) n° 1235/2008 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 330, 16.12.2015, p. 29), se establecen excepciones a los Reglamentos (CE) n° 2305/2003, (CE) n° 969/2006, (CE) n° 1067/2008 y al Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2081, al Reglamento (CE) n° 1964/2006 y al Reglamento de Ejecución (UE) n° 480/2012, y al Reglamento (CE) n° 1918/2006, en lo que respecta a las fechas para la presentación de solicitudes y la expedición de certificados de importación en 2016 en el marco de los contingentes arancelarios de cereales, arroz y aceite de oliva, y por el que se establecen excepciones al Reglamento (CE) n° 951/2006 en lo que respecta a las fechas de expedición de certificados de exportación en 2016 en los sectores del azúcar y la isoglucosa producidos al margen de cuota (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 46), y se adopta un reglamento relativo a la concesión de un acceso ilimitado libre de derechos a la Unión en 2016 para determinadas mercancías originarias de Noruega resultantes de la transformación de productos agrícolas regulados por el Reglamento (UE) n° 510/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 10).

En relación con la regulación de productos, vegetales, cereales, y hortalizas, se modifica el Reglamento (CE) n° 1238/95 en lo que respecta a las tasas que deben pa-

garse a la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (DOUE L 314, 1.12.2015, p. 22), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 en lo que respecta a los volúmenes que activan la imposición de derechos adicionales a determinadas frutas y hortalizas (DOUE L 318, 4.12.2015, p. 23), se completa el Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las solicitudes de certificados de importación, el despacho a libre práctica y la prueba del refinado de productos del sector del azúcar del código NC 1701 en el marco de acuerdos preferenciales, para las campañas de comercialización 2015-2016 y 2016-2017, y que modifica los Reglamentos (CE) n° 376/2008 y (CE) n° 891/2009 (DOUE L 242, 18.09.2015, p. 1) y se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la importación y el refinado de productos del sector del azúcar del código NC 1701 en el marco de acuerdos preferenciales, para las campañas de comercialización 2015-2016 y 2016-2017 (DOUE L 242, 18.09.2015, p. 30).

En cuanto a la regulación vinícola, se modifica 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 esas prácticas en los registros del sector vitivinícola (DOUE L 246, 23.09.2015, p. 1), y se modifica el Reglamento (CE) n° 555/2008, por el que se establecen normas de desarrollo del Reglamento (CE) n° 479/2008 del Consejo, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, en lo relativo a los programas de apoyo, el comercio con terceros países, el potencial productivo y los controles en el sector vitivinícola (DOUE L 290, 6.11.2015, p. 9).

En el sector del aceite, se modifica el Reglamento (CEE) n° 2568/91 relativo a las características de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva y sobre sus métodos de análisis (DOUE L 266, 13.10.2015, p. 9; DOUE L 266, 13.10.2015, p. 29).

También se modifican los anexos I y II de la Directiva 66/402/CEE del Consejo, relativa a la comercialización de las semillas de cereales (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 142), se derogan la Directiva 76/621/CEE del Consejo, relativa a la determinación del porcentaje máximo de ácido erúico en los aceites y grasas, y el Reglamento (CE) n° 320/2006 del Consejo, por el que se establece un régimen temporal para la reestructuración del sector del azúcar (DOUE L 327, 11.12.2015, p. 23), y se decide la ampliación del período de aplicación de la Decisión de Ejecución 2013/413/UE de la Comisión, por la que se autoriza a los Estados miembros a conceder excepciones a determinadas disposiciones de la Directiva 2000/29/CE del Consejo en relación con las patatas originarias de las regiones de Akkar y Bekaa del Líbano que no sean patatas de siembra (DOUE L 300, 17.11.2015, p. 43).

Se adoptan decisiones relativas a, las medidas para evitar la introducción y propagación en la Unión de organismos nocivos por lo que respecta a determinadas hortalizas originarias de Ghana (DOUE L 268, 15.10.2015, p. 33), por la que se declaran libres de *Agrilus planipennis* Fairmaire determinadas zonas de los Estados Unidos de América (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 128), y por la que se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2015/789 en lo que se refiere a las medidas para prevenir la introducción y propagación dentro la Unión de *Xylella fastidiosa* (Wells et al.) (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 143), por la que se modifica la Decisión de Ejecución 2014/237/UE, relativa a las medidas para evitar la introducción y propagación en la Unión de organismos nocivos por lo que respecta a determinadas frutas y hortalizas originarias de la India (DOUE L 334, 22.12.2015, p. 61)

En cuanto a la regulación de los sectores ganaderos y de aves de corral, los piensos destinados a la alimentación animal suelen ser objeto de regulación. Así 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 249, 25.09.2015, p. 7) y por lo que respecta a la lista de piensos y alimentos de origen no animal cuya importación está sujeta a controles oficiales más intensos (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 57). Se establece el sistema de asistencia y cooperación administrativas («sistema ACA») con arreglo al Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales (DOUE L 280, 24.10.2015, p. 31).

En esta materia se modifica el Reglamento (CE) n° 1831/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo para establecer un nuevo grupo funcional de aditivos para piensos (DOUE L 324, 10.12.2015, p. 3). Se adopta normativa relativa a la autorización de: los preparados de *Lactobacillus plantarum* NCIMB 30238 y *Pediococcus pentosaceus* NCIMB 30237 como aditivo en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 231, 4.09.2015, p. 1), del bisulfito sódico de menadiona y del bisulfito de menadiona nicotinamida como aditivos en piensos para todas las especies animales (DOUE L 326, 11.12.2015, p. 49), del preparado de carvacrol, cinamaldehído y oleoresina de *Capsicum* como aditivo en piensos para pollos de engorde (titular de la autorización Pancosma France S.A.S.) (DOUE L 231, 4.09.2015, p. 4), de un preparado de endo-1,4-beta-xilanas y de endo-1,3(4)-beta-glucanas producidas por *Talaromyces versatilis* sp. nov. (IMI CC 378536) y por *Talaromyces versatilis* sp. nov. (DSM 26702) como aditivo para la alimentación animal de pavos de engorde y pavos destinados a la reproducción (titular de la autorización, Adisseo France S.A.S.)

(DOUE L 326, 11.12.2015, p. 39), del preparado de α -galactosidasa (EC 3.2.1.22) producida por *Saccharomyces cerevisiae* (CBS 615.94) y endo-1,4- α -glucanasa (EC 3.2.1.4) producida por *Aspergillus niger* (CBS 120604) como aditivo alimentario para gallinas ponedoras y especies menores de aves de corral ponedoras (titular de la autorización: Kerry Ingredients and Flavours) (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 54), del preparado de endo-1,4-beta-glucanasa (EC 3.2.1.4) producido por *Trichoderma citrinoviride* Bisset (IM SD142) como aditivo en piensos para pollos de engorde, especies menores de aves de corral de engorde y lechones destetados, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 2148/2004 y (CE) n° 1520/2007 (titular de la autorización, Huvepharma NV) (DOUE L 326, 11.12.2015, p. 43), de la cantaxantina como aditivo en piensos para determinadas categorías de aves de corral, peces ornamentales y aves ornamentales (DOUE L 229, 3.09.2015, p. 5), del clorhidrato monohidrato de L-cisteína como aditivo en los piensos para gatos y perros (DOUE L 326, 11.12.2015, p. 46) y se corrige el anexo del Reglamento (UE) n° 26/2011, relativo a la autorización de la vitamina E como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 256, 1.10.2015, p. 7).

Se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 183/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los análisis para la detección de dioxinas en aceites, grasas y sus productos derivados (DOUE L 278, 23.10.2015, p. 5), y el Reglamento (UE) n° 37/2010 se modifica reiteradamente, por lo que respecta a la sustancia «virginiamicina» (DOUE L 231, 4.09.2015, p. 7), a la sustancia «tilvalosina» (DOUE L 231, 4.09.2015, p. 10), a la sustancia «éter monoetilico de dietilenglicol» (DOUE L 265, 10.10.2015, p. 1), y a la sustancia «sisapronilo» (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 7).

También se modifica reiteradamente el Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, así el anexo IV en lo relativo a los límites máximos de residuos de ácido cáprico, aceite de parafina (CAS 64742-46-7), aceite de parafina (CAS 72623-86-0), aceite de parafina (CAS 8042-47-5), aceite de parafina (CAS 97862-82-3), polisulfuro de calcio y urea en determinados productos (DOUE L 249, 25.09.2015, p. 14), los anexos III y V por lo que respecta a los límites máximos de residuos de guazatina en determinados productos (DOUE L 280, 24.10.2015, p. 2), y los anexos II y III por lo que respecta a los límites máximos de residuos de abamectina, desmedifam, diclorprop-P, haloxifop-P, orizalina y fenmedifam en determinados productos (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 15).

Igualmente se autoriza la comercialización de determinados productos, en este sentido se autoriza con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo: la comercialización de productos que estén compuestos de

maíz modificado genéticamente NK603 × T25 (MON-ØØ6Ø3-6 × ACS-ZMØØ3-2), lo contengan o se hayan producido a partir de él, (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 58), y la comercialización de productos que contienen el maíz modificado genéticamente MON 87427 (MON-87427-7), están compuestos de dicho maíz o se han producido a partir de él (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 67).

Por otra parte, se abre el almacenamiento privado de carne de porcino y se fija por anticipado el importe de la ayuda (DOUE L 329, 15.12.2015, p. 10), se modifica el Reglamento (CE) n° 1484/95 en lo que atañe a la fijación de los precios representativos en los sectores de la carne de aves de corral, de los huevos y de la ovalbúmina (DOUE L 249, 25.09.2015, p. 5; DOUE L 284, 30.10.2015, p. 98; DOUE L 312, 27.11.2015, p. 1; DOUE L 332, 18.12.2015, p. 50) y el Reglamento (CE) n° 798/2008 en lo que se refiere a las importaciones y el tránsito de partidas únicas de menos de 20 unidades de aves de corral distintas de las ratites, de huevos para incubar y de pollitos de un día de las mismas (DOUE L 321, 5.12.2015, p. 23).

Se modifica la Decisión 93/195/CEE en lo relativo a las condiciones zoonositarias y de certificación veterinaria necesarias para la reintroducción de caballos registrados para participar en carreras, concursos hípicas y actos culturales, después de su exportación temporal a México y a los Estados Unidos de América, y que modifica el anexo I de la Decisión 2004/211/CE en lo relativo a la entrada correspondiente a México en la lista de terceros países y partes de los mismos desde los que se autorizan importaciones a la Unión de équidos vivos y su esperma, sus óvulos y sus embriones (DOUE L 324, 10.12.2015, p. 38).

Además, en materia sanitaria, se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano, por lo que se refiere a determinados requisitos para los moluscos bivalvos, los equinodermos, los tunicados y los gasterópodos marinos vivos, así como el anexo I del Reglamento (CE) n° 2073/2005, relativo a los criterios microbiológicos aplicables a los productos alimenticios (DOUE L 323, 9.12.2015, p. 2). Se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/88/CE en lo que respecta a los requisitos de vigilancia y los métodos de diagnóstico (DOUE L 247, 23.09.2015, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 750/2014 con la ampliación del período de aplicación de las medidas de protección frente a la diarrea epidémica porcina (DOUE L 256, 1.10.2015, p. 5), se modifica la Decisión de Ejecución 2013/426/UE, relativa a medidas para impedir la introducción en la Unión del virus de la peste porcina africana procedente de terceros países o partes del territorio de terceros países en los que se ha confirmado la pre-

sencia de dicha enfermedad y por la que se deroga la Decisión 2011/78/UE (DOUE L 256, 1.10.2015, p. 17).

En esta materia también se deciden medidas para impedir la introducción en la Unión del virus de la fiebre aftosa procedente de Libia y Marruecos (DOUE L 314, 1.12.2015, p. 60). Se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 798/2008 en lo que respecta a las entradas de Canadá y los Estados Unidos en la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Unión o el tránsito por esta de aves de corral y productos derivados, en relación con los brotes de influenza aviar de alta patogenicidad en estos países (DOUE L 276, 21.10.2015, p. 28), se establecen normas de certificación y un modelo de certificado sanitario para la importación en la Unión de envíos de animales vivos y de productos de origen animal procedentes de Nueva Zelanda y por la que se deroga la Decisión 2003/56/CE (DOUE L 277, 22.10.2015, p. 32), se establecen requisitos normalizados de presentación por los Estados miembros, con vistas a la financiación por la Unión, de los programas nacionales de erradicación, control y vigilancia de determinadas enfermedades de los animales y zoonosis, y por la que se deroga la Decisión 2008/425/CE (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 59) y se modifican, el Reglamento (CE) n° 378/2005 en lo relativo a los informes y las tasas del laboratorio comunitario de referencia y a la lista de laboratorios de su anexo II (DOUE L 257, 2.10.2015, p. 30), así como la Decisión 2009/821/CE en lo relativo a las listas de puestos de inspección fronterizos y de unidades veterinarias de Traces (DOUE L 291, 7.11.2015, p. 6).

En el sector de los productos lácteos y derivados de la ganadería, se modifican los Reglamentos de Ejecución (UE) n° 947/2014 y (UE) n° 948/2014 en lo que respecta al último día de presentación de solicitudes de ayuda al almacenamiento privado de mantequilla y de leche desnatada en polvo (DOUE L 242, 18.09.2015, p. 26), se establecen medidas excepcionales de carácter temporal en el sector de la leche y los productos lácteos en forma de ampliación del período de intervención pública de mantequilla y leche desnatada en polvo en 2015 y de adelanto del período de intervención pública de mantequilla y leche desnatada en polvo en 2016 (DOUE L 242, 18.09.2015, p. 28), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 948/2014 en lo que atañe al período de almacenamiento contractual y al importe de la ayuda que debe concederse para el almacenamiento privado de leche desnatada en polvo (DOUE L 271, 16.10.2015, p. 12) y se abre, con carácter temporal y excepcional, un régimen de ayuda al almacenamiento privado de determinados quesos y se fija por anticipado el importe de la ayuda (DOUE L 271, 16.10.2015, p. 15)

IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, suele ser necesaria para la Unión Europea la celebración de Tratados internacionales de pesca, sobre distintos aspectos de la misma. A estos efectos se adoptan cuatro decisiones relativas a la firma de: del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la Comisión para la Conservación del Atún Rojo del Sur (CCSBT), relativo a la inclusión de la Unión como miembro de la Comisión ampliada del Convenio para la Conservación del Atún Rojo del Sur (DOUE L 234, 8.09.2015, p. 1 y 3), del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de colaboración en materia de pesca entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno Autónomo de Groenlandia, por otra (DOUE L 305, 21.11.2015, p. 1 y 3), del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania por un período de cuatro años (DOUE L 315, 1.12.2015, p. 1 y 3) y del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y la República de Liberia y de su Protocolo de aplicación (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 1 y 3).

Se adoptan también otras cuatro decisiones relativas a la celebración, en nombre de la Unión Europea: del Acuerdo en forma de canje de notas entre la Unión Europea y la Comisión para la Conservación del Atún Rojo del Sur (CCSBT), relativo a la inclusión de la Unión como miembro de la Comisión ampliada del Convenio para la Conservación del Atún Rojo del Sur (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 27), del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la República de Madagascar y la Comunidad Europea (DOUE L 277, 22.10.2015, p. 1), del Protocolo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República de Cabo Verde (DOUE L 277, 22.10.2015, p. 4) y del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República de Guinea Bissau (DOUE L 290, 6.11.2015, p. 1)

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras se adopta un reglamento relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania por un período de cuatro años (DOUE L 315,

1.12.2015, p. 72), otro relativo a la asignación de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo de aplicación del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y la República de Liberia (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 44), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/288 por lo que se refiere al período de inadmisibilidad de las solicitudes de ayuda del Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (DOUE L 321, 5.12.2015, p. 2), se adopta normativa relativa a la apertura y modo de gestión de los contingentes arancelarios autónomos de la Unión de determinados productos pesqueros para el período 2016-2018 (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 4) y se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 1342/2008 del Consejo en lo que respecta a la definición de grupos de artes en determinadas zonas geográficas (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 101)

La protección del medio marino y las cuotas generales de pesca son también objeto de regulación en este cuatrimestre y así se completa el Reglamento (UE) n° 508/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca en lo que se refiere a los criterios para determinar el nivel de la corrección financiera y para aplicar las correcciones financieras a tanto alzado, y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 665/2008 de la Comisión (DOUE L 282, 28.10.2015, p. 2). Se modifica la Decisión de Ejecución 2011/431/UE relativa a la participación financiera de la Unión en los programas de control, inspección y vigilancia de la actividad pesquera de los Estados miembros en 2011 (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 110), también se modifican: el Reglamento (UE) 2015/104 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca (DOUE L 287, 31.10.2015, p. 1), el Reglamento de Ejecución (UE) n° 404/2011 de la Comisión, que establece las normas de desarrollo del Reglamento (CE) n° 1224/2009 del Consejo, por el que se establece un régimen comunitario de control para garantizar el cumplimiento de las normas de la política pesquera común (DOUE L 287, 31.10.2015, p. 6), y el Reglamento (UE) n° 1343/2011 sobre determinadas disposiciones aplicables a la pesca en la zona del Acuerdo CGPM (Comisión General de Pesca del Mediterráneo) (DOUE L 308, 25.11.2015, p. 1).

Por otra parte se establece un plan de descartes para determinadas pesquerías demersales en aguas noroccidentales (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 29), para determinadas pesquerías pelágicas en las aguas suroccidentales (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 36), y para determinadas pesquerías demersales en el mar del Norte y en aguas de la Unión de la división CIEM IIa (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 42).

Se prohíbe la pesca de gallineta nórdica en la zona NAFO 3M por parte de los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L 240, 16.09.2015, p. 1), y la pesca de gallineta nórdica en la zona NAFO 3M por

parte de los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L 240, 16.09.2015, p. 3). Se establecen, para 2016, las posibilidades de pesca para determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces aplicables en el mar Báltico y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1221/2014 y (UE) 2015/104 (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 1), se establecen medidas de conservación de las pesquerías para proteger las zonas de arrecife en aguas bajo la soberanía de Dinamarca en el mar Báltico y el Kattegat (DOUE L 259, 6.10.2015, p. 5), se modifica la Decisión de Ejecución 2012/807/UE de la Comisión por la que se establece un programa específico de control e inspección de las pesquerías pelágicas en las aguas occidentales del Atlántico Nororiental (DOUE L 283, 29.10.2015, p. 13).

También se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2015 a causa de la sobrepesca practicada en años anteriores en otras poblaciones y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/1801 (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 73; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 19), se proroga la exención a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1967/2006 del Consejo en lo que se refiere 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 (*Aphia minuta*) en determinadas aguas territoriales de Italia (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 104). Se modifican, el Reglamento (CE) n° 494/2002 en lo concerniente a la obligación de desembarque (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 20), y el Reglamento (CE) n° 2056/2001 en lo relativo a la obligación de desembarque (DOUE L 277, 22.10.2015, p. 11).

También se modifica la Decisión 2008/866/CE, relativa a las medidas de emergencia para la suspensión de las importaciones de determinados moluscos bivalvos destinados al consumo humano procedentes de Perú, en lo que respecta a su período de aplicación (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 45) y se deroga la Decisión 2008/630/CE, relativa a las medidas de emergencia aplicables a los crustáceos importados de Bangladés y destinados al consumo humano (DOUE L 321, 5.12.2015, p. 58).

En lo que se refiere a las limitaciones de pesca a la flota española, se reducen determinadas cuotas de caballa asignadas a España para 2011 y años siguientes debido a la sobrepesca practicada en 2010 (DOUE L 292, 10.11.2015, p. 1), se prohíbe: la pesca de fletán negro en aguas de la Unión de las zonas IIa y IV y en aguas de la Unión y aguas internacionales de las zonas Vb y VI (DOUE L 251, 26.09.2015, p. 3), la pesca de brótola de fango en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas VIII y IX (DOUE L 317, 3.12.2015, p. 17), de brótola de fango en aguas de la Unión y aguas internacionales de las zonas V, VI y VII (DOUE L 318, 4.12.2015, p. 19), de fletán negro en las zonas NAFO 3LMNO (DOUE L 330, 16.12.2015, p. 12)

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En relación con la Libre Circulación de Personas, Política Social y de Empleo, se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar (DOUE L 263, 8.10.2015, p. 1), se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo de 2014 del Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930, de la Organización Internacional del Trabajo, en lo que respecta a las cuestiones relativas a la política social (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 23) y se adopta una decisión relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015 (DOUE L 268, 15.10.2015, p. 28).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo es completada y desarrollada por variada normativa, así se adopta normativa relativa a la equivalencia del régimen prudencial y de solvencia aplicable a las empresas de seguros y reaseguros en vigor en Suiza sobre la base de su artículo 172, apartado 2, su artículo 227, apartado 4, y su artículo 260, apartado 3, (DOUE L 248, 24.09.2015, p. 95), se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las listas de administraciones regionales y autoridades locales, las exposiciones frente a las cuales tendrán la misma consideración que las exposiciones frente a la administración central con arreglo a la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 3), se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos aplicables en las decisiones de imposición, cálculo y supresión de adiciones de capital (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 5), se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a las desviaciones típicas en relación con los sistemas de nivelación de riesgos sanitarios (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 9), se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos y las plantillas para la presentación de información al supervisor de grupo, así como para el intercambio de información entre las autoridades de supervisión (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 11), se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos de evaluación de las evaluaciones de crédito externas (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 16), se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al índice de acciones para el ajuste simétrico del requisito estándar de capital propio

(DOUE L 295, 12.11.2015, p. 18), se establecen normas técnicas de ejecución en relación con los factores ajustados para calcular el capital obligatorio por riesgo de divisa de las monedas vinculadas al euro (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 21), se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las plantillas para la presentación de información a las autoridades de supervisión (DOUE L 347, 31.12.2015, p. 1), se establecen normas técnicas de ejecución relativas a las plantillas y la estructura de la divulgación de información específica por las autoridades de supervisión (DOUE L 347, 31.12.2015, p. 1224), y se establecen normas técnicas de ejecución relativas a los procedimientos, formatos y plantillas del informe sobre la situación financiera y de solvencia (DOUE L 347, 31.12.2015, p. 1285)

Se decide sobre la equivalencia provisional de los regímenes de solvencia en vigor en Australia, Bermudas, Brasil, Canadá, México y los Estados Unidos, aplicables a las empresas de seguros y de reaseguros con domicilio social en esos países (DOUE L 323, 9.12.2015, p. 22), se modifica el Reglamento (CE) n° 809/2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a determinados aspectos de los folletos y la publicidad (DOUE L 249, 25.09.2015, p. 1). Se modifica el Reglamento (CE) n° 1569/2007, por el que se establece un mecanismo para la determinación de la equivalencia de las normas de contabilidad aplicadas por emisores de valores de terceros países, con arreglo a las Directivas 2003/71/CE y 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 249, 25.09.2015, p. 3).

También se modifica la Decisión 2008/961/CE, sobre el uso, por parte de los emisores de valores de terceros países, de las normas nacionales de contabilidad de determinados terceros países y de las normas internacionales de información financiera para elaborar sus estados financieros consolidados (DOUE L 249, 25.09.2015, p. 26), se completa la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo a través de normas técnicas de regulación en las que se especifican las definiciones de las concentraciones de riesgos y las operaciones intragrupo y se coordina su supervisión adicional (DOUE L 326, 11.12.2015, p. 34), y se modifica la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 330, 16.12.2015, p. 14).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes es frecuente la celebración de Tratados internacionales, así se adoptan tres decisiones, una sobre la posición que, en el

68 o período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino y en el 95o período de sesiones del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional, deberá adoptarse en nombre de la Unión Europea a propósito de la adopción de las enmiendas al Convenio MARPOL, al Convenio SOLAS y a las Directrices de 2009 sobre los sistemas de depuración de los gases de escape (DOUE L 240, 16.09.2015, p. 61), otra por la que se establece la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en la 12a Asamblea General de la Organización Intergubernamental de Transportes Internacionales por Ferrocarril sobre determinadas modificaciones del Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril y de sus apéndices (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 43) y una tercera relativa a la posición que han de adoptar los Estados miembros, en nombre de la Unión Europea, en relación con las decisiones que haya de adoptar la Comisión permanente de Eurocontrol sobre las funciones y tareas de Eurocontrol, y sobre los servicios centralizados (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 136).

En relación a los transportes aéreos, se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea (DOUE L 299, 14.11.2015, p. 1), se modifican: el Reglamento (UE) n° 1321/2014 en lo que se refiere a la armonización de las normas de mantenimiento de la aeronavegabilidad con el Reglamento (CE) n° 216/2008, a las tareas críticas de mantenimiento y a la supervisión del mantenimiento de la aeronavegabilidad de la aeronave (DOUE L 241, 17.09.2015, p. 16), el Reglamento (UE) 2015/1998 en lo que se refiere a los terceros países a los que se reconoce la aplicación de normas de seguridad equivalentes a las normas básicas comunes sobre la seguridad de la aviación civil (DOUE L 334, 22.12.2015, p. 5) y el Reglamento (UE) n° 965/2012 en lo que se refiere a los requisitos relativos a los registradores de vuelo, los dispositivos de localización submarina y los sistemas de seguimiento de aeronaves (DOUE L 330, 16.12.2015, p. 1). Se decide el nombramiento del presidente del Consejo de Administración de la Red, sus miembros y suplentes para las funciones de la red de gestión del tránsito aéreo para el segundo período de referencia (2015-2019) (DOUE L 316, 2.12.2015, p. 9) y se decide la aprobación, de conformidad con el artículo 19 del Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de las normas de distribución del tráfico modificadas para los aeropuertos de Milán Malpensa, Milán Linate y Orio al Serio (Bérgamo) (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 124)

En cuanto al transporte marítimo y fluvial, se decide la posición que deberá adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Comité europeo para la elaboración de normas de navegación interior (CESNI) y en la sesión plenaria de la Comisión Central para la Navegación en el Rin (CCNR) sobre la adopción de una norma referente a las prescripciones técnicas aplicables a las embarcaciones de na-

vegación interior (DOUE L 307, 25.11.2015, p. 25), se modifica el anexo II de la Directiva 2000/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre instalaciones portuarias receptoras de desechos generados por buques y residuos de carga (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 99) y se adopta una decisión relativa a la información y documentación sobre la solicitud para la inclusión en la lista europea de instalaciones de reciclado de buques de una instalación situada en un tercer país (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 145)

Respecto al transporte ferroviario, se modifica la Decisión 2009/965/CE en lo que respecta a la actualización de la lista de parámetros que deberán utilizarse para clasificar las normas nacionales (DOUE L 324, 10.12.2015, p. 15)

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En lo que se refiere a los derechos compensatorios y antidumping, se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinados alambres de acero inoxidable originarios de la India a raíz de una nueva investigación por absorción en virtud del artículo 12 del Reglamento (CE) n° 1225/2009 del Consejo (DOUE L 228, 2.09.2015, p. 1).

Se someten a registro las importaciones de barras de acero de refuerzo del hormigón muy resistentes a la fatiga originarias de la República Popular China (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 111), se deciden exenciones del derecho antidumping ampliado aplicable a determinadas piezas de bicicleta originarias de la República Popular China con arreglo al Reglamento (CE) n° 88/97 (DOUE L 331, 17.12.2015, p. 30), se amplía a las importaciones procedentes entre otros países de la India, hayan sido o no declaradas originarias de la India, un derecho antidumping definitivo impuesto a las importaciones de determinados tejidos de malla abierta de fibra de vidrio originarios de la República Popular China (DOUE L 236, 10.09.2015, p. 1).

Se aplica un derecho antidumping definitivo a: las importaciones de determinados accesorios de tubería, de hierro o de acero, originarios de la República Popular China (DOUE L 282, 28.10.2015, p. 14), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinados alambres de acero inoxidable originarios de la India, así como el Reglamento de Ejecución (UE) n° 861/2013 del Consejo, por el que se establece un derecho compensatorio definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado alambre de ace-

ro inoxidable originario de la India (DOUE L 265, 10.10.2015, p. 4), un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de tubos de hierro de fundición maleable (también conocida como fundición de grafito esférico) originarios de la India (DOUE L 244, 19.09.2015, p. 25), un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América tras una reconsideración por expiración de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009 del Consejo (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 69), un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América tras una reconsideración por expiración de conformidad con el artículo 18 del Reglamento (CE) n° 597/2009 del Consejo (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 99), un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de alambro originario de la República Popular China (DOUE L 268, 15.10.2015, p. 9), se amplía el derecho antidumping definitivo establecido 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 superior a 4,0 mm, originario de la República Popular China, a las importaciones de alambre de molibdeno, con un contenido de molibdeno superior o igual al 97 % en peso, cuyo corte transversal en su mayor dimensión es superior a 4,0 mm, pero no superior a 11,0 mm, originario de la República Popular China (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 100), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de acesulfamo potásico originario de la República Popular China (DOUE L 287, 31.10.2015, p. 52), se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados tubos sin soldadura de hierro o acero originarios de la República Popular China (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 21), se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinadas hojas de aluminio originarias de la República Popular China (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 63), se establece un derecho antidumping definitivo relativo a las importaciones de determinados productos laminados planos de acero magnético al silicio, de grano orientado, originarios de la República Popular China, Japón, la República de Corea, la Federación de Rusia y los Estados Unidos de América (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 109), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinadas hojas de aluminio originarias de la Federación de Rusia (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 91).

Se da por concluido el procedimiento antidumping relativo a las importaciones de determinadas hojas de aluminio originarias de la República Popular China (DOUE L 281, 27.10.2015, p. 16) y inicia una reconsideración del Reglamento de Ejecución (UE) n° 102/2012 del Consejo, por el que se establece un derecho anti-

dumping definitivo sobre las importaciones de cables de acero originarios, entre otros países, de la República Popular China, ampliado a las importaciones de cables de acero procedentes de la República de Corea, hayan sido o no declarados originarios de la República de Corea, a fin de determinar la posibilidad de eximir de tales medidas a un exportador coreano, de derogar el derecho antidumping con respecto a las importaciones procedentes de ese exportador y de someter estas importaciones a la obligación de registro (DOUE L 309, 26.11.2015, p. 3).

En materia de ayudas de Estado se adopta un reglamento sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (DOUE L 248, 24.09.2015, p. 1), otro por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE L 248, 24.09.2015, p. 9) y se modifica el Reglamento (CE) n° 794/2004, en lo que respecta a los formularios de notificación y a las fichas de información (DOUE L 325, 10.12.2015, p. 1). También se produce una Comunicación de la Comisión que modifica las Directrices de la Unión Europea aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales de 2014 a 2020 (DOUE C 390, 24.11.2015, p. 4)

En cuanto a las ayudas de Estado a España, se autorizan en tres casos (DOUE C 309, 18.09.2015, p. 1; DOUE C 387, 20.11.2015, p. 5; DOUE C 403, 4.12.2015, p. 1)

IX. FISCALIDAD

En los ámbitos internacionales de la Política Fiscal, se deciden: la firma, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo modificativo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Liechtenstein relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DOUE L 290, 6.11.2015, p. 16), la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo modificativo 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 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 10 y 12), la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo modificativo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Liechtenstein relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de in-

tereses (DOUE L 339, 24.12.2015, p. 1 y 3), y la firma y aplicación provisional, del Protocolo modificativo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de San Marino relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DOUE L 346, 31.12.2015, p. 1 y 3)

Por otra parte, se deroga la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 1), se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 1) y se adopta un reglamento por el que se establecen disposiciones de ejecución de determinadas normas de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1156/2012 (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 19).

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En relación con la Política Económica y Monetaria y la Libre circulación de capitales, y en relación con el Banco Central Europeo se puede señalar, la modificación de la Decisión BCE/2014/8 sobre la prohibición de financiación monetaria y la remuneración de los depósitos de las administraciones públicas por los bancos centrales nacionales (BCE/2015/29) (DOUE L 245, 22.09.2015, p. 12) y la modificación de la Orientación BCE/2014/9 sobre las operaciones internas de gestión de activos y pasivos por los bancos centrales nacionales (BCE/2015/28) (DOUE L 245, 22.09.2015, p. 13)

Respecto a las medidas económicas en relación con los Estados miembros, se modifica el Reglamento (UE) n° 1303/2013 en relación con medidas específicas para Grecia (DOUE L 270, 15.10.2015, p. 1). En esta materia se adopta una decisión sobre el procedimiento para excluir a empleados de la presunción de que sus actividades tienen una incidencia importante en el perfil de riesgo de la entidad de crédito supervisada (BCE/2015/38) (DOUE L 314, 1.12.2015, p. 66), se modifica la Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2015/48) (DOUE L 344, 30.12.2015, p. 1) y se adopta una recomendación sobre las políticas de reparto de dividendos (BCE/2015/49) (DOUE C 438, 30.12.2015, p. 1)

En relación con el euro, se modifican: la Decisión BCE/2010/23 sobre la asignación de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (BCE/2015/37) (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 42), y la Decisión BCE/2014/53 sobre la aprobación del volumen de emisión de moneda metálica en 2015 (BCE/2015/41) (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 119) y se adoptan dos decisiones, una sobre la aprobación del volumen de emisión de monedas en 2016 (BCE/2015/42) (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 121) y otra sobre el procedimiento de aprobación del volumen de emisión de monedas en euros (BCE/2015/43) (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 123)

En cuanto a la Política monetaria, se modifican: la Decisión (UE) 2015/5 sobre la ejecución del programa de adquisiciones de bonos de titulización de activos (BCE/2015/31) (DOUE L 249, 25.09.2015, p. 28), la Decisión (UE) 2015/774 sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (BCE/2015/33) (DOUE L 303, 20.11.2015, p. 106), la Orientación (UE) 2015/510 del Banco Central Europeo sobre la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2015/27) (DOUE L 282, 28.10.2015, p. 41), y también se modifica el anexo A del Acuerdo monetario entre la Unión Europea y el Principado de Mónaco (DOUE L 331, 17.12.2015, p. 37)

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

En materia de Relaciones exteriores, se decide la celebración, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, del Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, para tener en cuenta la adhesión a la Unión Europea de la República de Croacia (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 20)

En lo que se refiere a los Acuerdos de Asociación, se decide: la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el Consejo de Asociación establecido en el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra, con respecto al título V del Acuerdo de Asociación (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 56), y sobre la aplicación del título V del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra, en todo el territorio de la República de Moldavia [2015/2445] (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 93).

En estos ámbitos, también se adopta el Reglamento interno del Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible UE-República de Moldavia [2015/1818] (DOUE L 264, 9.10.2015, p. 15) y se adopta la lista de expertos en Comercio y Desarrollo Sostenible de conformidad con el artículo 379, apartado 3, del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra [2015/1819] (DOUE L 264, 9.10.2015, p. 17). Se decide la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el Consejo de Estabilización y Asociación creado por el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Bosnia y Herzegovina, por otra, relativa a una decisión del Consejo de Estabilización y Asociación por la que adopta su Reglamento interno (DOUE L 277, 22.10.2015, p. 17).

También se decide: la celebración, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, del Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 279, 23.10.2015, p. 1), la celebración por parte de la Comisión Europea, en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 279, 23.10.2015, p. 3), la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y Kosovo, por otra (DOUE L 290, 6.11.2015, p. 4), la celebración por la Comisión Europea, en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y Kosovo, por otra (DOUE L 290, 6.11.2015, p. 14).

Igualmente en esta materia se decide la celebración del Protocolo del Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y la República de Túnez sobre los principios generales de la participación de la República de Túnez en programas de la Unión (DOUE L 297, 13.11.2015, p. 1), se sustituye el Protocolo 4 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Árabe de Egipto, por otra, relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos

de cooperación administrativa [2015/2435] (DOUE L 334, 22.12.2015, p. 62), se decide la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible y en el Comité de Asociación en su configuración de Comercio creados por el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, sobre la adopción del reglamento interno del Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible, el establecimiento de la lista de expertos en comercio y desarrollo sostenible de dicho Subcomité, y el establecimiento de la lista de árbitros del Comité de Asociación en su configuración de Comercio (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 14).

El Consejo de Asociación UE-Georgia adopta decisiones, una por la que se adopta su reglamento interno y el reglamento interno del Comité de Asociación y los subcomités [2015/2261] (DOUE L 321, 5.12.2015, p. 60), otra relativa a la creación de dos subcomités [2015/2262] (DOUE L 321, 5.12.2015, p. 70), y una tercera relativa a la delegación de determinadas facultades por el Consejo de Asociación en el Comité de Asociación en su configuración de comercio [2015/2263] (DOUE L 321, 5.12.2015, p. 72).

Se adopta también en esta materia una recomendación sobre la aplicación del Programa de Asociación UE-Ucrania (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 150).

Respecto al Espacio Económico Europeo (EEE), el Órgano de Vigilancia de la AELC adopta una decisión por la que se modifican por centésima vez las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la adopción de nuevas Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis [2015/1856] (DOUE L 271, 16.10.2015, p. 35) y otra relativa a la concesión de tres excepciones solicitadas por el Principado de Liechtenstein con relación al artículo 30, al artículo 36, apartado 2, y al punto 1.1.3.6.3, letra b), del anexo 5 de la Ordenanza de Liechtenstein de 3 de marzo de 1998 sobre el transporte de mercancías peligrosas por carretera (Verordnung über den Transport gefährlicher Güter auf der Strasse — VTGGS), sobre la base del artículo 6, apartado 2, letra a), del Acto mencionado en el punto 13c del capítulo I del anexo XIII del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas) [2015/1813] (DOUE L 263, 8.10.2015, p. 49), y el Comité Permanente de los Estados de la AELC, decide el establecimiento de un Comité Provisional del Mecanismo Financiero del EEE 2014-2021 [2015/2024] (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 63).

Además se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del EEE, respecto a diversas modificaciones del anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y del anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE (Directiva sobre la calidad de los combustibles) (DOUE L 260, 7.10.2015, p. 20) y a una modificación del anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE (Estadísticas sobre energía) (DOUE L 258, 3.10.2015, p. 7)

También en relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se modifica el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 1; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 1; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 3), el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 3; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 5; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 6; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 4; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 5), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 8; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 10; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 12; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 14; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 15; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 16; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 18; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 19; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 22; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 24; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 25; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 27; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 7; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 8; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 9; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 11; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 12; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 13; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 14; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 15; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 16; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 17; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 19; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 20 ; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 21; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 22; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 25; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 26; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 27; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 28; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 29; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 30; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 31; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 32), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo IV (Energía) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 28), el anexo X (Servicios en general) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 29; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 33; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 34), el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 30; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 35), el anexo XII (Libre circulación de capitales) (DOUE L 311, 26.11.2015, p. 36), el anexo XIII (Transportes) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 31 ; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 32; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 36; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 37; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 38; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 39; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 41; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 42; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 43; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 44; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 45; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 37; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 38; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 39; DOUE L 311, 26.11.2015, p.

40; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 41 ; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 42; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 43 ; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 44; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 46), el anexo XIV (Competencia) (DOUE L 311, 26.11.2015, p. 47), el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 46), el anexo XX (Medio ambiente) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 48; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 49; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 50); DOUE L 311, 26.11.2015, p. 51), el anexo XXI (Estadísticas) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 49; DOUE L 230, 3.09.2015, p. 50; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 33; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 35; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 52; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 53), el anexo XXII (Derecho de sociedades) (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 51; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 54), el Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades [2015/1468] (DOUE L 230, 3.09.2015, p. 52; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 36; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 38; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 40; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 42; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 44; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 46; DOUE L 263, 8.10.2015, p. 47; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 55; DOUE L 311, 26.11.2015, p. 56)

En cuanto al Convenio relativo a un régimen común de tránsito, UE/AELC (de 1987), la Comisión Mixta UE-AELC decide sobre la simplificación de formalidades en los intercambios de mercancías, de 13 de octubre de 2015, en lo que respecta a la invitación a la República de Serbia a adherirse al Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a la simplificación de formalidades en los intercambios de mercancías [2015/2465] (DOUE L 344, 30.12.2015, p. 5), decide sobre el régimen común de tránsito, de 13 de octubre de 2015, en lo que respecta a la invitación a la República de Serbia a adherirse al Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito [2015/2466] (DOUE L 344, 30.12.2015, p. 6) y adopta una decisión sobre el régimen común de tránsito, de 26 de noviembre de 2015, por la que se modifica el Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito [2015/2467] (DOUE L 344, 30.12.2015, p. 7).

En relación con las negociaciones de adhesión, se modifica el Reglamento (CE) nº 718/2007, relativo a la aplicación del Reglamento (CE) nº 1085/2006 del Consejo por el que se establece un Instrumento de ayuda Preadhesión (IAP) (DOUE L 303, 20.11.2015, p. 3)

En materia de Cooperación al Desarrollo el Comité de Embajadores ACP-UE, decide el nombramiento de miembros del Consejo de Administración del Centro Técnico para la Cooperación Agrícola y Rural (CTA) [2015/1909] (DOUE L 278, 23.10.2015, p. 26)

XII. ENERGÍA

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En materias relativas a la Política industrial se determina la «lista Prodcom» de productos industriales prevista por el Reglamento (CEE) n° 3924/91 del Consejo correspondiente a 2015 (DOUE L 254, 30.09.2015, p. 1).

En relación con la normativa internacional que afecta al Mercado Interior, cabe destacar las decisiones respecto a, la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en los correspondientes comités de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, por lo que respecta a las propuestas de modificaciones de los Reglamentos de la ONU nos 12, 16, 26, 39, 44, 46, 58, 61, 74, 83, 85, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 106, 107, 110, 116 y 127, la propuesta de un nuevo Reglamento de la ONU sobre impacto frontal, las propuestas de modificaciones de la Resolución consolidada sobre la construcción de vehículos (R.E.3) y la propuesta de una nueva Resolución mutua no 2 (M.R.2) sobre definiciones del tren de potencia de los vehículos (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 103),

También cabe señalar la adopción de dos reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), así el Reglamento no 16 - Disposiciones uniformes relativas a la homologación de: I. Cinturones de seguridad, sistemas de retención, sistemas de retención infantil y sistemas de retención infantil ISOFIX para ocupantes de vehículos de motor — II. Vehículos equipados con cinturones de seguridad, sistemas de alerta de olvido del cinturón, sistemas de retención, sistemas de retención infantil, sistemas de retención infantil ISOFIX y sistemas de retención infantil i-Size [2015/2059] (DOUE L 304, 20.11.2015, p. 1) y el Reglamento no 13-H - Disposiciones uniformes sobre la homologación de los vehículos de turismo en lo relativo al frenado [2015/2364] (DOUE L 335, 22.12.2015, p. 1).

También se modifica el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las Normas Internacionales de Contabilidad 16 y 41 (DOUE L 306, 24.11.2015, p. 7), en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 11 (DOUE L 307, 25.11.2015, p. 11), en lo relativo a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) 16 y 38 (DOUE L 317, 3.12.2015, p. 19), en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera 5 y 7 y a las Normas Internacionales de Contabilidad 19 y 34 (DOUE L 330, 16.12.2015, p. 20), en lo relativo a la Norma Inter-

nacional de Contabilidad 1 (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 97) y en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad 27 (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 49).

En cuanto a normativa de ámbito más general, se adopta una directiva por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DOUE L 241, 17.09.2015, p. 1) y una directiva de ejecución (UE), relativa al Reglamento (UE) n° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la comunicación de posibles infracciones o infracciones reales de dicho Reglamento a las autoridades competentes (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 126)

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en este cuatrimestre, y en relación con los biocidas, se puede señalar la aprobación del uso del propiconazol como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 7 (DOUE L 249, 25.09.2015, p. 17), de *Pythium oligandrum*, cepa M1, como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 10 (DOUE L 249, 25.09.2015, p. 20), de la 2-metilisotiazol-3(2H)-ona como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 13 (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 14), de 5-cloro-2-(4-clorofenoxi) fenol como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de productos 1, 2 y 4 (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 17), de IPBC como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 13 (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 21), del sorbato de potasio como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 24), del peróxido de hidrógeno como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 1, 2, 3, 4, 5 y 6 (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 27), de la medetomidina como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 21 (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 33), del folpet como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 6 (DOUE L 257, 2.10.2015, p. 12), del folpet como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 7 y 9 (DOUE L 257, 2.10.2015, p. 15), del glutaraldehído como sustancia activa en biocidas de los tipos de producto 2, 3, 4, 6, 11 y 12 (DOUE L 257, 2.10.2015, p. 19), del formaldehído liberado de la N,N-metilen-bis(morfolina) como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de productos 6 y 13 (DOUE L 289, 5.11.2015, p. 9), de hexaflumurón como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 289, 5.11.2015, p. 13)

En estas materias, con arreglo al Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y modificando el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión, también se aprueban una serie de sustancias activas, así la flupiradifurona, (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 89), mandestrobin, (DOUE L 302, 19.11.2015, p.

93), flumetralina, como candidata a la sustitución (DOUE L 305, 21.11.2015, p. 31) y rescalure (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 35). También se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 en lo relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia activa haloxifop-P (DOUE L 317, 3.12.2015, p. 26). Se adopta una decisión relativa a un tejido antivirico impregnado de ácido cítrico (DOUE L 289, 5.11.2015, p. 26), se aprueba la sustancia básica hidrogenocarbonato de sodio (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 42), se prorrogan los períodos de aprobación de las sustancias activas 2,4-D, acibenzolar-S-metilo, amitrol, bentazona, cihalofop-butilo, dicuat, esfenvalerato, famoxadona, flumioxazina, DPX KE 459 (flupirsulfurónmetilo), glifosato, iprovalicarbo, isoproturón, lambdacihalotrina, metalaxilo-M, metsulfurón metilo, picolinafeno, prosulfurón, pimetrozina, piraflufeno-etilo, tiabendazol, tifsulfurón-metilo y triasulfurón (DOUE L 276, 21.10.2015, p. 48) y se renueva la aprobación de la sustancia activa 2,4-D (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 8) y de la sustancia activa esfenvalerato como candidata a la sustitución (DOUE L 300, 17.11.2015, p. 8).

Por otra parte, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, se deniega la aprobación de la *Artemisia absinthium* L. como sustancia básica (DOUE L 300, 17.11.2015, p. 6), de *Arctium lappa* L. (partes aéreas) (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 85), y de *Tanacetum vulgare* L. como sustancia básica (DOUE L 302, 19.11.2015, p. 87). Igualmente se deniega la aprobación del uso de triflumurón como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 56) y se retrasa la fecha de expiración de la aprobación de la bromadiolona, la clorofacinona y el coumatetralil para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 58).

En relación con el tabaco, se adoptan decisiones, sobre la posición exacta de la advertencia general y del mensaje informativo en el tabaco para liar en petaca (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 49), sobre las especificaciones técnicas sobre la presentación, el diseño y la forma de las advertencias sanitarias combinadas de los productos del tabaco para fumar (DOUE L 267, 14.10.2015, p. 5) y sobre el formato para la presentación y la puesta a disposición de información sobre los productos del tabaco (DOUE L 312, 27.11.2015, p. 5).

También se se modifica el Reglamento (CE) n° 1007/2009 sobre el comercio de productos derivados de la foca, y se deroga el Reglamento (UE) n° 737/2010 de la Comisión (DOUE L 262, 7.10.2015, p. 1).

La protección de la salud alimentaria y la seguridad también suele originar o

modificar variada normativa, así, se autoriza una declaración relativa a las 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, y se modifica el Reglamento (UE) n° 432/2012 (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 46), y se deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables de los alimentos relativas al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 276, 21.10.2015, p. 52) y también se deniega la autorización de una declaración de propiedades saludables en los alimentos distinta de las que se refieren a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 277, 22.10.2015, p. 13).

Se adopta un reglamento relativo a los nuevos alimentos, por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 1852/2001 de la Comisión (DOUE L 327, 11.12.2015, p. 1), se modifica el Reglamento (CE) n° 282/2008, sobre los materiales y objetos de plástico reciclado destinados a entrar en contacto con alimentos (DOUE L 278, 23.10.2015, p. 11), y se adopta una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre caseínas y caseinatos destinados al consumo humano y por la que se deroga la Directiva 83/417/CEE del Consejo (DOUE L 314, 1.12.2015, p. 1)-

El Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica varias veces, así se modifica el anexo por el que se establecen especificaciones para los aditivos alimentarios que figuran en los anexos II y III en lo que concierne a las especificaciones para el etil lauroil arginato (E 243) (DOUE L 252, 29.09.2015, p. 12). el anexo II y el anexo del Reglamento (UE) n° 231/2012 de la Comisión en lo referente al uso del tartrato de hierro como antiaglomerante en la sal y sus sustitutos (DOUE L 253, 30.09.2015, p. 3), y el anexo II en lo relativo a la utilización del eritritol (E 968) como potenciador del sabor en bebidas aromatizadas de valor energético reducido o sin azúcares añadidos (DOUE L 266, 13.10.2015, p. 27). También se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la retirada de la sustancia aromatizante p-menta-1,8-dien-7-al de la lista de la Unión (DOUE L 257, 2.10.2015, p. 27).

Igualmente se modifica el Reglamento (CE) n° 1881/2006, por lo que respecta al contenido máximo de hidrocarburos aromáticos policíclicos en la fibra de cacao, las chips de plátano, los complementos alimenticios, las hierbas secas y las especias secas (DOUE L 282, 28.10.2015, p. 11), y en relación con el contenido máximo de esclerocios de cornezuelo de centeno en determinados cereales no elaborados y con las disposiciones sobre seguimiento y presentación de informes (DOUE L 283, 29.10.2015, p. 3). Además, se modifica el Reglamento (CE) n° 2074/2005 en lo re-

ferente a las listas de establecimientos alimentarios autorizados (DOUE L 324, 10.12.2015, p. 5)

Los obstáculos técnicos a los intercambios suelen ser objeto de regulación habitual en el mercado interior, y en este sentido se adoptan tres decisiones delegadas, una sobre los sistemas aplicables para evaluar y verificar la constancia de las prestaciones de los tubos y conductos de ventilación, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 282, 28.10.2015, p. 34), otra sobre los sistemas aplicables para evaluar y verificar la constancia de las prestaciones de geosintéticos y productos afines, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 181) y la tercera sobre los sistemas aplicables para evaluar y verificar la constancia de las prestaciones de los productos para instalaciones de evacuación de aguas residuales con arreglo al Reglamento (UE) n° 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 184). En esta materia también se adoptan dos decisiones de ejecución, una relativa a la publicación con una restricción en el Diario Oficial de la Unión Europea de la referencia de la norma EN 795: 2012 «Equipos de protección individual contra caídas. Dispositivos de anclaje» en virtud del Reglamento (UE) n° 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 309, 26.11.2015, p. 10) y otra por la que se establece un formato común para la notificación de cigarrillos electrónicos y envases de recarga (DOUE L 309, 26.11.2015, p. 15)

En cuanto a la seguridad de los productos, se modifica, por lo que respecta al benceno, 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 233, 5.09.2015, p. 2) y se adopta una decisión relativa a una medida adoptada por España de conformidad con el artículo 7 de la Directiva 89/686/CEE del Consejo destinada a retirar del mercado un dispositivo de ayuda a la flotación para el aprendizaje de la natación (DOUE L 248, 24.09.2015, p. 99).

Por otra parte, la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la seguridad de los juguetes, se modifica varias veces, así se modifica, con el fin de adoptar valores límite específicos para determinados productos químicos utilizados en los juguetes, el apéndice C del anexo II en lo que respecta a la formamida (DOUE L 306, 24.11.2015, p. 17), en lo que respecta a la bencisotiazolinona (DOUE L 306, 24.11.2015, p. 20) y en lo que respecta a la clorometilisotiazolinona y la metilisotiazolinona, tanto individualmente como en una proporción de 3:1 (DOUE L 306, 24.11.2015, p. 23)

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 establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) n° 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (DOUE L 310, 26.11.2015, p. 1).

En relación con el Reglamento (UE) n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, se adopta un reglamento sobre el marco de interoperabilidad de conformidad con su artículo 12, apartado 8 (DOUE L 235, 9.09.2015, p. 1) otro sobre la fijación de especificaciones y procedimientos técnicos mínimos para los niveles de seguridad de medios de identificación electrónica con arreglo a lo dispuesto en su artículo 8, apartado 3 (DOUE L 235, 9.09.2015, p. 7), se establecen las especificaciones técnicas y los formatos relacionados con las listas de confianza de conformidad con su artículo 22, apartado 5 (DOUE L 235, 9.09.2015, p. 26), se establecen las especificaciones relativas a los formatos de las firmas electrónicas avanzadas y los sellos avanzados que deben reconocer los organismos del sector público de conformidad con sus artículos 27, apartado 5, y 37, apartado 5 (DOUE L 235, 9.09.2015, p. 37) y se definen las circunstancias, formatos y procedimientos de notificación con arreglo al artículo 9, apartado 5 (DOUE L 289, 5.11.2015, p. 18)

Se completa el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las normas técnicas de regulación para la divulgación de información relativa al cumplimiento, por las entidades, del requisito de disponer de un colchón de capital anticíclico con arreglo al artículo 440 (DOUE L 244, 19.09.2015, p. 1), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas al tratamiento transitorio de las exposiciones de renta variable con arreglo al método IRB (DOUE L 244, 19.09.2015, p. 9) y se completa mediante normas técnicas de regulación en las que se especifican los requisitos aplicables a las entidades inversoras, patrocinadoras, acreedoras originales y originadoras en relación con las exposiciones al riesgo de crédito transferido (DOUE L 263, 8.10.2015, p. 12). También se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a las divisas estrechamente correlacionadas con arreglo al Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 30), normas técnicas de ejecución para las divisas con limitaciones de disponibilidad de activos líquidos de conformidad con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 330, 16.12.2015, p. 26) y se adopta normativa relativa a la prórroga de los períodos transitorios relacio-

nados con los requisitos de fondos propios por las exposiciones frente a entidades de contrapartida central indicadas en el Reglamento (UE) n° 575/2013 y el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 328, 12.12.2015, p. 108).

Por otra parte, el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la obligación de compensación (DOUE L 314, 1.12.2015, p. 13), y experimenta diversas modificaciones, así, por lo que respecta a la prórroga de los períodos transitorios que afectan a los sistemas de planes de pensiones (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 63), en materia de transparencia de las operaciones de financiación de valores y de reutilización (DOUE L 337, 23.12.2015, p. 1), y sobre la equivalencia del marco regulador de las entidades de contrapartida central de la República de Corea (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 25), de Sudáfrica (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 29), de ciertas provincias de Canadá (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 32), de México (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 38), y de Suiza (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 42) con los requisitos del 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

Igualmente, se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 842/2011 (DOUE L 296, 12.11.2015, p. 1), se modifican, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 307, 25.11.2015, p. 5), la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 307, 25.11.2015, p. 7), la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 307, 25.11.2015, p. 9), la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 330, 16.12.2015, p. 16), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 330, 16.12.2015, p. 18).

Se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el comercio de productos derivados de la foca (DOUE L 271, 16.10.2015, p. 1). Se decide sobre el establecimiento de las lis-

tas anuales de prioridades de 2016 para la elaboración de códigos de red y de directrices (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 187). Se adopta una directiva sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DOUE L 337, 23.12.2015, p. 35) y otra relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (DOUE L 326, 11.12.2015, p. 1). También se establecen orientaciones comunes sobre las normas y técnicas de inutilización de las armas de fuego para garantizar que las armas de fuego inutilizadas lo sean irreversiblemente (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 62).

Finalmente se adopta un Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Junta Única de Resolución relativo a las normas prácticas de ejecución de la rendición de cuentas democrática y de la supervisión del ejercicio de las funciones encomendadas a la Junta Única de Resolución en el marco del Mecanismo Único de Resolución (DOUE L 339, 24.12.2015, p. 58)

En lo que se refiere a la creación de títulos europeos para una protección uniforme de la propiedad intelectual e industrial, se adopta una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DOUE L 336, 23.12.2015, p. 1) y se modifican el Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria, y el Reglamento (CE) n° 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) n° 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos) (DOUE L 341, 24.12.2015, p. 21).

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En lo que se refiere a los Instrumentos Estructurales se establece, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, un tipo fijo para las operaciones financiadas por los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos en el sector de la investigación, el desarrollo y la innovación (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 65) y se completa el mencionado Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo con disposiciones específicas sobre la notificación de irregularidades respecto del Fondo Europeo de Desarrollo Re-

gional, del Fondo Social Europeo, del Fondo de Cohesión y del Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (DOUE L 293, 10.11.2015, p. 1).

También se completan dos reglamentos, el Reglamento (UE) n° 223/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo con disposiciones específicas sobre la notificación de irregularidades respecto del Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (DOUE L 293, 10.11.2015, p. 11) y el Reglamento (UE) n° 514/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo con disposiciones específicas sobre la notificación de irregularidades respecto del Fondo de Asilo, Migración e Integración y sobre el instrumento de apoyo financiero a la cooperación policial, a la prevención y la lucha contra la delincuencia, y a la gestión de crisis (DOUE L 293, 10.11.2015, p. 15).

Por otra parte, se establece la frecuencia y el formato de la notificación de irregularidades, relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 293, 10.11.2015, p. 20), relativas al Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 223/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 293, 10.11.2015, p. 26), y relativas al Fondo de Asilo, Migración e Integración y al instrumento de apoyo financiero a la cooperación policial, a la prevención y la lucha contra la delincuencia, y a la gestión de crisis, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 514/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 293, 10.11.2015, p. 29).

Además, se complementa el Reglamento (UE) n° 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Fondo Social Europeo, en lo que respecta a la definición de baremos estándar de costes unitarios e importes a tanto alzado para el reembolso de gastos a los Estados miembros por parte de la Comisión (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 22) y se decide sobre las contribuciones financieras que deberán ingresar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluidos el límite máximo de 2017, el importe de 2016, el primer tramo de 2016 y una previsión indicativa y no vinculante de los importes anuales de la contribución previstos para los años 2018 y 2019 (DOUE L 323, 9.12.2015, p. 8).

En los ámbitos de las Redes Transeuropeas, se complementa el Reglamento (UE) 2015/1017 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de un cuadro de indicadores para la aplicación de la garantía de la UE (DOUE L 244, 19.09.2015, p. 20), se establece un programa relativo a las soluciones de interoperabilidad y los marcos comunes para las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos (programa ISA2) como medio de modernización del sector público (DOUE L 318, 4.12.2015, p. 1) y se establece la media ponderada de las ta-

rifas máximas de terminación de la telefonía móvil en toda la Unión (DOUE L 331, 17.12.2015, p. 7)

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

La celebración de Tratados Internacionales y la adopción de normas de aplicación de los mismos suele ser frecuente en la Política de Medio Ambiente. Así, se modifica el Reglamento (UE) n° 389/2013 en lo relativo a la ejecución técnica del Protocolo de Kioto después de 2012 (DOUE L 268, 15.10.2015, p. 1) y se establecen normas detalladas para la aplicación del Reglamento (UE) n° 511/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al registro de colecciones, la supervisión del cumplimiento por los usuarios y la aplicación de mejores prácticas (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 4).

En lo que se refiere a los aspectos más generales de esta política, se adopta un reglamento relativo a la lista indicativa de bienes y servicios medioambientales, el formato para la transmisión de los datos de las cuentas económicas europeas medioambientales y las modalidades, la estructura y la periodicidad de los informes de calidad con arreglo al Reglamento (UE) n° 691/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las cuentas económicas europeas medioambientales (DOUE L 307, 25.11.2015, p. 17) y se modifica el Reglamento (CE) n° 850/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contaminantes orgánicos persistentes, con respecto al anexo I (DOUE L 298, 14.11.2015, p. 1)

En la regulación sobre residuos, se modifican los anexos IC y V del Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los traslados de residuos (DOUE L 294, 11.11.2015, p. 1) y se establecen las conclusiones sobre las mejores técnicas disponibles (MTD) conforme a la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, respecto a la fabricación de tableros derivados de la madera (DOUE L 306, 24.11.2015, p. 31)

En lo que respecta a la regulación relacionada con la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se adopta una decisión relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión, y por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE (DOUE L 264, 9.10.2015, p. 1). Se determinan los límites cuantitativos y se asignan cuotas de sustancias reguladas en el marco del 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 2016 (DOUE L 329, 15.12.2015, p. 17).

Y, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 517/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, se establece el modelo para la notificación de los programas de formación y certificación de los Estados miembros (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 14), se establecen los requisitos mínimos y las condiciones para el reconocimiento mutuo de la certificación de las personas físicas que lleven a cabo la instalación, revisión, mantenimiento, reparación o desmontaje de los conmutadores eléctricos que contengan gases fluorados de efecto invernadero o la recuperación de los gases fluorados de efecto invernadero de los conmutadores eléctricos fijos (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 22), y se establecen los requisitos mínimos y las condiciones de reconocimiento mutuo de la certificación de las personas físicas en lo relativo a los aparatos fijos de refrigeración, aparatos fijos de aire acondicionado y bombas de calor fijas, y unidades de refrigeración de camiones y remolques frigoríficos, que contengan gases fluorados de efecto invernadero, y de la certificación de las empresas en lo relativo a los aparatos fijos de refrigeración, aparatos fijos de aire acondicionado y bombas de calor fijas que contengan gases fluorados de efecto invernadero (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 28).

Igualmente se adoptan, una directiva sobre la limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de las instalaciones de combustión medianas (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 1), una decisión por la que se confirman o modifican las emisiones medias específicas de CO₂ y los objetivos de emisiones específicas de los fabricantes de vehículos comerciales ligeros nuevos correspondientes al año natural 2014, en aplicación del Reglamento (UE) n° 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 318, 4.12.2015, p. 39), otra decisión por la que se confirman o modifican las emisiones medias específicas de CO₂ y los objetivos de emisiones específicas de los fabricantes de turismos correspondientes al año natural 2014, en aplicación del Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 318, 4.12.2015, p. 53), y una última decisión relativa a la aprobación del alternador de alta eficiencia DENSO como tecnología innovadora para la reducción de las emisiones de CO₂ de los turismos de conformidad con el Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 64)

En las cuestiones del diseño y etiquetado de productos, se modifican las Decisiones 2009/300/CE, 2009/563/CE, 2009/894/CE, 2011/330/UE y 2011/337/UE con objeto de prorrogar la vigencia de los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a determinados productos (DOUE L

300, 17.11.2015, p. 41), se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a sustratos de cultivo, enmiendas del suelo y cubiertas del suelo (DOUE L 303, 20.11.2015, p. 75) y se establece, con arreglo al Reglamento (UE) n° 517/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, el modelo de las etiquetas de los productos y aparatos que contengan gases fluorados de efecto invernadero (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 39)

En lo relacionado con la protección de aguas, se modifican los anexos II y III de la Directiva 98/83/CE del Consejo, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano (DOUE L 260, 7.10.2015, p. 6).

En cuanto a la protección de espacios, se adoptan, la séptima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica panónica (DOUE L 338, 23.12.2015, p. 1), la novena lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental (DOUE L 338, 23.12.2015, p. 34), la novena lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina (DOUE L 338, 23.12.2015, p. 367), la novena lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica boreal (DOUE L 338, 23.12.2015, p. 436), la quinta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica macaronésica (DOUE L 338, 23.12.2015, p. 677), la novena lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica (DOUE L 338, 23.12.2015, p. 688), la novena lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea (DOUE L 338, 23.12.2015, p. 799), y la tercera lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica del mar Negro (DOUE L 338, 23.12.2015, p. 938).

En los ámbitos de las energías renovables, se modifican la Directiva 98/70/CE, relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo, y la Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 1), y se revisan los valores de referencia de la eficiencia armonizados para la producción por separado de calor y electricidad, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, y por el que se deroga la Decisión de Ejecución 2011/877/UE de la Comisión (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 54).

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

En la Política de Información las estadísticas y su regulación siguen siendo un

tema importante y que da lugar a abundante regulación. En este sentido, se modifican, el Reglamento (CE) n° 543/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las estadísticas sobre productos agrícolas (DOUE L 244, 19.09.2015, p. 11), el Reglamento (UE) n° 1333/2014 relativo a las estadísticas de los mercados monetarios (BCE/2015/30) (DOUE L 248, 24.09.2015, p. 45), el anexo I del Reglamento (CE) n° 251/2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 295/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas estructurales de las empresas, por lo que respecta a la adaptación de las series de datos a raíz de la revisión de la clasificación de productos por actividades (CPA) (DOUE L 306, 24.11.2015, p. 4), el Reglamento (CE) n° 1983/2003 de la Comisión por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 1177/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC) en lo referente a la lista de variables objetivo principales (DOUE L 321, 5.12.2015, p. 12), y el Reglamento (CE) n° 1708/2005, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del Reglamento (CE) n° 2494/95 del Consejo en lo referente al período de referencia común del índice para el índice de precios de consumo armonizado (DOUE L 295, 12.11.2015, p. 1)

Se aplican, el Reglamento (CE) n° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información (DOUE L 294, 11.11.2015, p. 32) y el Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS), en lo relativo a la transmisión de las series temporales para el nuevo desglose regional (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 52).

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIA

La Política Científica, de Investigación y Desarrollo Tecnológico también suele dar lugar a la celebración o modificación de tratados internacionales. Así se decide la renovación del Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República de la India (DOUE L 260, 7.10.2015, p. 18), y la celebración de, el Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y las Islas Feroe, por el que estas se asocian a Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) (DOUE L 263, 8.10.2015, p. 6), y el Acuerdo sobre cooperación científica y técnica entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por un lado, y la Confederación Suiza, por otro, por el que se asocia a la Confederación Suiza a Ho-

rizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación, y al Programa de Investigación y Formación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica que complementa Horizonte 2020, y se regula la participación de la Confederación Suiza en las actividades del ITER desarrolladas por Fusión para la Energía (DOUE L 263, 8.10.2015, p. 8).

Igualmente se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de continuación del Centro Internacional para la Ciencia y la Tecnología (DOUE L 290, 6.11.2015, p. 7), y la celebración por la Comisión Europea, en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo de continuación del Centro Internacional para la Ciencia y la Tecnología (DOUE L 290, 6.11.2015, p. 89).

También se crea el Sistema de Observación Integrado del Carbono como consorcio de infraestructuras de investigación europeas (ICOS ERIC) (DOUE L 303, 20.11.2015, p. 19).

En lo que se refiere a la política de protección intelectual e industrial, se inscribe una denominación en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Melón de Torre Pacheco-Murcia (IGP)] (DOUE L 246, 23.09.2015, p. 6), se inscribe una denominación en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Mojama de Barbate (IGP)] (DOUE L 306, 24.11.2015, p. 1), se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Montes de Toledo (DOP)] (DOUE L 248, 24.09.2015, p. 40), y se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Torta del Casar (DOP)] (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 29)

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En los ámbitos de protección de derechos fundamentales, se adopta una recomendación del SEPD sobre las opciones de la UE en cuanto a la reforma de la protección de datos (DOUE C 301, 12.09.2015, p. 1)

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

La Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) implica, con mucha frecuencia, la celebración de tratados internacionales. En este sentido se decide la firma y la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Bosnia y Herzegovina por el que se crea un marco para la participación de Bosnia y Herzegovina en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea (DOUE L 288, 4.11.2015, p. 2 y 4).

En las materias referidas al Servicio Europeo de Acción Exterior, se prorrogan, el mandato del Representante Especial de la Unión Europea para Afganistán (DOUE L 294, 11.11.2015, p. 53), el mandato del representante especial de la Unión Europea para el Cuerno de África (DOUE L 294, 11.11.2015, p. 58), el mandato del Representante Especial de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina (DOUE L 294, 11.11.2015, p. 64), el mandato del Representante Especial de la Unión Europea para Kosovo (DOUE L 300, 17.11.2015, p. 22), y el mandato del Representante Especial de la Unión Europea para el Cáucaso Meridional y la crisis en Georgia (DOUE L 306, 24.11.2015, p. 26). Y se nombra al representante especial de la Unión Europea para el Sahel (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 44)

En cuanto a los ámbitos más generales de esta política, se determinan el estatuto, la sede y la forma de funcionamiento de la Agencia Europea de Defensa (DOUE L 266, 13.10.2015, p. 55) y se modifica la Decisión 2013/189/PESC relativa a la creación de la Escuela Europea de Seguridad y Defensa (DOUE L 326, 11.12.2015, p. 64).

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 represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2015/607 (ATALANTA/5/2015) (DOUE L 256, 1.10.2015, p. 13), 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 represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) y por la que se derogan las Decisiones (PESC) 2015/607 y (PESC) 2015/1750 (ATALANTA/6/2015) (DOUE L 265, 10.10.2015, p. 10).

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 restricti-

vas, 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 la República Centroafricana (DOUE L 229, 3.09.2015, p. 1; DOUE L 229, 3.09.2015, p. 12; DOUE L 339, 24.12.2015, p. 36; DOUE L 339, 24.12.2015, p. 48), habida cuenta la situación en Burundi (DOUE L 257, 2.10.2015, p. 1; DOUE L 257, 2.10.2015, p. 37), contra Liberia (DOUE L 259, 6.10.2015, p. 1; DOUE L 259, 6.10.2015, p. 25), habida cuenta de la situación en Siria y contra Siria (DOUE L 266, 13.10.2015, p. 1; DOUE L 266, 13.10.2015, p. 75; DOUE L 331, 17.12.2015, p. 1; DOUE L 331, 17.12.2015, p. 26), contra Irán (DOUE L 274, 18.10.2015, p. 1; DOUE L 274, 18.10.2015, p. 161; DOUE L 274, 18.10.2015, p. 174; DOUE L 314, 1.12.2015, p. 10; DOUE L 314, 1.12.2015, p. 58), contra Zimbabue (DOUE L 281, 27.10.2015, p. 1; DOUE L 281, 27.10.2015, p. 5; DOUE L 281, 27.10.2015, p. 10), en vista de la situación en Yemen (DOUE L 281, 27.10.2015, p. 3; DOUE L 281, 27.10.2015, p. 14), contra la República de Guinea (DOUE L 281, 27.10.2015, p. 9), con respecto a Belarús (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 62; DOUE L 284, 30.10.2015, p. 71; DOUE L 284, 30.10.2015, p. 149), contra Somalia (DOUE L 300, 17.11.2015, p. 27).

También se adoptan medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DOUE L 263, 8.10.2015, p. 10; DOUE L 257, 2.10.2015, p. 42; DOUE L 334, 22.12.2015, p. 22) y medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 30; DOUE L 239, 15.09.2015, p. 157)

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 239, 15.09.2015, p. 67; DOUE L 253, 30.09.2015, p. 7; DOUE L 264, 9.10.2015, p. 6; DOUE L 318, 4.12.2015, p. 26), medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Ucrania (DOUE L 259, 6.10.2015, p. 3; DOUE L 259, 6.10.2015, p. 23), medidas restrictivas contra determinadas personas, grupos, empresas y entidades, habida cuenta de la situación en Afganistán (DOUE L 300, 17.11.2015, p. 1; DOUE L 300, 17.11.2015, p. 29), medidas restrictivas específicas dirigidas contra ciertas personas físicas y jurídicas, entidades u organismos dada la situación en Somalia (DOUE L 300, 17.11.2015, p. 3), medidas restrictivas contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova (DOUE L 281, 27.10.2015, p. 12), medidas

restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1325 (DOUE L 334, 22.12.2015, p. 1). Y se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión (PESC) 2015/1334 (DOUE L 334, 22.12.2015, p. 18).

En lo que respecta a las Misiones de la UE se aceptan, la contribución de Suiza a la Misión asesora de la Unión Europea para la reforma del sector de la seguridad civil en Ucrania (EUAM Ucrania) (EUAM Ucrania/4/2015) (DOUE L 287, 31.10.2015, p. 67) y la contribución de Suiza a la Misión PCSD de la Unión Europea en Mali (EUCAP Sahel Mali) (EUCAP Sahel Mali/4/2015) (DOUE L 280, 24.10.2015, p. 30). También se aceptan las contribuciones de terceros Estados a la Misión asesora de la Unión Europea para la reforma del sector de la seguridad civil en Ucrania (EUAM Ucrania) (EUAM Ucrania/5/2015) (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 41)

Se modifican, la Decisión 2014/486/PESC relativa a la Misión asesora de la Unión Europea para la reforma del sector de la seguridad civil en Ucrania (EUAM Ucrania) (DOUE L 318, 4.12.2015, p. 38), la Decisión 2012/392/PESC sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (DOUE L 259, 6.10.2015, p. 21), la Decisión 2010/452/PESC sobre la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (DOUE L 294, 11.11.2015, p. 69), la Decisión 2012/389/PESC sobre la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR) (DOUE L 260, 7.10.2015, p. 30), y la Decisión 2012/389/PESC por la que se crea la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR) (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 50)

Se prorrogan, el mandato del Jefe de Misión de la Misión asesora de la Unión Europea para la reforma del sector de la seguridad civil en Ucrania (EUAM Ucrania) (EUAM Ucrania/3/2015) (DOUE L 233, 5.09.2015, p. 7), el mandato del jefe de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (EUMM GEORGIA/1/2015) (DOUE L 313, 28.11.2015, p. 40) y el mandato del jefe de la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN) (EUPOL Afganistán/2/2015) (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 118).

Se modifica y se prorroga la Decisión 2013/233/PESC sobre la Misión de la Unión Europea de asistencia y gestión integrada de las fronteras en Libia (EUBAM Libia) (DOUE L 322, 8.12.2015, p. 51) y se modifica la Decisión 2010/279/PESC

sobre la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN) (DOUE L 329, 15.12.2015, p. 16)

En cuanto a las operaciones militares de la UE, se adopta una decisión relativa a la transición de EUNAVFOR MED a la segunda fase de la operación, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED) (EUNAVFOR MED/2/2015) (DOUE L 258, 3.10.2015, p. 5), se modifica la Decisión (PESC) 2015/778 del Consejo relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (EUNAVFOR MED) (DOUE L 281, 27.10.2015, p. 13) y se nombra al Comandante de la misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2015/955 (EUTM Mali/3/2015) (DOUE L 324, 10.12.2015, p. 13).

El control y reducción de armamentos también suele ser objeto de algún tipo de regulación, y en este sentido se decide la posición de la Unión Europea sobre la Octava Conferencia de Revisión de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (DOUE L 303, 20.11.2015, p. 13). Se aprueba la celebración, por la Comisión Europea, de las modificaciones de los Protocolos 1 y 2 del Acuerdo entre el Reino Unido, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Organismo Internacional de Energía Atómica para la aplicación de salvaguardias en relación con el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (DOUE L 317, 3.12.2015, p. 9) y también se aprueba la celebración, por la Comisión Europea, de las modificaciones de los Protocolos 1 y 2 del Acuerdo entre la República Francesa, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Organismo Internacional de Energía Atómica para la aplicación de salvaguardias en relación con el Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (DOUE L 317, 3.12.2015, p. 11).

Por otra parte se adopta una decisión de apoyo a la Resolución 2235 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un mecanismo conjunto de investigación de la OPAQ y las Naciones Unidas destinado a determinar la autoría de ataques químicos en la República Árabe Siria (DOUE L 314, 1.12.2015, p. 51), otra relativa al apoyo de la Unión a las actividades de la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPCE) con objeto de reforzar sus capacidades de observación y verificación, en el marco de la ejecución de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 266, 13.10.2015, p. 83) y una tercera en apo-

yo de un mecanismo mundial de información sobre armas pequeñas y armas ligeras ilícitas y otras armas y municiones convencionales ilícitas, a fin de reducir el riesgo de su comercio ilegal («Trace II») (DOUE L 278, 23.10.2015, p. 15), se deroga la Decisión 2013/320/PESC en apoyo de las actividades de seguridad física y gestión de arsenales a fin de reducir el riesgo de comercio ilícito de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) y de sus municiones en Libia y su región (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 142), y se modifican, la Decisión 2013/391/PESC de apoyo a la aplicación práctica de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores (DOUE L 266, 13.10.2015, p. 96), y la Decisión 2013/730/PESC 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 300, 17.11.2015, p. 19).

Finalmente, en esta materia, se adopta una decisión sobre la promoción de controles eficaces de las exportaciones de armas (DOUE L 326, 11.12.2015, p. 56)

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

El espacio de libertad, seguridad y justicia, suele generar la celebración de Tratados internacionales. En este sentido, se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo de 2014 del Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930, de la Organización Internacional del Trabajo, en lo que respecta a las cuestiones relativas a la cooperación judicial en materia penal (DOUE L 301, 18.11.2015, p. 47), se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Seychelles al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 331, 17.12.2015, p. 11), se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de la Federación de Rusia al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 331, 17.12.2015, p. 14), se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Albania al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 331, 17.12.2015, p. 17), se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 331, 17.12.2015, p. 20), se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Armenia al Convenio de La Haya de

1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (DOUE L 331, 17.12.2015, p. 23)

En materia de visados, se establece la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto creado en virtud del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre la facilitación de la expedición de visados, con respecto a la adopción del reglamento interno (DOUE L 273, 17.10.2015, p. 9), se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Tonga sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 317, 3.12.2015, p. 1 y 3), la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Palaos sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 332, 18.12.2015, p. 11 y 13), la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 333, 19.12.2015, p. 1 y 3). También se establece la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto instituido por el 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, con respecto a la adopción de directrices comunes para la aplicación del Acuerdo (DOUE L 323, 9.12.2015, p. 11)

Igualmente se establece la fecha a partir de la cual surtirá efecto la Decisión 2008/633/JAI sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves (DOUE L 284, 30.10.2015, p. 146)

La libre circulación de personas, el asilo y los flujos migratorios es también objeto de regulación. En este sentido, se decide sobre la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el sexagésimo sexto período de sesiones del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (DOUE L 264, 9.10.2015, p. 13). También se decide el establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia (DOUE L 239, 15.09.2015, p. 146; DOUE L 248, 24.09.2015, p. 80)

En los ámbitos referidos a la justicia, se decide, la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (CETS no 196) (DOUE L 280, 24.10.2015, p. 22), la firma, en nombre de la Unión

Europea, del Protocolo adicional del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (CETS no 196) (DOUE L 280, 24.10.2015, p. 24) y se modifican el Reglamento (CE) n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 341, 24.12.2015, p. 1)

Por último, en la lucha contra la delincuencia, se adopta un reglamento sobre la Agencia de la Unión Europea para la formación policial (CEPOL) y por el que se sustituye y deroga la Decisión 2005/681/JAI del Consejo (DOUE L 319, 4.12.2015, p. 1), se decide sobre la disolución del fondo de pensiones de Europol (DOUE L 276, 21.10.2015, p. 60).

Se adoptan decisiones, una por la que se somete el 4-metil-5-(4-metilfenil)-4,5-dihidrooxazol-2-amina (4,4'-DMAR) y el 1-ciclohexil-4-(1,2-difeniletil) piperazina (MT-45) a medidas de control (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 32), otra por la que se somete la 4-metilamfetamina a medidas de control (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 35), una tercera por la que se someten a medidas de control las sustancias 4-yodo-2,5-dimetoxi-N-(2-metoxibencil)fenetilamina (25I-NBOMe), 3,4-dicloro-N-[[1 (dimetilamino)ciclohexil]metil]benzamida (AH-7921), 3,4-metilendioxiptovalerona (MDPV) y 2-(3-metoxifenil)-2-(etilamino) ciclohexanona (metoxetamina) (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 38), y la cuarta por la que se somete el 5-(2-aminopropil)indol a medidas de control (DOUE L 275, 20.10.2015, p. 43)

Disposiciones Generales de la Comunidad Autónoma Andaluza*

Decreto 109/2015, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Vertidos al Dominio Público Hidráulico y al Dominio Público Marítimo-Terrestre de Andalucía (BOJA núm. 89, de 12 de mayo).

Una de las novedades más importantes que trajo la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, fue establecer un marco para la protección global de las aguas continentales, litorales, costeras y de transición siguiendo los criterios empleados en la Directiva 2000/60/CE de aguas. En este contexto, el apartado 8 del artículo 85 de la Ley, dispuso que reglamentariamente deberían establecerse las condiciones, normas técnicas y prescripciones para los distintos tipos de vertidos.

Hasta ahora, las autorizaciones de vertidos al dominio público hidráulico y las de los vertidos al litoral se encontraban reguladas en Andalucía en normas diferenciadas. En el caso de los vertidos a aguas continentales, el procedimiento de autorización -que se aplicaba con carácter supletorio a Andalucía- era el contemplado en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. Frente a ello, los vertidos al litoral contaban con una regulación autonómica propia, constituida por el Decreto 334/1994, de 4 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de autorizaciones de vertido al dominio público marítimo-terrestre y de uso en zona de servidumbre de protección, así como por el Decreto 14/1996, de 16 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Calidad de las Aguas Litorales.

La principal novedad de este nuevo Decreto es que establece un régimen único de autorizaciones para las aguas litorales y las continentales, sustituyendo y completando así al Decreto 334/1994 -que sólo incluía las primeras-, con el fin de homogeneizar y actualizar este instrumento de protección ambiental.

* En esta sección, elaborada por Juan Antonio CARRILLO DONAIRE, se recogen y comentan las disposiciones generales más relevantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el segundo cuatrimestre de 2015 (mayo-agosto).

Las autorizaciones que contempla el Decreto se condicionan a límites cuantitativos, objetivos de calidad y cánones proporcionales a la carga contaminante de cada vertido, así como al desarrollo de planes de vigilancia y medidas correctoras. El Reglamento introduce nuevos criterios de valoración relativos a la reutilización de aguas depuradas, además de actualizar los límites y establecer medidas para simplificar los procedimientos y facilitar su tramitación telemática.

Las limitaciones se establecen teniendo en cuenta factores como el diferente impacto ambiental de cada sustancia contaminante o la capacidad de regeneración del medio donde se realizan los vertidos. Así, las exigencias son mayores en zonas de gran valor ecológico o con escasa renovación de las aguas (como marismas o esteros) y menores en las que presentan condiciones más abiertas al mar (como las bahías). A estos criterios el Reglamento añade otros nuevos que también deberán tenerse en cuenta, entre ellos la posible reutilización de aguas residuales o los casos en los que el vertido se realiza desde fosas sépticas.

Respecto a la simplificación de los procedimientos, el Reglamento introduce medidas para la tramitación telemática, la reducción de tiempos y la disminución de la documentación requerida. Junto con ello, se incorpora la obligación de publicar en internet las autorizaciones de vertido concedidas, para conocimiento de la ciudadanía.

Entre los instrumentos previstos para garantizar el cumplimiento de las condiciones impuestas en cada autorización, el Reglamento faculta a la Administración autonómica para exigir a las empresas la transmisión en continuo de los datos sobre emisión de sustancias contaminantes a fin de permitir una rápida respuesta en casos de que se superen los límites permitidos.

Finalmente, el Reglamento recoge la prohibición absoluta de todos los vertidos que no cuenten con la correspondiente autorización y establece el régimen sancionador. La Administración autonómica es competente en los dominios públicos hidráulico y litoral, mientras que los Ayuntamientos se encargan de los permisos para verter a fosas sépticas y redes de saneamiento municipales.

Decreto de la Presidenta 12/2015, de 17 de junio, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías (BOJA núm. 117, de 18 de junio).

Tras las elecciones autonómicas de 22 de marzo de 2015 y la posterior designación de Susana Díaz como Presidenta de la Junta de Andalucía en junio, la nueva Presidenta del ejecutivo andaluz formó Gobierno y, como sucede en estas ocasiones, aprobó el Decreto de creación de nuevas Consejerías, que pasan de 10 a 13. La medida más

destacada es la división en dos de la anterior Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo en las de Empleo, Empresa y Comercio; de un lado, y Economía y Conocimiento, de otro. Así como la división de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, de la que se desgaja Salud; y la recuperación de la Consejería de Turismo y Deporte, que se desgaja de Cultura.

La nueva distribución de competencias afecta a la práctica totalidad de las Consejerías y sólo permanecen inalteradas las de Fomento y Vivienda; Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural; y Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Así, la Consejería de Presidencia y Administración Local, a la que quedan adscritas las Delegaciones del Gobierno de la Junta, mantiene las competencias sobre política local que ya asumió tras la salida del gobierno de Diego Valderas (IULV-CA) y suma las relativas a dirección, impulso y gestión de política digital en lo relativo a las nuevas tecnologías aplicadas al portal de Transparencia de la Junta de Andalucía.

La nueva Consejería de Economía y Conocimiento, cuyo titular es el antiguo Rector de la Universidad de Sevilla, Antonio Ramírez de Arellano, asume las competencias y las entidades hasta entonces adscritas a la Secretaría General de Economía y a la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología y cede a la recuperada Consejería de Empleo las relativas a la Secretaría General de Innovación, Industria y Energía y a la Secretaría General de Empleo. La Consejería de Hacienda y Administración Pública sólo cede a Presidencia las cuestiones relativas al Portal de Transparencia, mientras que la recuperada Consejería de Educación se queda sin Cultura y Deporte y traslada a Empleo las políticas de formación profesional.

La división de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales asigna a la Consejería de Salud el bloque sanitario junto a las políticas de Consumo que en la última legislatura estuvieron en manos de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales. Por su parte, la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales se queda con las competencias de la Secretaría General de Políticas Sociales a las que suma las relativas a violencia de género, hasta ahora en Justicia e Interior, y a voluntariado, participación ciudadana y cooperación internacional al desarrollo. También quedan adscritas al departamento que dirige María José Sánchez Rubio el Instituto Andaluz de la Mujer (IAM), el Instituto Andaluz de la Juventud (IAJ), la Empresa Pública Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil (Inturjoven), la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

La nueva Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, que dirigirá el antiguo titular de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo José Sánchez Maldonado, asu-

me las competencias de la Secretaría General de Innovación, Industria y Energía y de la Secretaría General de Empleo, hasta ahora en Economía; las de formación profesional para el empleo, hasta ahora en Educación; y las de comercio, hasta ahora en Turismo y Comercio. La recuperada Consejería de Turismo y Deporte, que encabeza Francisco Javier Fernández, asume competencias de la Secretaria General para el Turismo y de la Secretaria General para el Deporte y las sociedades mercantiles Cetur-sa Sierra Nevada S.A. y Promonevada S.A. como entidades adscritas.

La Consejería de Cultura que lidera Rosa Aguilar mantiene las competencias sobre cultura hasta ahora adscrita a Educación e incorpora las relativas a memoria histórica actualmente atribuidas a Administración Local y Relaciones Institucionales; mientras que la Consejería de Justicia e Interior sólo modifica sus competencias para ceder a Igualdad las relativas a violencia de género. Por último, el Decreto de reestructuración de consejerías designa al nuevo Consejero de Economía y Conocimiento, Antonio Ramírez de Arellano, como Vicepresidente de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos y a la nueva Consejera de Igualdad y Políticas Sociales, María José Sánchez Rubio, como Vicepresidenta de la Comisión Delegada para la Igualdad, el Bienestar y la Inmigración.

Finalmente ha de consignarse que el BOJA núm. 136, de 15 de julio, publicó los 13 Decretos que establecen la estructura Orgánica interna de cada Consejería, la atribución de competencias entre sus órganos y las entidades vinculadas o dependientes de las nuevas Consejerías.

Decreto 141/2015, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía (BOJA núm. 139, de 20 de julio).

El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, previsto en Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía (que modificó la LOUA para adecuar la planificación urbanística de los Ayuntamientos al Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía en el ámbito litoral), persigue garantizar la preservación de los espacios no urbanizados de la franja costera y evitar el deterioro de su paisaje. El Plan era muy esperado, porque desde la aprobación de la Ley 5/2012 y todo el periodo de elaboración del Plan de Protección, la Junta ha mantenido la suspensión cautelar de la tramitación urbanística de los suelos urbanizables no desarrollados en los 52 municipios costeros que no tienen adaptada su normativa al Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (POTA).

El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía fija los objetivos y criterios a los que ha de atenerse el planeamiento municipal en relación con aquellos terrenos que destacan por sus valores ambientales, naturales, paisajísticos, culturales, agrícolas y forestales. El objetivo central se orienta a garantizar la conservación y revalorización de la franja comprendida en los primeros 500 metros de la costa, así como de todas aquellas zonas necesarias para asegurar las finalidades de protección. Este espacio, que ocupa un 9% de la superficie de Andalucía y acoge al 40% de su población, se considera un activo de primer orden para la competitividad turística y para las principales actividades económicas de la región.

El objetivo del Plan es frenar previsiones de crecimiento elaboradas hace años (fundamentalmente en las décadas de los 80 y 90) y no acordes con las exigencias actuales. Durante las últimas cinco décadas, la intensa actividad económica ha dado lugar a que ya se encuentren ocupados casi el 40% de los terrenos situados en los primeros 500 metros de costa.

El Plan establece medidas para evitar la consolidación de nuevas barreras urbanas entre los espacios interiores y los costeros; favorecer la biodiversidad a través de la continuidad de ambos, y armonizar la regulación del suelo no urbanizable en los municipios costeros. Con estas medidas se pretende cubrir la protección del 55% de la superficie del litoral andaluz (un 86% si se excluyen los ámbitos urbanos), lo que supondrá incrementar en un 50% el total preservado. Entre otras exigencias de sostenibilidad, el Plan limita los crecimientos urbanísticos de los municipios en máximos del 30% de la población y en un 40% del territorio.

Con estas medidas, el Gobierno andaluz pretende hacer frente indirectamente a las medidas de liberalización que el Gobierno central acordó mediante la aprobación de la Ley 2/2013, de 29 mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 julio, de Costas.

Decreto 303/2015, de 21 de julio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía a empresas para promover la protección del medio ambiente y el desarrollo energético sostenible (BOJA núm. 146, de 29 de julio).

El nuevo Decreto de ayudas a proyectos empresariales en favor del medio ambiente y el desarrollo energético sostenible, que sustituye al anterior Decreto de 2009, se adapta a los recientes cambios introducidos en la regulación europea sobre la materia.

La norma afecta tanto a los incentivos directos de la Administración autonómica como a los que gestiona procedentes de fondos europeos. Además de los nuevos proyectos que se incorporan como incentivables, incluye los relativos a ahorro y eficiencia energética; cogeneración; fomento de las fuentes renovables; climatización urbana; saneamiento de terrenos contaminados; reciclado y reutilización de residuos, y estudios medioambientales y energéticos. También se apoyan los proyectos de inversión que permiten a las empresas ir más allá de la legislación europea, anticiparse a futuras normas o incrementar los niveles de protección ambiental en ausencia de las mismas.

De acuerdo con el marco normativo comunitario, estos incentivos se conceden con el fin de corregir el fallo de mercado que da lugar a un nivel de protección inferior debido a la pérdida de competitividad que suponen los costes de disminuir la contaminación e incorporar criterios de sostenibilidad energética. El objetivo debe alcanzarse sin producir efectos desproporcionados en la competencia y respetando el principio de integrar los costes de protección ambiental en los de producción.

El ámbito de aplicación de las ayudas se extiende a todos los sectores de la actividad económica salvo la pesca, la acuicultura y, parcialmente, la transformación y comercialización de productos agrícolas, con regulaciones propias.

Entre otras novedades, para la concesión de las ayudas será suficiente con que la actividad objeto del incentivo se desarrolle en Andalucía, al margen de que la entidad promotora tenga o no establecimiento operativo en la comunidad autónoma. Asimismo, se introducen dos importantes simplificaciones de procedimientos. La primera equipara grandes y pequeñas y medianas empresas en relación con el requisito de acreditar la necesidad de la ayuda. En este sentido, sólo se exigirá haber presentado la solicitud antes del inicio de los trabajos, con independencia del tamaño de la entidad. La segunda se refiere al cálculo de los costes elegibles, de forma que deja de aplicarse la regla general de que hayan de tenerse en cuenta los beneficios y los costes generados por la explotación de la inversión.

Finalmente, el nuevo marco regulador incorpora nuevas líneas para inversiones en eficiencia energética en edificios; optimización energética en monumentos, edificios históricos u otros lugares o eventos culturales, y formación en protección del medio ambiente y energía. Igualmente, incluye no sólo ayudas a la inversión para la promoción de fuentes renovables, sino también para el funcionamiento de las instalaciones.

La cuantía global de ayudas autonómicas para este importante sector se estima en unos 250 millones de euros.

Decreto 290/2015, de 21 de julio, por el que se modifican los estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre (BOJA núm. 146, de 29 de julio).

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, creada por la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, es el órgano encargado de garantizar la competencia y el funcionamiento de los mercados y, en su caso, de subsanar las deficiencias en relación con el equilibrio del sistema de precios. El presente Decreto modifica los Estatutos de la Agencia con el fin de reforzar sus funciones de regulación económica y control de la unidad de mercado.

De acuerdo con esta disposición, la entidad ejercerá como punto de contacto ante posibles reclamaciones de los operadores económicos; prestará asesoramiento a las Corporaciones Locales en la elaboración de sus normativas; representará a la Comunidad Autónoma ante las Administraciones públicas y organismos reguladores en estas materias, y cooperará con las organizaciones más representativas de los agentes económicos y sociales para mejorar la regulación y eliminar las trabas a empresas.

Asimismo se prevé que la Agencia informe en el plazo de un mes, con carácter preceptivo, las normas con rango de Ley y Reglamentos de la Junta que afecten a la competencia efectiva en los mercados o en las actividades económicas.

Finalmente se dispone que las dos vocalías del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía dejen de tener la consideración de altos cargos con exclusividad y dedicación absoluta. No recibirán retribuciones en el desempeño de sus funciones, salvo dietas y gastos de desplazamiento.

Decreto 304/2015, de 28 de julio, 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 (BOJA núm. 147, de 30 de julio).

Se trata del Decreto que adapta la Administración periférica de la Junta de Andalucía a la nueva organización de las Consejerías establecida en el Decreto de la Presidenta sobre reestructuración de Consejerías que antes comentábamos.

Los cambios afectan a las Delegaciones territoriales en las Provincias, cuyo número se fija en siete. Cuatro de ellas ejercerán en cada territorio las funciones de las Consejerías con competencias más diferenciadas: Educación; Fomento y Vivienda; Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, y Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

Otras tres Delegaciones agruparán funciones de varias Consejerías. Se trata de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; Igualdad, Salud y Políticas Sociales, y Cultura, Turismo y Deporte. La primera dependerá orgánicamente de la Consejería de Economía y Conocimiento; la segunda de Salud, y la tercera de Turismo y Deporte.

Por su parte, las Delegaciones de Gobierno de la Junta siguen asumiendo la condición de primeras autoridades de la Administración autonómica en las Provincias. Además, incluyen los servicios periféricos de las Consejerías de la Presidencia y Administración Local; Hacienda y Administración Pública, y Justicia e Interior. Asimismo, además de adaptar la Administración periférica, el Decreto suprime las oficinas de la Vicepresidencia que se integraban en las distintas Delegaciones del Gobierno de la Junta.

Decreto 289/2015, de 21 de julio, por el que se regula la organización administrativa en materia de transparencia pública en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales (BOJA núm. 152, de 6 de agosto).

El Decreto regula la estructura administrativa básica en materia de transparencia en la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales. La norma consolida la organización que, de hecho, venía trabajando con anterioridad para facilitar las tareas de gestión documental, archivo, ordenación y tramitación de la documentación relativa a la actividad pública, así como de su puesta a disposición a las que obligaba la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

El Decreto establece una estructura interna de gestión de la transparencia asentada en tres niveles: la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras; las Unidades y Comisiones de Transparencia, y la Inspección General de Servicios.

La Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras se encarga de la coordinación general de las políticas de transparencia pública, así como de velar por su correcta aplicación y elaborar los planes operativos y las memorias anuales de evaluación. Está asistida por la Secretaría de Transparencia, adscrita a la Viceconsejería de la Presidencia y Administración Local.

Las Unidades de Transparencia funcionan en las cada una de las Consejerías de la Junta y en las cinco agencias con mayor volumen y nivel de especialización de recursos de información: el Servicio Andaluz de Salud, el Servicio Andaluz de Empleo, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

Estas unidades administrativas se configuran como las piezas básicas para garantizar la publicidad activa de cada Departamento y el acceso de la ciudadanía a la información pública.

Cada Consejería cuenta también con una Comisión de Transparencia, integrada por las personas responsables de la Unidad de Transparencia y del archivo central, así como por las representantes de cada centro directivo (con nivel de jefatura de servicio) y de las entidades instrumentales adscritas. Su principal cometido es involucrar en las políticas de transparencia a toda la organización, así como facilitar la coordinación interna.

Finalmente, la Inspección General de Servicios de la Junta se encarga de velar en última instancia por el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la publicidad activa y el acceso a la información pública en el ámbito de la Administración autonómica.

Estas tres instancias funcionan en coordinación con el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, máxima autoridad independiente de control en la materia. Las relaciones institucionales se llevan a cabo principalmente a través de la persona titular de la Consejería de la Presidencia y Administración Local.

Otra pieza clave del sistema es el Portal de la Transparencia de la Junta de Andalucía, que comenzó a funcionar plenamente el 15 de junio de 2015 (www.juntadeandalucia.es/transparencia.html), poniendo a disposición de la población toda la información relativa a la Administración pública andaluza. Accesible desde la web de la Junta de Andalucía, incluye tres líneas temáticas: “Publicidad activa”, “Solicitud de información” y “Transparencia en Andalucía”. A través de ellas, la ciudadanía tiene acceso a datos de interés relacionados con la gestión de la Junta y también puede reclamar información, incluyendo la relativa a contratación pública, ayudas y subvenciones. La solicitud de información se realiza a través de la plataforma telemática denominada PID@. Sin necesidad de certificado electrónico.

Decreto 368/2015, de 4 de agosto, por el que se regula el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, el procedimiento de autorización y el registro de proyectos de investigación (BOJA núm. 152, de 6 de agosto).

La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, regula la docencia e investigación sanitaria en el Título VIII estableciendo los deberes de las Administraciones públicas andaluzas de fomentar, dentro del Sistema Sanitario Público de Andalu-

cía, las actividades de investigación sanitaria como elemento fundamental para su progreso. El artículo 6.1 de la Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación con preembriones humanos no viables para la fecundación *in vitro*, en su redacción dada por la Ley 4/2014, de 9 de diciembre, crea el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes (en adelante, “el Comité”), como órgano colegiado adscrito a la Consejería competente en materia de Salud, y con la consideración de comité de ética de la investigación con las características y funciones definidas en el artículo 12 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley 4/2014 la Ley 7/2003 establecía la preceptiva autorización del Comité de Investigación con Preembriones Humanos, de los proyectos de investigación sobre preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación *in vitro*. Y la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica, preveía la autorización del Comité de Investigación de Reprogramación Celular, respecto de los proyectos en los que se utilicen técnicas de reprogramación celular. Asimismo, en ambas leyes, se exigía para la autorización de los correspondientes proyectos, el informe favorable de la Comisión Autonómica de Ética e Investigación Sanitarias.

El paso del tiempo ha hecho evidente que no era necesaria la existencia de dos Comités, uno para evaluar los proyectos en los que se utilizan preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación *in vitro*, y otro para aquellos proyectos en los que se utilicen técnicas de reprogramación celular. Por ello en la Disposición adicional única de la Ley 4/2014, de 9 de diciembre, suprimió ambos Comités.

Este Decreto regula el nuevo Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, que unifica los dos preexistentes. El Comité se adscribe a la Consejería de Salud. Está integrado por doce especialistas de reconocido prestigio en terapia celular, medicina regenerativa, bioética, derecho vinculado a temas biomédicos y otras disciplinas relacionadas con su actividad.

El Comité se crea además como órgano homólogo a la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 37.2 de la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica, y desempeñará las funciones establecidas en el artículo 38 de la misma.

Ha de recordarse que las investigaciones con células madre embrionarias permiten mejorar el tratamiento de patologías como la diabetes, lesiones medulares o diversos

tipos de tumores, por ejemplo los de las leucemias en niños. Por su parte, las técnicas de reprogramación celular consisten en modificar las características de una célula adulta de un individuo, retrocediendo en su desarrollo evolutivo de forma que pueda generar células madre pluripotenciales capaces de dar origen a cualquier tipo de tejido u órgano y ser posteriormente implantadas en el propio donante. Se pueden obtener así tejidos u órganos compatibles con el donante de la célula adulta, evitando el problema del rechazo. Estas técnicas, conocidas como “clonación terapéutica”, también fueron reguladas por primera vez en España a través de la ley andaluza aprobada en 2007.

En los últimos diez años se han autorizado en Andalucía 60 proyectos en estas dos materias, que han sido desarrollados en centros sanitarios y de investigación de la Comunidad Autónoma. Los proyectos, que abarcan desde la investigación básica sobre los mecanismos de proliferación celular hasta la vinculada a terapias avanzadas, permiten progresar en el conocimiento de los mecanismos implicados en el cáncer, la diabetes, las enfermedades raras y las patologías neurodegenerativas, entre otras. Las investigaciones se canalizan a través de los centros asistenciales públicos, los institutos de investigación biomédica y la Iniciativa Andaluza de Terapias Avanzadas, que a su vez se compone de tres programas: Terapia Celular y Medicina Regenerativa; Genética Clínica y Medicina Genómica, y Nanomedicina. Estas tres líneas de trabajo se desarrollan fundamentalmente en el Centro Andaluz de Biología Molecular y Medicina Regenerativa (CABIMER), en Sevilla; el Centro Pfizer-Universidad de Granada-Junta de Andalucía de Genómica e Investigación Oncológica (GENYO), en Granada, y el Centro Andaluz de Nanomedicina y Biotecnología (BIONAND) de Málaga, respectivamente. La red de centros de investigación biomédica se completa, entre otros, con el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía, que integra el Banco Andaluz de Células Madre; el Centro Andaluz de Secuenciación Genómica Humana de Sevilla, que alberga el proyecto Genoma Médico, y el Laboratorio Andaluz de Reprogramación Celular (LARCEL), en colaboración con la Universidad de Michigan (Estados Unidos).

En los últimos cuatro años, la inversión de la Junta en investigación biomédica ha superado los 250 millones de euros. El presupuesto para 2015 alcanza los 72,5 millones de euros, un 9% más que en el pasado ejercicio.

Decreto 369/2015, de 4 de agosto, por el que se declaran determinadas zonas especiales de conservación con hábitats marinos del litoral andaluz (BOJA núm. 153, de 7 de agosto).

La declaración de un enclave o territorio como Zona Especial de Conservación

de hábitats marinos conlleva su inclusión en la red europea de espacios naturales Natura 2000, donde se integran los hábitats que se consideran de mayor valor ecológico a escala continental. La presencia en estos espacios de hábitats naturales de los que figuran en los Anexos de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres y de hábitats, justificó su inclusión en la lista de Lugares de Importancia Comunitaria de la Región Biogeográfica Mediterránea aprobada inicialmente por Decisión de Ejecución de la Comisión Europea de 19 de julio de 2006 y actualizada mediante sucesivas Decisiones de Ejecución, hasta la más reciente de 3 de diciembre de 2014

Esta declaración otorga un plus de reconocimiento tanto a los espacios que incorpora como a la gestión pública de los mismos. Andalucía tiene un peso muy destacado en esta red, ya que cuenta con una de las mayores extensiones de territorio protegido de la Unión Europea y la mayor de España: casi 2,7 millones de hectáreas, el 30% del total nacional. En el ámbito internacional, la región tiene reconocidas por la Unesco nueve de las 22 Reservas de Biosfera españolas, a lo que suma la consideración de Doñana como Patrimonio de la Humanidad.

Este Decreto declara Zonas Especiales de Conservación (ZEC) nueve áreas marítimo-terrestres del litoral andaluz, con una superficie total de 37.352 hectáreas. Se trata de Alborán y el Islote de San Andrés (Almería); los fondos marinos de Bahía de Cádiz, Marismas de Palmones y Estuario del Río Guadiaro (Cádiz); los acantilados y fondos marinos Tesorillo-Salobreña, Calahonda-Castell de Ferro y Punta de La Mona (Granada), y Calahonda en la provincia de Málaga.

La decisión eleva a 140 el número de espacios protegidos andaluces que cuentan con esta figura europea de la Red Natura 2000, cuyo objetivo es el mantenimiento y la recuperación de hábitats y especies de la flora y la fauna. Asimismo, las nuevas ZEC se suman a otras franjas marítimas ya protegidas en Andalucía, entre las que destacan las de Doñana (Huelva-Cádiz), el Estrecho (Cádiz), Cabo de Gata-Níjar (Almería) y Maro-Cerro Gordo (Málaga-Granada). Andalucía es actualmente la segunda comunidad autónoma española, después de las Islas Canarias, con mayor longitud de costa preservada: uno de cada tres kilómetros de su litoral se incluye en la red de espacios naturales.

Junto con la declaración de las ZEC, también se establece el contenido de los planes de gestión de los nuevos espacios, que deberán ser aprobados por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

Disposiciones Generales de la Comunidad Autónoma Andaluza*

Decreto-ley 4/2015, de 27 de agosto, por el que se modifican determinados artículos de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, y se adoptan otras medidas urgentes (BOJA núm. 171, de 2 de septiembre).

Este Decreto-ley reconoce a los funcionarios de la Administración andaluza los servicios previos como personal interino para computar la antigüedad en los concursos de traslado y promoción interna, a cuyo efecto modifica ciertos preceptos de la Ley 6/1985 de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, al tiempo que permite convocar las pruebas que han estado bloqueadas desde hace cuatro años y resolver los procedimientos de promoción interna realizados con anterioridad. La medida beneficia asimismo a los funcionarios de carrera que, por esta situación, no han podido solicitar un destino más cercano a sus poblaciones de origen o acceder a mayores responsabilidades.

El Decreto-ley se aprueba en un polémico trasfondo, muy prolongado en el tiempo, en el que el colectivo de funcionarios interinos ha venido reclamando su igualación con el resto de funcionarios en dos grandes cuestiones: los complementos salariales (trienios) y el cómputo de méritos a efectos de traslado y concursos de promoción interna.

En relación con los complementos salariales se recordará la polémica surgida en relación con la interpretación de la Directiva 1999/710/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre igualdad de condiciones de los trabajadores en cuestiones de política salarial y de trabajo de duración determinada, que puso sobre la mesa el problema del pago de trienios a los funcionarios interinos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y el del *dies a quo* para su cómputo (pues el art. 25.2 del EBEP reconocía el pago únicamente a partir de su entrada en vigor). También se recordará que la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el asunto Gavieiro, de 22 de diciembre de 2010, reconoció el derecho de los funcionarios interinos de las Ad-

* En esta sección, elaborada por Juan Antonio CARRILLO DONAIRE, se recogen y comentan las disposiciones generales más relevantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el tercer y último cuatrimestre de 2015 (septiembre-diciembre).

ministraciones españolas a poder cobrar lo que se les debería haber pagado desde el 10 de julio de 2001 (fecha límite para la transposición de la citada Directiva) hasta el 13 de mayo de 2007 (fecha en que entró en vigor el EBEP).

En relación con el derecho al cómputo de los méritos en caso de traslado y de promoción interna, el Decreto-ley sigue la recomendación evacuada por el del Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 200/2015, de marzo, en orden a adecuar la normativa autonómica a la mencionada Directiva 1999/710/CE en materia de igualdad de trato en los procesos de selección en el sector público, eliminando cualquier tipo de discriminación en la provisión de los puestos de trabajo.

La antigüedad, como mérito baremable, ha constituido el centro del debate en los recientes procesos judiciales que han tenido como objeto los procedimientos de promoción interna y provisión de puestos de trabajo convocados en el seno de la Administración General de la Junta de Andalucía, procesos en los que Jueces y Tribunales han llegado a conclusiones contradictorias sobre el tratamiento que en este contexto ha de darse a los servicios prestados por el personal funcionario interino.

El Decreto 2/2002, de 9 de enero, que aprobó el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, no contemplaba originariamente la posibilidad de valorar, a efectos de «antigüedad», la experiencia de quienes participan en los procedimientos de promoción y provisión reseñados y acreditaban servicios como personal funcionario interino. Posteriormente, el Decreto 528/2004, de 16 de noviembre, que adaptó el Derecho andaluz a la Directiva 1999/710/CE permitió la toma en consideración de los servicios prestados como funcionario interino a los efectos señalados. Pero esta medida fue declarada nula por distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, entre las que cabe destacar la Sentencia 370/2006, de 10 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, aplicándose en los concursos de méritos y procedimientos de promoción interna convocados con posterioridad, que ajustaron sus bases al criterio inicial mantenido por el Reglamento de 2002.

Posteriores resoluciones judiciales, dictadas tanto en el ámbito comunitario europeo como en el nacional, han puesto de manifiesto la controversia existente sobre la materia, siendo destacable a este respecto la divergencia de criterio entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que postula incluso la inaplicación de las normas de Derecho interno que contravienen el Ordenamiento Comunitario, y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que no advierte contradicción alguna entre uno y otro ordenamiento, y opta por mantener el régimen jurídico establecido en el texto ori-

ginal del Decreto 2/2002, aplicando criterios de antigüedad distintos para el personal funcionario de carrera e interino, en atención a la naturaleza «fija o temporal» de su relación con la Administración.

A raíz de la Sentencia de 29 de octubre de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Granada), la Junta de Andalucía, que de forma voluntaria había adecuado su actuación a los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tuvo que anular las actuaciones practicadas en los procedimientos de provisión de puestos que por entonces se encontraban en curso, lo que supuso no sólo un considerable retraso en la finalización de los mismos, sino también el inicio por parte de la Comisión Europea del “Proyecto Piloto 5241/13-EMPL, sobre igualdad de trato en los procedimientos de selección de personal en el sector público español, en relación con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE”.

Tampoco los procedimientos de promoción interna han quedado al margen de pronunciamientos judiciales contradictorios, pronunciamientos que también en este caso han obligado a la Administración a paralizar la tramitación de los mismos y, en ocasiones, a retrotraer algunas de las fases ya concluidas en el seno de dichos procedimientos, con la consiguiente dilación que de ello se deriva en lo que a los plazos de resolución se refiere.

Ante la necesidad de desbloquear esta compleja situación, la Consejería de Hacienda y Administración Pública solicitó un Dictamen facultativo sobre la cuestión al Consejo Consultivo de Andalucía (el ya citado Dictamen 200/2015). El Consejo Consultivo entendió que la situación descrita afecta a miles de funcionarios, y que la parálisis de los procedimientos de gestión y planificación de personal resulta dañina tanto para el normal funcionamiento de la Administración de la Junta, como para la carrera profesional del conjunto del personal funcionario, motivo por el que postula un cambio en la regulación existente que permita el reconocimiento de los servicios previos, a efectos de antigüedad, conforme a los principios establecidos en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, y en sintonía con la normativa aprobada por la generalidad de las Administraciones Públicas en España.

El referido Proyecto Piloto 5241/13-EMPL, que se configura como un trámite de instrucción previo a la apertura de un procedimiento de infracción del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ha llevado a la convicción de que los argumentos utilizados por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no son compatibles con la Directiva 1999/70/CE, motivo por el que con fecha 26 de marzo de 2015 la Comisión Europea remitió al Ministerio de Asuntos Exteriores la Carta de Empla-

zamiento-Infracción número 214/4224, actuación ésta que implica el inicio formal de un procedimiento de infracción al Estado español. A través de dicho documento, la Comisión expone los motivos por los que considera inaceptables los argumentos esgrimidos por las autoridades nacionales al tratar de evidenciar diferencias objetivas entre los funcionarios que han tenido un «contrato de duración determinada y el personal fijo».

En la indicada misiva se argumenta que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se desprende tanto de la formulación de la Directiva y del Acuerdo marco, como de su contexto y finalidad, que las disposiciones previstas también pueden aplicarse a los contratos y las relaciones laborales de duración determinada celebrados con las autoridades públicas y demás organismos del sector público, como expresamente se contempla en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, recaída en el caso Rosado Santana.

Igualmente, en esa misma Sentencia se indica que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. Y concluye advirtiendo que el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva.

A la vista de la importancia del principio de igualdad de trato y de no discriminación, la Carta de Emplazamiento-Infracción añade las disposiciones de la Directiva 1999/70/CE, que garantizan que los trabajadores con contrato de duración determinada disfrutan de las mismas ventajas que las que disfrutan los trabajadores fijos comparables, deben considerarse de alcance general, puesto que se trata de normas de Derecho social de la Unión Europea de especial importancia, de las que cada trabajador debería beneficiarse en tanto que disposiciones protectoras mínimas. Por consiguiente, el simple hecho de que un puesto de trabajo pueda clasificarse como «regulado» con arreglo al Derecho nacional y presente determinadas características propias de la función pública en el Estado miembro de que se trate carece de pertinencia para la aplicabilidad de la Directiva. En caso contrario, si los Estados miembros tuvieran la facultad de denegar a su antojo a determinadas categorías de personas la protección ofrecida por la Directiva, se pondrían en peligro su eficacia y su aplicación uniforme.

Asimismo, se hace alusión en este emplazamiento a la jurisprudencia del Tribunal

Superior de Justicia de Andalucía, concretamente se recoge que en relación con la cuestión de que no se tengan plenamente en cuenta los anteriores períodos pertinentes de empleo de duración determinada en el caso de los funcionarios que tuvieron un contrato de duración determinada y ahora son funcionarios permanentes o de carrera, a la hora de calcular la antigüedad, el salario y si cumplen los criterios para conseguir un ascenso, las autoridades españolas, apoyadas por una serie de sentencias del TSJ de Andalucía alegaron que, en la oposición para convertirse en funcionarios ya se tenían en cuenta los anteriores períodos de servicio como funcionarios con contrato de duración determinada. De tal manera que, si se tuvieran en cuenta posteriormente, esto significaría en la práctica que el anterior período de servicio se contabilizaría dos veces en detrimento de los funcionarios permanentes. Sin embargo, la Comisión Europea rechazó este argumento. En primer lugar, porque la norma es demasiado categórica y pasa por alto la situación de los funcionarios temporales que aprueban una oposición «normal» para la contratación de funcionarios de carrera; ya que, en este caso, a pesar de que hubieran superado las mismas pruebas que otros funcionarios permanentes, y de que el trabajo sea comparable, «se perderían» los períodos de servicio anteriores a la entrada en funciones. En segundo lugar, porque se prescinde por completo del período de servicio con independencia de su longitud. Cabe suponer que los funcionarios temporales trabajan durante períodos de tiempo diferentes con contratos de duración determinada antes de aprobar una oposición especial para convertirse en funcionarios de carrera. Aparte de la cuestión del número de veces que se intenta aprobar antes de conseguirlo, también existe un período (de años de duración) entre la celebración de estas oposiciones especiales para permitir que los funcionarios con contrato de duración determinada se conviertan en funcionarios permanentes. No se tienen en cuenta estas diferencias individuales. Finalmente concluye categóricamente que España ha incumplido las obligaciones que le corresponden con arreglo a la cláusula 4 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, sobre el trabajo de duración determinada.

Es evidente, por tanto, que la no modificación del marco jurídico aplicable podría suponer una sanción al Estado español por parte de Unión Europea dada la indicada situación de infracción de la Directiva 1999/70/CE, lo que ha motivado la urgente aprobación del Decreto-ley que ahora comentamos, cuyo principal propósito es corregir con la mayor celeridad posible una regulación no ajustada a la normativa comunitaria. Para resolver esta situación, el Decreto-ley modifica el baremo del Decreto 2/2002, de tal modo que, en el mérito correspondiente al “trabajo desarrollado”, se otorgará a la experiencia desempeñada en puestos provisionales la misma puntuación que a la adquirida en los definitivos. Asimismo, simplifica la valoración de este mérito ciñéndola a la experiencia en el puesto desempeñado en el momento de la convocatoria.

Además de evitar una sanción de la Comisión Europea, estos cambios normativos permitirán la celebración y resolución de concursos de méritos que deben convocarse cada seis meses, tras más de cuatro años sin llevarse a cabo, así como los de los procedimientos de promoción interna convocados hace poco más de un año. En los últimos concursos de méritos convocados en 2011 se ofrecieron 8.312 vacantes y se adjudicaron 6.250 plazas, de las que 3.405 fueron ocupadas por funcionarios en puestos base.

Decreto-Ley 5/2015, de 15 de septiembre, por el que se modifican el objeto y los fines de las Agencias Públicas Servicio Andaluz de Empleo y Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, estableciendo el procedimiento para culminar la integración de la red de consorcio Escuela de Formación para el Empleo (BOJA núm. 187, de 24 de septiembre).

Este Decreto-ley habilita la integración de los Consorcios Escuela de Formación Profesional para el Empleo en el Servicio Andaluz de Empleo (SAE), a través de la modificación de los fines de esta Agencia. La Red de Consorcios Escuelas de Formación para el Empleo gestiona una oferta formativa especializada con una capacidad docente cercana a los 5.000 alumnos en toda Andalucía y una oferta adaptada a las necesidades específicas de cualificación en sectores económicos de zonas concretas de la Comunidad Autónoma que ha alcanzado un nivel de inserción medio del 90%. La Red está integrada por los centros del Mármol en Fines (Almería); Hostelería en Cádiz; Joyería en Córdoba; Madera en Encinas Reales (Córdoba); Artesanía, Restauración y Rehabilitación de Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural en Granada; Hostelería en Islantilla (Lepe, Huelva); Hostelería y Turismo en Puente del Obispo (Baeza, Jaén); Hostelería en Benalmádena (Málaga); La Cónsula de Hostelería en Málaga, y Artesanos en Gelves (Sevilla).

El Decreto-ley dispone que los 167 trabajadores de los diez centros de la red como todo su equipamiento e infraestructura pasen a formar parte del SAE, justificando la “extraordinaria y urgente necesidad” requerida para su tramitación como Decreto-ley “por la inestable situación financiera que atraviesan los consorcios y la incertidumbre sobre la continuidad de su actividad”.

En la Exposición de Motivos de esta norma se recuerda que la actual situación de los consorcios se ha generado debido a las reformas introducidas por las nuevas leyes estatales de racionalización del sector público y de la Administración local, aprobadas en 2014 y 2013, respectivamente. Ambas normas establecieron modificaciones de calado que impiden la participación de las entidades locales en la red formativa andaluza.

A raíz de estas reformas de la normativa estatal, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó un Acuerdo, de 21 de octubre de 2014, que iniciaba la disolución de los Consorcios para su posterior cesión global de activos y pasivos al SAE. Para facilitar esta integración, el Decreto-Leyes modifica la Ley de creación de esta Agencia pública en el apartado dedicado a su objeto y fines, y se introduce entre ellos “la gestión de infraestructuras, los recursos humanos y el equipamiento de los centros de formación para el empleo de titularidad de la Junta de Andalucía”. Igualmente, se añade la ejecución de acciones incluidas en esta materia y la planificación de la oferta que se realice por parte de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio. Con esta cobertura jurídica, dicha Consejería podrá actuar como titular de las competencias en Formación Profesional para el Empleo, que en la pasada legislatura ostentaba Educación. Con esta finalidad, el Decreto-ley también modifica los fines y la denominación de la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, que a partir de ahora se llamará Agencia Pública Andaluza de Educación.

Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (BOJA núm. 193, de 2 de octubre).

Según la Ley 1/2014 de Transparencia Pública de Andalucía, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía es la máxima autoridad independiente de la Comunidad Autónoma en estas dos materias. Se trata de una institución independiente, homóloga del Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno (aunque asume también las funciones que a nivel estatal ejerce la Agencia Española de Protección de Datos). No obstante, para el ejercicio pleno de sus competencias en materia de protección de datos se prevé un régimen de asunción gradual hasta su completo traspaso por parte de la Agencia estatal que actualmente las desarrolla.

De este modo, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía está facultado para requerir a las Administraciones de la Comunidad la subsanación de incumplimientos en materia de transparencia y protección de datos; instar la apertura de procedimientos sancionadores, y resolver las reclamaciones que presenten los ciudadanos sobre acceso a la información pública, entre otras atribuciones. Su Director debe ser designado por mayoría absoluta del Parlamento andaluz, cosa que el Parlamento hizo en diciembre de 2015, recayendo la designación en la persona del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla D. Manuel Medina, miembro del Consejo de Redacción de esta Revista.

La organización del nuevo organismo girará en torno a la Dirección y a la Comisión Consultiva. De la primera dependerán las áreas de Transparencia y de Protección

de Datos; la Asesoría Jurídica, y la Secretaría General, mientras que la Comisión Consultiva de Transparencia y Protección de Datos se constituirá como el órgano de participación y asesoramiento en estas materias.

La Comisión Consultiva, órgano de participación y consulta, estará integrada por la persona titular de la Dirección del Consejo y 14 miembros: dos en representación de la Junta; un diputado del Parlamento andaluz; uno designado por la Oficina del Defensor del Pueblo; un consejero de la Cámara de Cuentas; un miembro de la asociación de municipios y provincias con mayor implantación; uno del Consejo Andaluz de Universidades; uno del Consejo de Personas Consumidoras y Usuarías de Andalucía; dos de los sindicatos; uno de la patronal, y tres expertos en transparencia y protección de datos. El desempeño de las actividades de estos vocales no conllevará retribución.

Decreto 143/2014, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía (BOJA núm. 219, de 11 de noviembre).

La Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, establece el marco general regulador de la oferta turística en Andalucía, que concibe el Registro de Turismo como un “instrumento de conocimiento del sector turístico, para poder ofrecer un conocimiento integral de la oferta turística en Andalucía, mostrar el marco previo necesario para la programación y la planificación turísticas y servir de base a las actividades de control por parte de la inspección, para así tratar de eliminar la clandestinidad y garantizar los derechos de las personas usuarias turísticas”.

El presente Decreto desarrolla la previsión contenida al efecto en el artículo 37.5 de la Ley. La norma que anteriormente regulaba estos aspectos era el Decreto 35/2008, de 5 de febrero, cuya actualización es necesaria tras la aprobación de la nueva Ley de Turismo; que, entre otros aspectos, estableció la posibilidad de eximir en la observancia de algunos de los requisitos exigidos a los establecimientos de alojamiento turístico para otorgar una determinada clasificación.

Por otra parte, se simplifica la estructura del Registro, dividiéndose en cuatro secciones, relativas a los servicios turísticos desarrollados reglamentariamente, que serán objeto de ordenación y control por parte de la Consejería competente en materia de turismo, los servicios turísticos no desarrollados reglamentariamente, las actividades con incidencia en el ámbito turístico, cuya incorporación al Registro será voluntaria y únicamente a efectos estadísticos y promocionales y, por último la sección correspondiente a aquellos actos que accedan al Registro de acuerdo con su normativa específica. Se mantiene como régimen general de acceso al Registro la presentación de una declaración

responsable, mediante la que las personas prestadoras de los distintos servicios desarrollados reglamentariamente, manifiestan el cumplimiento de los requisitos exigidos, mientras que para el resto de servicios y actividades se establece la posibilidad de presentar una comunicación previa de ejercicio de la actividad.

Finalmente, el Decreto establece un régimen transitorio para la adaptación a las previsiones relativas a las exenciones de algunos de los requisitos exigidos a los establecimientos de alojamiento turístico para otorgar una determinada clasificación, para aquellos que lo hubieran solicitado entre la entrada en vigor de la Ley 13/2011 y la aprobación de este Decreto, período en el que no se había desarrollado procedimiento alguno ni establecido los requisitos que podían eximirse en orden considerar las mismas, tal y como dispone el artículo 33.2 de la Ley.

Decreto 451/2015, de 10 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 287/2010, de 11 de mayo, por el que se crea el Registro de transportistas y medios de transporte de animales vivos de Andalucía y se regulan el procedimiento y los requisitos para su autorización y registro (BOJA núm. 224, de 18 de noviembre).

Se trata de una modificación puntual del Decreto que regula el registro de transportistas y medios de transporte de animales vivos para introducir medidas de simplificación de trámites y de adaptación de los requisitos de inscripción de este tipo de transporte a la normativa europea.

Respecto a la agilización de procedimientos, se reduce la carga de documentos adjuntos para la solicitud de autorización y se simplifica el relativo a la renovación, para la que sólo será necesaria una declaración responsable cuando no hayan variado las circunstancias que motivaron el permiso.

Por su parte, la adaptación a la normativa europea se refiere a la inclusión en el Registro de los transportistas, contenedores y medios de transporte de rehalas, jaurías y recovas integrantes de asociaciones o federaciones vinculadas a la actividad cinegética. La autorización e inscripción en este censo autonómico, obligatoria para poder iniciar la actividad, tendrá una vigencia de cinco años renovables y será automática para los más de 3.000 profesionales y otros tantos medios de transporte que figuran en las bases de datos de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural.

Decreto 494/2015, de 1 de diciembre, por el que se regula y gestiona el Programa de Tratamiento a Familias con Menores en situación de riesgo o desprotección (BOJA núm. 237, de 9 de diciembre).

La Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, configura el Sistema de Atención a la Infancia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, estableciendo los principios rectores a los que deben ajustarse las actuaciones públicas y los procedimientos necesarios para la aplicación de las medidas de defensa y protección de los y las menores. La Ley atribuye a las Corporaciones Locales de Andalucía las competencias para el desarrollo de las actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio. Igualmente, son competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo. En este sentido la Ley 26/2015, de 28 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece que esta intervención debe concretarse en la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo con la familia donde se recojan los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, a fin de preservar el superior interés del menor.

Por otra parte, la Ley 1/1998 también dispone que la Administración de la Junta de Andalucía es competente para la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a la protección de los y las menores en la Comunidad Autónoma, así como para el desarrollo reglamentario. Igualmente, señala, que es la entidad pública competente para el ejercicio de funciones de protección de menores que implican la separación del menor o la menor de su medio familiar y que la Administración de la Junta de Andalucía y las Corporaciones Locales establecerán los oportunos mecanismos de cooperación para el adecuado ejercicio de sus respectivas competencias.

Junto a lo anterior, la Ley establece que las Administraciones Públicas de Andalucía desarrollarán programas destinados a adoptar medidas preventivas para evitar que se produzcan situaciones de malos tratos físicos, psíquicos o sexuales, uso y tráfico de estupefacientes, drogas tóxicas y sustancias psicotrópicas, mendicidad infantil, explotación laboral, exposición y venta de menores o cualquier otra circunstancia que pueda interpretarse como explotación de los mismos, disponiéndose que el apoyo técnico consistirá en intervenciones de carácter social y terapéutico en favor del menor y su propia familia y tenderá a la prevención de situaciones de desarraigo familiar, así como a la reinserción del menor en ella.

En este contexto legal, la Consejería con competencias en materia de infancia y familias, en cooperación con las Entidades Locales, ha impulsado y patrocinado desde el año 2000 el diseño y la implantación de un Programa de Tratamiento a Familias con Menores, de carácter eminentemente preventivo, que, desde sus inicios, tiene la finalidad de preservar los derechos y promover el desarrollo integral de los y las menores evi-

tando la separación de la familia y normalizando su situación. La implantación de dicho Programa se realizó a través de la Orden de 20 de junio de 2005, por la que se regulan las bases para otorgar subvenciones a Entidades Locales para la realización de Programas de Tratamiento a Familias con Menores, que fue parcialmente modificada mediante Orden de 25 de julio de 2006; distribuyéndose los Equipos de Tratamiento Familiar de acuerdo con el marco competencial establecido en materia de Servicios Sociales de las Entidades Locales, según lo dispuesto por la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, y con objeto de cubrir la totalidad del territorio andaluz.

Este modelo de colaboración interadministrativa fue alterado tras la modificación efectuada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que introdujo cambios significativos en el régimen competencial de las Entidades Locales; que fueron objeto de desarrollo, en el ámbito andaluz, por el Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

La finalidad principal del Decreto 494/2015 por el que se regula y gestiona el Programa de Tratamiento a Familias con Menores en situación de riesgo o desprotección es, por un lado, reafirmar el Programa de Tratamiento a Familias con Menores y, por otro, modificar el sistema de financiación actual en base a subvenciones por un sistema de transferencias a las Entidades Locales, que se considera el más adecuado en el nuevo marco competencial.

Ley 1/2015, de 21 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2016 (BOJA núm. 247, de 23 de diciembre).

Durante los primeros meses de 2015 la economía andaluza creció a un ritmo anualizado del 3,6%, comparable al que se registraba en los años anteriores a la crisis, y encadena siete trimestres consecutivos de tasas positivas de variación. La demanda interna está intensificando su contribución al crecimiento, en el que cabe destacar la subida del consumo final de los hogares (un 3,3% en el primer trimestre del año) y, sobre todo, la de la inversión, cuya tasa de variación es a final del primer trimestre la más elevada desde 2006.

El positivo comportamiento de la economía andaluza se refleja también en las iniciativas empresariales y en la evolución del empleo. En el primer caso, con una creación de sociedades mercantiles cuya tasa en términos netos triplica la del conjunto del

país durante el primer semestre del año. Por lo que se refiere al empleo, Andalucía es la Comunidad Autónoma que ha creado más empleo durante el último año: en agosto de 2015 se acumulaban 21 meses consecutivos de crecimiento interanual de la afiliación a la Seguridad Social y el paro registrado se ha reducido por debajo del millón de personas, con un ritmo interanual de descenso superior al registrado por la media nacional.

Esta evolución permite afrontar las previsiones presupuestarias desde la certeza de que la economía de la región muestra síntomas de estabilidad y recuperación. El aumento de la actividad económica respalda unas perspectivas más favorables para los ingresos que, a diferencia de años centrales de la crisis, se incrementan respecto al ejercicio inmediatamente anterior. Tanto las entregas a cuenta del sistema de financiación como los tributos propios y los gestionados por la Comunidad Autónoma muestran una trayectoria creciente, compensada en parte por las menores transferencias de la Unión Europea como consecuencia de la aplicación del nuevo marco financiero.

Pese al incremento de los ingresos, el proceso de consolidación fiscal diseñado por el Gobierno de España exige un nuevo esfuerzo a las Comunidades Autónomas mediante la reducción del objetivo de déficit público hasta el -0,3% del PIB regional, lo que representa que en 2016 Andalucía habrá de presentar un superávit estructural del 0,2% del PIB regional. Con ello, Andalucía alcanzará el objetivo del art. 135 de la Constitución y que la Ley de Estabilidad Presupuestaria exige para 2020.

Dejar atrás la recesión no significa dejar atrás también sus consecuencias. La intensidad de la crisis y las políticas de austeridad a ultranza han dado lugar a un escenario económico y social muy diferente al que existía antes de 2008. Se ha producido un deterioro de la cohesión social, agravado por el aumento de la desigualdad. Es fundamental que en este momento de inflexión del escenario macroeconómico las políticas públicas se orienten a revertir esta tendencia, cerrando la brecha social a través del reparto equitativo de los frutos de la recuperación económica.

Bajo estas premisas, la política presupuestaria en 2016 persigue alcanzar un equilibrio en el que simultáneamente se avance en la defensa y recuperación de las políticas sociales, se impulse la economía productiva y se dé cumplimiento a las obligaciones de consolidación fiscal.

Los recursos destinados a fortalecer los servicios públicos fundamentales no constituyen únicamente una inversión en capital social; son también fuente importantísima de riqueza, crecimiento y, particularmente, de empleo. A este respecto, el Presupuesto de 2016 recoge los recursos necesarios para reintegrar a los empleados y em-

pleadas públicos, a cuyo cargo se encuentra la prestación de estos servicios, los derechos que les fueron transitoriamente retirados durante los años de la crisis.

En conexión con la defensa del sistema de protección social, la primera obligación de los responsables públicos es ofrecer una respuesta eficaz a las personas que están viviendo situaciones de emergencia social, asociadas a la pérdida de su vivienda, a la pobreza energética o, en general, a la carencia de recursos para mantener los mínimos vitales. Por esta razón, en el Presupuesto de 2016 se recogen diversas partidas que van destinadas a proporcionar a estas personas el soporte necesario para poder llevar una vida digna en tanto se solventa su situación.

Acompañando a las medidas anteriores, el Presupuesto también consolida la apuesta de la Junta de Andalucía por la educación y la sanidad públicas y de calidad. Las cuentas de 2016 potencian la apuesta por la investigación sanitaria, por la mejora de la eficiencia en la gestión y por la ampliación de las prestaciones en estrecha colaboración con los servicios sociales. La mejora del sistema educativo constituye otro de los principales compromisos del Gobierno andaluz, vinculándose sus recursos a las políticas de empleo, con la que comparten este fin. A pesar de la mejora que se advierte en el mercado de trabajo, la tasa de desempleo continúa siendo inaceptablemente elevada, al tiempo que se puede constatar un empeoramiento generalizado en las condiciones laborales, más acusado en el caso de las mujeres. La respuesta de la Junta de Andalucía es promover desde el diálogo social una política que favorezca la empleabilidad, mejorando la cualificación, y que contribuya a la reorientación de un modelo productivo que tenga en cuenta las brechas de género existentes, haciéndolo más competitivo mediante el aumento de la productividad y no reduciendo las retribuciones y recortando los derechos de los trabajadores.

La crisis ha supuesto un freno a las inversiones públicas en los últimos años. Sin embargo, los principales organismos internacionales apuestan por una recuperación de los niveles de inversión, no solo como fuente de estímulo a la demanda agregada que sostenga el crecimiento actual, sino también como garantía del crecimiento futuro. Las restricciones presupuestarias y crediticias junto con las condiciones de incertidumbre de los últimos años han afectado seriamente a la formación bruta de capital, de manera que ahora es imprescindible reanudar el proceso de acumulación de capital si se quiere asegurar el incremento sostenido de la actividad económica. Por esta razón, desde el Presupuesto de 2016 se ofrece financiación a proyectos estratégicos de inversión que tengan viabilidad contrastada y que contribuyan a la generación de empleo.

Además, las cuentas de 2016 buscan reforzar el compromiso con las empresas y con los autónomos mediante planes específicos de apoyo, como los destinados a la in-

ternacionalización de las empresas, al fomento del emprendimiento o los incentivos fiscales. Planes que se complementan con las actuaciones sectoriales de apoyo tanto a los ámbitos más innovadores como a la modernización de los sectores tradicionales.

El texto articulado de la Ley de Presupuestos para 2016 consta de cuarenta y cinco artículos, distribuidos en siete títulos, que se completan en su parte final con diecinueve disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y once disposiciones finales.

El Título I, «De los créditos iniciales y sus modificaciones», introduce en su art. 1 una mejora técnica en la definición del ámbito del Presupuesto de la Comunidad Autónoma, haciéndolo más congruente con lo dispuesto en el art. 4 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública en cuanto a la definición de las sociedades mercantiles del sector público andaluz. A continuación, el art. 2 aprueba los créditos de los presupuestos que integran los estados consolidados, abarcando a la Junta de Andalucía y sus instituciones, las agencias administrativas y las agencias de régimen especial. El art. 3 comprende las cifras de los presupuestos de explotación y capital de las agencias públicas empresariales y sociedades mercantiles del sector público andaluz participadas mayoritariamente por la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias y demás entidades de derecho público, así como de los presupuestos de los fondos sin personalidad jurídica y de los consorcios, fundaciones y demás entidades del sector público andaluz. En este último se integran las entidades que en Leyes del Presupuesto anteriores aparecían singularizadas como «otras entidades controladas o financiadas al menos en un cincuenta por ciento por la Comunidad Autónoma de Andalucía», consecuencia de la entrada en vigor de lo establecido en la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según modificación introducida por la disposición final segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. El art. 4 recoge la relación de entidades que perciben transferencias de financiación con cargo al Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la cual se ve modificada como consecuencia de la integración de las Agencias de régimen especial en el Presupuesto consolidado. Así, las transferencias para la financiación de las agencias administrativas y de régimen especial se configuran como transferencias internas propias de un régimen de contabilidad presupuestaria. El art. 5 recoge la cifra de los beneficios fiscales del Presupuesto 2016.

Respecto del régimen de vinculación de los créditos para el ejercicio 2016, se revisan los supuestos en relación con las necesidades de gestión presupuestaria. Se trasladan a la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía algunas de

las reglas de vinculación que vienen siendo estables a lo largo de los últimos años, dando así un carácter de permanencia a las mismas. La redacción de las reglas de vinculación se mejora, para orientarlas a su aplicación.

La Ley recoge *ex novo* los créditos «declarados específicamente como vinculantes». Dicha expresión, recogida en el artículo 45.6, letra b, del texto refundido la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, venía aplicándose, mediante la interpretación sistemática, unitaria y funcional de la misma comúnmente aceptada, a los créditos que se mencionaban «con el nivel de desagregación con el que figuren en los programas de gastos» en el artículo 39 del citado texto refundido y cada año en la Ley del Presupuesto.

Por otro lado, se declaran en el art. 7 los créditos ampliables para 2016.

Siguiendo en la línea de apoyar la eficiencia del sector público andaluz y la sostenibilidad financiera de la Administración de la Comunidad Autónoma a la especial regulación del régimen presupuestario de los sectores sanitario y educativo, se añade un seguimiento específico al sistema de atención social, por su importancia relativa desde un punto de vista presupuestario (arts. 8 a 10).

Continúa requiriéndose la elaboración de Planes de Ajuste individualizados para el seguimiento de las previsiones contenidas en la Ley, en relación con los entes que se encuentran sometidos a control financiero permanente (art. 11).

En el Título II, «De los créditos de personal», se incluyen las normas que regulan el régimen de las retribuciones del personal al servicio del sector público andaluz, recogiendo la normativa estatal de carácter básico. Asimismo, se regula en este título la Oferta de Empleo Público, estableciéndose que durante el año 2016 podrá procederse a la incorporación de nuevo personal en el sector público andaluz en los sectores determinados como prioritarios por la legislación básica del Estado, hasta el máximo del cien por cien de la tasa de reposición, y, en los restantes sectores, hasta el máximo del cincuenta por ciento de dicha tasa, con un régimen específico para las entidades instrumentales y consorcios del sector público andaluz. Se mantiene la contratación de personal laboral temporal y el nombramiento de personal estatutario temporal o funcionario interino solo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables. En cuanto a la contratación de personal fijo, la Ley incluye, como novedad, la necesidad de solicitar autorización de esta Consejería con carácter previo a la aplicación del porcentaje correspondiente de la tasa de reposición, lo que va a permitir mantener la necesaria coordinación en todos los ámbitos del sector público andaluz en cuanto al control y seguimiento de los gastos de personal y evolución de sus

plantillas. En sede de retribuciones del personal laboral, se incluye también al personal excluido de negociación colectiva o no sujeto a convenio colectivo para darle una regulación diferenciada del que ejerce funciones de alta dirección, con la finalidad de clarificar la delimitación de este personal y unificar en un mismo artículo a todo el personal sometido a legislación laboral común.

El Título III está dedicado a la gestión y control presupuestarios. En él se regula para el ejercicio 2016 el régimen de autorizaciones de gastos de carácter plurianual, las competencias del Consejo de Gobierno para la autorización de gastos, las normas especiales en materia de subvenciones y ayudas y la financiación complementaria en los conciertos educativos de régimen singular. En su art. 29, referido a las normas en materia de subvenciones y ayudas, se han incorporado los apartados 5 y 6, que modifican el procedimiento seguido hasta ahora en la gestión presupuestaria de las subvenciones. Este cambio consiste en la necesidad de tramitar el correspondiente expediente de gasto público con anterioridad a la convocatoria de las subvenciones y, por ende, antes de su concesión a favor de los beneficiarios. Con ello se pretende dotar de mayor rigor a la gestión presupuestaria del gasto subvencional, al exigirse la reserva previa de crédito, antes de efectuarse cualquier convocatoria de subvenciones, tanto en la modalidad de concurrencia competitiva como en la no competitiva. El artículo 31 establece el régimen de financiación de la actividad de las entidades del sector público andaluz con cargo a aportaciones del Presupuesto. En la línea de las recomendaciones de la Cámara de Cuentas de Andalucía, tras la consolidación presupuestaria de las agencias de régimen especial y conforme al artículo 58 bis del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, se traslada íntegramente su régimen de financiación a dicho texto refundido. Por último, se mantiene el régimen de las modificaciones que minoren las transferencias corrientes a corporaciones locales, y la regulación específica de los gastos realizados en información, divulgación y publicidad.

En el Título IV, relativo a las operaciones financieras, se regula tanto el límite de endeudamiento como el límite de avales a prestar por la Junta de Andalucía. En materia de garantía, se determina el importe máximo de los avales que la Junta de Andalucía puede prestar durante el ejercicio 2016 a Corporaciones locales e instituciones que revistan especial interés para la Comunidad Autónoma.

El objeto fundamental de este Título es autorizar el límite cuantitativo hasta el cual la Junta de Andalucía puede realizar operaciones de endeudamiento a largo plazo, que se determina en referencia a la cuantía del incremento del saldo vivo de la deuda a 31 de diciembre. De esta forma, para el ejercicio 2016 se autoriza al Consejo de Gobierno para que incremente la deuda, con la limitación de que su saldo vivo a 31

de diciembre de 2016 no supere el correspondiente al 1 de enero de 2016 en la cifra establecida, permitiéndose que este límite sea sobrepasado durante el curso del ejercicio y estableciéndose unos supuestos de revisión automática del mismo.

Esta regulación se completa con el régimen de autorización para el endeudamiento de las agencias públicas empresariales y de régimen especial, y del resto de entes cuya deuda consolida con el endeudamiento de la Comunidad Autónoma, así como con la obligación de remisión de información que deben suministrar los entes instrumentales sobre esta materia.

Finalmente, al igual que en ejercicios anteriores, se establece la posibilidad de efectuar pagos anticipados de tesorería a las Corporaciones Locales con cargo a la participación en los tributos de la Comunidad Autónoma y de la participación en los ingresos del Estado.

En el Título V se prevé mantener el importe de las tasas de cuantía fija de la Comunidad Autónoma en la cuantía exigible para el ejercicio 2015, habida cuenta de la actual estabilidad de los precios. Junto a ello, se aprueban los coeficientes correctores de las tasas portuarias para el ejercicio 2016. El Título VI establece normas relativas a la transferencia y delegación de competencias entre la Comunidad Autónoma de Andalucía y las entidades locales de su territorio. El Título VII hace referencia a la información y documentación que debe remitirse al Parlamento de Andalucía.

Las disposiciones adicionales establecen, como medida automática de prevención, un ajuste del gasto público atendiendo a los datos de ejecución presupuestaria, con objeto de asegurar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad al cierre del ejercicio. Asimismo, recoge la autorización a la Consejería de Hacienda y Administración Pública para efectuar las adaptaciones que procedan como consecuencia de reorganizaciones administrativas, así como para adecuar los créditos cofinanciados por recursos de la Unión Europea, dentro de un marco plurianual, a la reprogramación que finalmente apruebe la Comisión Europea, mediante la realización de las operaciones presupuestarias y reajustes de anualidades futuras que sean necesarios.

La disposición adicional cuarta, en cumplimiento del mandato de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, y atendiendo a los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública establecidos para las Comunidades Autónomas y a la garantía de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de la andaluza, enumera las que se aplican durante el ejercicio 2016. No obstante, con el alcance y extensión que permiten las cir-

circunstancias económicas, se continúa dando cumplimiento al compromiso de recuperación progresiva de los derechos del personal empleado público en relación con las medidas de carácter extraordinario y temporal previstas en dicha Ley. Así, el personal funcionario interino, estatutario temporal, laboral temporal e indefinido no fijo recupera el cien por cien de su jornada y retribuciones.

En cuanto a las retribuciones del profesorado de la enseñanza concertada, la disposición adicional sexta habilita a la Consejería de Educación a restituir, durante el ejercicio 2016, la equiparación de las retribuciones con las del personal de la enseñanza pública.

Además, la disposición adicional undécima regula la cancelación de las obligaciones de pago de los entes instrumentales frente a la Junta de Andalucía derivadas de los vencimientos de deuda que puedan ser cubiertos con los mecanismos de apoyo a la liquidez previstos en la normativa estatal.

De acuerdo con la disposición adicional decimocuarta, las funcionarias en estado de gestación disfrutarán de un permiso retribuido regulado en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, desde la entrada en vigor de esta Ley, permiso que, a través de la negociación colectiva, puede extenderse al personal laboral.

Por último, la disposición adicional decimoquinta, en cumplimiento de los compromisos asumidos en el Acuerdo de 15 de julio de 2015, para la defensa y mejora del empleo público en la Administración de la Junta de Andalucía, establece que en el mes de febrero de 2016 se percibirá la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extraordinaria y adicional, o importes equivalentes, del mes de diciembre de 2012.

Las disposiciones transitorias establecen, por su parte, el régimen de retribuciones complementarias del personal al servicio de la Administración de Justicia.

La disposición derogatoria única contempla la revisión normativa sobre régimen de financiación de las agencias de régimen especial, por cuanto el contenido del artículo 63 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía se traslada a otros preceptos del mismo, principalmente al artículo 39.

En cuanto a las disposiciones finales, destaca la modificación del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, de cuyo contenido cabe resaltar los siguientes aspectos:

a) los preceptos contenidos en el Capítulo IV del Título II serán específicos para las entidades con presupuesto estimativo y contabilidad no presupuestaria. Así, los presupuestos de ingresos y gastos de las agencias de régimen especial encuentran ahora su regulación específica sobre vinculación de créditos y modificaciones presupuestarias en los artículos 39 y 40, preceptos adecuados a la naturaleza de la norma y de este tipo de entidades;

b) de otra parte, se clarifican y sistematizan las normas de vinculación de créditos, mediante la utilización de reglas generales y especiales de aplicación, junto con la atribución de competencias de modificación presupuestaria conforme a dichas limitaciones;

c) también se mejora técnicamente la descripción de los ingresos como una de las fuentes de financiación de las ampliaciones de crédito, al contemplarse en la nueva redacción no solo los ingresos no previstos en el Presupuesto inicial, sino también los que superen a los contemplados en dicho Presupuesto. De esta manera quedan completadas las dos posibilidades lógicas de ampliar crédito como consecuencia de mayores ingresos respecto a los previstos inicialmente y, al mismo tiempo, se equipara la descripción de esta fuente de financiación a la equivalente prevista para las generaciones de crédito en el artículo 46 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública;

d) se modifica el artículo 40 en materia de gastos plurianuales; a este respecto se clarifica uno de los supuestos habilitantes para este tipo de gastos, el previsto en la letra a del apartado 2 de dicho precepto, al contemplar no solo las transferencias de capital, sino también las subvenciones de esta misma naturaleza económica. Esta modificación hace más coherente el precepto legal afectado, al equiparar la redacción del citado supuesto a la que presenta la letra e del considerado apartado, para las transferencias y subvenciones de carácter corriente;

e) se da nueva redacción al artículo 93; la modificación va dirigida a que se garantice la adecuada colaboración con la Intervención General de la Junta de Andalucía en sus tareas de control financiero mediante técnicas de auditoría, evitando de esta manera aquellos comportamientos de las entidades auditadas que puedan retrasar dichas tareas o que lleguen a imposibilitarlas, dando lugar a una denegación de opinión;

f) se incorpora una nueva disposición, como apartado 8 del artículo 94, que tiene como finalidad extender el régimen de informe previo suspensivo que contemplaba la anterior redacción del apartado 3 del artículo 93 a todas aquellas entidades sometidas al control financiero permanente, y que se considera como un instrumento adecuado y efectivo de control;

g) se introducen modificaciones en el artículo 95 bis, relativo a los informes de control financiero de subvenciones y sus efectos;

h) las modificaciones legales operadas en el artículo 96, relativo a la «Contratación de auditorías», pretenden determinar de forma clara y precisa los casos y entidades del sector público de la Junta de Andalucía que deben solicitar de la Intervención General el informe previo a la contratación de auditorías regulado en dicho artículo; e,

i) se modifica el artículo 129, sobre régimen sancionador en materia de subvenciones, para incorporar un nuevo apartado que regule la responsabilidad de los auditores de cuentas cuando emitan un informe que no se ajuste a la realidad de la justificación de la subvención de que se trate, a fin de garantizar una correcta aplicación de los fondos públicos.

La disposición final segunda añade un nuevo apartado 12 al art. 106 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, sobre encomiendas de gestión de actuaciones competencia de las Consejerías, de sus agencias y del resto de entidades a favor de entes que tengan la consideración de medios propios, estableciendo la necesidad de que las memorias de las cuentas anuales de las entidades receptoras de encomiendas incluyan información del coste de realización material de la totalidad de las encomiendas realizadas en el ejercicio económico.

Por último, se adoptan una serie de medidas fiscales que afectan al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre Hidrocarburos. Por lo que se refiere al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se aproximan los tramos de la escala autonómica del Impuesto a los que corresponden a la escala estatal a aplicar a partir de 2016, y además se desglosan los tramos estatales tercero y cuarto, rebajando los tipos de gravamen aplicables, mejorando la tributación en Andalucía de las rentas bajas y medias. En el Impuesto sobre Hidrocarburos se establece el tipo de devolución de la Comunidad Autónoma de Andalucía aplicable al gasóleo profesional. Con ello se pretende mejorar la competitividad de la Comunidad Autónoma, al abaratar el coste del transporte profesional de personas y mercancías.

Además, en la disposición final quinta, modifica el tipo impositivo del Impuesto sobre las Bolsas de Plástico de un Solo Uso en Andalucía, que queda reducido a 5 céntimos de euro.

Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma

Acuerdo de 20 de octubre de 2015, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba inicialmente el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica Tinto, Odiel y Piedras; Acuerdo de 20 de octubre de 2015, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba inicialmente el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica Cuencas Mediterráneas Andaluzas; Acuerdo de 20 de octubre de 2015, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba inicialmente el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica Guadalete y Barbate. Boletín número 213 de 03/11/2015

La planificación hidrológica que desde hace décadas se venía realizando en nuestro país y que se ha reconocido, junto con el principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica, como una de las grandes aportaciones a la gestión del agua realizada por España, ha tenido que ampliar su concepto para recoger el enfoque y los contenidos exigidos por la Directiva Marco del Agua, en cuanto a la protección de las aguas y de los ecosistemas a ellas asociados.

El actual marco jurídico de la planificación hidrológica está integrado por un conjunto de disposiciones normativas de diferente rango, entre las que destaca la referida Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas alrededor de tres ejes fundamentales, como son: la sostenibilidad ambiental, la racionalidad económica y la transparencia y participación social.

La incorporación al derecho español de las cuestiones preeminentes contenidas en la Directiva Marco del Agua, en relación con la planificación hidrológica, se llevó a cabo a través de modificaciones introducidas en el año 2003, en el Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

Por su parte y en virtud del artículo 50 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, la Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas en materia de aguas que transcurran íntegramente por Andalucía y sobre la base de ello publica la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía, donde se establece unos principios y unos objetivos con los que intenta apartarse y superar políticas mera-

mente basadas en el tratamiento del agua como recurso exclusivamente económico que han mostrado, tanto en el ámbito del agua como en cualquier otro relacionado con la utilización de los recursos naturales, sus claras limitaciones y aún sus efectos contrarios a la conservación ambiental.

Por lo tanto, el perfil ambiental que la Directiva Marco del Agua da al recurso hídrico instaurando un marco para la protección de las aguas conlleva, ineludiblemente, la planificación de los estados cualitativos de las mismas, es decir, de los objetivos ambientales.

El desarrollo de estos aspectos, recogidos en una norma de rango legal como el Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, antes citado y la Ley 9/2010 de Aguas de Andalucía, se ha materializado en el Reglamento de la Planificación Hidrológica, aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, en el que se plasma la dualidad de contenidos antes mencionada, para la planificación hidrológica española.

Acuerdo de 20 de octubre de 2015, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba inicialmente el Plan de Gestión del Riesgo de Inundación de la Demarcación Hidrográfica del Tinto, Odiel y Piedras. 2016-2021. Acuerdo de 20 de octubre de 2015, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba inicialmente el Plan de Gestión del Riesgo de Inundación de la Demarcación Hidrográfica del Guadalete y Barbate 2016-2021. Acuerdo de 20 de octubre de 2015, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba inicialmente el Plan de Gestión del Riesgo de Inundación de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas. 2016-2021. Boletín número 213 de 03/11/2015.

Con fecha de 23 de octubre de 2007, se aprobó la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, transpuesta al ordenamiento jurídico español por Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación.

Por su parte y en virtud del artículo 50 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, la Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas en materia de aguas que transcurran íntegramente por Andalucía y en base a ello aprueba la Ley 9/2010, de Aguas de Andalucía, donde se establecen los instrumentos para la planificación del riesgo de inundación. Así mismo, la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencias exclusivas en la delimitación de las zonas inundables de Andalucía.

Además el Plan de Prevención de Avenidas de Inundaciones en Cauces Urbanos Andaluces, aprobado por Decreto 189/2002, de 2 de julio, que constituye el marco general de intervención en la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de prevención de avenidas e inundaciones.

a planificación del riesgo de inundación es un requerimiento legal recogido en el artículo 1 del Real Decreto 903/2010 y en el artículo 60 de la Ley 9/2010, que establecen que la planificación tiene como objetivos obtener un adecuado conocimiento y evaluación de los riesgos asociados a las inundaciones, y lograr una actuación coordinada de todas las Administraciones Públicas y la sociedad para reducir las consecuencias negativas sobre la salud y la seguridad de las personas y de los bienes, así como sobre el medio ambiente, el patrimonio cultural, la actividad económica y las infraestructuras, asociadas a las inundaciones del territorio al que afecten.

En los artículos 58, 59 y 60 de la Ley de Aguas de Andalucía se establecen como instrumentos de prevención del riesgo de inundación la Evaluación Preliminar del Riesgo de Inundación, los Mapas de Peligrosidad por Inundaciones y los de Riesgo de Inundación y los Planes de Gestión del Riesgo de Inundación.

El contenido del Plan de Gestión ha sido estructurado en una Memoria, sus Anejos y en el Informe de Sostenibilidad Ambiental y su Memoria Ambiental.

Acuerdo de 3 de noviembre de 2015, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza Horizonte 2020. Boletín número 219 de 11/11/2015

El Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza Horizonte 2020, cuya formulación se regula mediante el Acuerdo de 2 de julio de 2013, del Consejo de Gobierno (BOJA núm. 129, de 4 de julio), sintetiza estas políticas de impulso a la internacionalización de la economía andaluza.

Dicho Plan contiene un amplio diagnóstico del sector exterior andaluz, a partir del cual se ha diseñado un conjunto de estrategias, líneas y medidas dedicadas al logro de los siguientes objetivos:

- Incrementar la aportación del sector exterior al PIB, tanto en términos cuantitativos generales como de manera prioritaria en aquellos sectores con mayor potencial y peso en la economía, bajo criterios de sostenibilidad social y medio ambiental.

- Sostener y generar empleo de calidad propiciando el desarrollo de profesionales capacitados para estimular la internacionalización, lo que debe traducirse en incremento de empleo vinculado a la actividad exterior.

- Fortalecer el tejido empresarial andaluz, impulsando la presencia de los productos y servicios andaluces en los mercados internacionales, al objeto de mejorar la competitividad de las empresas andaluzas, en particular las pymes y micropymes, promoviendo la innovación empresarial en estrategias de internacionalización.

- Reforzar la diversificación geográfica de las exportaciones y las empresas internacionalizadas.

- Promover la captación de Inversión Extranjera en Andalucía.

Asimismo, el Plan contiene las previsiones oportunas para el establecimiento de mecanismos de seguimiento y evaluación, en el marco de la concertación social y en cumplimiento de los principios de gobernanza y transparencia.

Decreto 477/2015, de 17 de noviembre, por el que se regulan los Órganos Colegiados de Participación Administrativa y Social de la Administración Andaluza del Agua. Boletín número 240 de 14/12/2015.

El Acuerdo Andaluz por el Agua, ratificado por el Presidente de la Junta de Andalucía y por los principales agentes económicos y sociales de nuestra Comunidad Autónoma el 3 de febrero de 2009, señala la importancia de extender esa participación activa de las partes interesadas a la sociedad en general. Los procesos de participación representan una oportunidad para obtener el compromiso de todos los agentes, bajo los principios de colaboración, coordinación, respeto institucional y mutua lealtad de las Administraciones. Esa participación activa incluye además de los usuarios y gestores, a los agentes económicos y sociales, consumidores y vecinos, organizaciones de defensa de intereses ambientales, científicos y técnicos del área del conocimiento hidrológico y usos del agua, a través de su incorporación a órganos de participación que sirvan para la toma de decisiones generales y estratégicas sobre la política de aguas y la planificación hidrológica.

En este contexto, la Ley 9/2010, de 30 de julio, en su artículo 7.1.a).7.º reconoce entre otros derechos de los usuarios del agua, el participar, de forma activa y real, en la planificación y gestión del agua, integrándose en los órganos colegiados de participación y decisión de la administración del agua, bien directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen y repre-

senten, en la forma que reglamentariamente se determine. Como corolario de dicho precepto, el artículo 10 de dicha Ley, prevé que, entre los órganos que integren la Administración Andaluza del Agua, deben incluirse órganos colegiados de participación administrativa y social, de carácter decisorio, asesores y de control, para el cumplimiento de los principios de participación y transparencia en la gestión de la Administración del Agua, entre los que deben participar los agentes económicos y sociales, así como las entidades representativas de los distintos intereses implicados. Asimismo dichos órganos se determinarán mediante Decreto del Consejo de Gobierno.

Por otro lado el artículo 18 de la citada Ley, establece que mediante Decreto del Consejo de Gobierno, se establecerán los órganos colegiados de gestión y coordinación que garanticen la participación de las personas interesadas en la Administración del Agua.

En este marco normativo, y en el ejercicio de la potestad de autoorganización han sido creados los siguientes órganos de participación, tales como la Comisión de Autoridades Competentes, el Consejo Andaluz del Agua y el observatorio del Agua, previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, y desarrollados reglamentariamente mediante el Decreto 14/2012, de 31 de enero, por el que se crea la Comisión de Autoridades Competentes de las demarcaciones hidrográficas de las cuencas intracomunitarias situadas en Andalucía y se regula su organización, funcionamiento y atribuciones, el Decreto 202/1995, de 1 de agosto, por el que se crea el Consejo Andaluz del Agua y el Decreto 52/2010, de 29 de febrero, por el que se regula el Observatorio del Agua de Andalucía, respectivamente.

Asimismo, mediante el artículo 15 del Decreto 55/2005, de 7 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua, y sus posteriores modificaciones, en concreto el artículo 16 del Decreto 2/2009, de 7 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua, fueron creadas las Comisiones del Agua, que pasan ahora a denominarse Consejos del Agua de las Demarcaciones Hidrográficas. Igualmente, mediante el artículo 15 del citado Decreto 55/2005, de 7 de enero, fueron también creados los Comités de Gestión, que fueron desarrollados posteriormente mediante Orden de 31 de mayo de 2007, por la que se crean los Comités de Gestión y se establecen los procedimientos y criterios de elección de miembros en la Comisión del Agua.

Finalmente, las Comisiones de Gestión de la Sequía fueron reguladas con anterioridad, si bien únicamente para la provincia de Málaga, por el Decreto 240/2005, de 2 de noviembre, por el que se regulan medidas excepcionales ante la situación de sequía en diversos municipios de Málaga. Posteriormente la Ley 9/2010,

de 30 de julio, prevé en el apartado 4 de artículo 63 que la constitución en cada distrito hidrográfico de una comisión para la gestión de la sequía cuya composición y funcionamiento se regulará reglamentariamente.

Con este Decreto se establece un marco general para los órganos colegiados de participación administrativa y social que integran la Administración Andaluza del Agua y, por otro lado, dando cumplimiento a las previsiones normativas, se desarrollan, modifican y adaptan reglamentariamente aquéllos órganos que, encontrándose regulados por normas anteriores han sido objeto de sucesivas modificaciones y adaptaciones motivadas por los cambios competenciales, estructurales y organizativos que han ido teniendo lugar. Asimismo se desarrollan reglamentariamente aquéllos órganos no regulados con anterioridad.

Decreto 506/2015, de 15 de diciembre, por el que se aprueban los procedimientos de gobernanza, transparencia y participación institucional de la Iniciativa Territorial Integrada 2014-2020 para la provincia de Cádiz. Boletín número 250 de 29/12/2015

El Consejo de la Unión Europea aprobó formalmente en diciembre de 2013 el paquete legislativo que regirá el nuevo período de programación para las inversiones a realizar en desarrollo de la política de cohesión de la Unión Europea para el período 2014-2020. Entre dichas normas se regulan nuevas herramientas integradoras con enfoque multidimensional, especialmente adaptadas a características especiales de un territorio.

En efecto, el Reglamento (UE) número 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen 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) número 1083/2006 del Consejo, regula en su artículo 36, la Inversión Territorial Integrada, en lo sucesivo ITI, como mecanismo flexible para formular respuestas integradas a concretas necesidades territoriales.

Este nuevo instrumento de inversión permite aplicar estrategias territoriales de un modo integrado, permitiendo a los Estados miembros implementar Programas Operativos de una forma transversal y recurrir a la financiación de varios ejes prioritarios de uno o más programas operativos para garantizar la implementa-

ción de una estrategia integrada para un territorio específico con necesidades especiales.

La provincia de Cádiz ha padecido con especial virulencia la crisis económica, que ha sido especialmente grave por la posición de partida de alta tasa de paro estructural.

Sin embargo, Cádiz también tiene pilares sobre los que sustentar la recuperación de su economía. Para el conjunto de Andalucía, Cádiz también supone un gran activo y aporta la relevancia de su posición geoestratégica, en el ámbito del Estrecho de Gibraltar, para las relaciones entre Europa y África, y entre el Atlántico y el Mediterráneo.

El «Acuerdo de Asociación de España 2014-2020», documento en el que en el que se expone la estrategia del Estado español, así como sus prioridades y disposiciones para utilizar los fondos europeos de una manera efectiva y eficiente para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y que fue elaborado por la Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas en desarrollo del artículo 14 y siguientes del Reglamento (UE) 1303/2013, y aprobado por la Comisión Europea con fecha 30 de octubre de 2014 prevé, en su apartado 3.1.2, el desarrollo de una Iniciativa Territorial Integrada para la provincia de Cádiz.

Con objeto de dar cumplimiento a dicha previsión, el documento elaborado por la Junta de Andalucía que desarrolla la estrategia de la ITI de Cádiz contempla un detallado diagnóstico en el que se resalta la importancia de Cádiz en el conjunto de la economía andaluza y se analizan los efectos de la crisis económica en la provincia; la estructura y dinámica de la población y del tejido empresarial; el mercado de trabajo; la estructura económica de la provincia, en concreto, el crecimiento económico y los sectores productivos; los sistemas de transporte y la logística en la provincia. Completa el documento un análisis DAFO y conclusiones y estrategias de actuación.

La asignación económica indicativa que el conjunto del Estado asigna a la ITI de Cádiz es de 1293 millones de euros, asignándose a la Junta de Andalucía la gestión de 387 millones de euros, cantidad que resulta de aplicar un 5% adicional a la consignación total del marco financiero plurianual de los fondos estructurales y de inversión europeos (Fondos EIE) 2014-2020 inicialmente establecida.

La distribución de dichos fondos se dirigirá a iniciativas de desarrollo rural; im-

pulso de la inversión productiva de las pequeñas y medianas empresas; infraestructuras públicas económicas y sociales; programas especiales de promoción del empleo; e impulso de la formación para el empleo.

Para gestionar la ITI de Cádiz, en el ámbito de la Junta de Andalucía, se requiere también una Gobernanza específica, por lo cual el presente Decreto regula los procedimientos de gestión, y organización de la parte correspondiente a la Administración de la Junta de Andalucía de la Iniciativa Territorial Integrada 2014-2020 en la provincia de Cádiz.

En consecuencia, se contempla la creación de una Comisión de Planificación y Seguimiento de la ITI que tendrá entre sus cometidos la aprobación de los proyectos y actuaciones que se propongan realizar, así como su seguimiento y la emisión de informes, así como la propuesta, en su caso, de medidas de desarrollo de la ITI. La Presidencia de la Comisión corresponderá a la persona titular de la Vicepresidencia de la Junta de Andalucía, mientras que la Vicepresidencia a la persona titular de la Consejería competente en materia de impulso de la actividad económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía y elaboración de las directrices de política económica; también formarán parte de ella la persona titular de la Secretaría General de Economía, así como un representante, con rango, al menos, de Secretario General o Director General, de la Consejería competente en materia de Hacienda y Administración Pública y de cada una de las Consejerías que hayan presentado proyectos y actuaciones integrados para su aprobación en el marco de la ITI, con rango, al menos, de Dirección General. La Secretaría corresponderá a la Consejería competente en materia de impulso de la actividad económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía y elaboración de las directrices de política económica.

La ejecución y puesta en marcha de las actuaciones objeto de la ITI corresponderá a las Consejerías competentes por razón de la materia, que serán además las que definan los proyectos y actuaciones a desarrollar en la ITI y las eleven, para su aprobación, a la Comisión de Planificación y Seguimiento de la ITI. De conformidad con los documentos de programación del Fondo EIE que corresponda así como con la normativa de aplicación, deberán seguirse procedimientos abiertos en concurrencia competitiva para la aprobación de proyectos y actuaciones a poner en marcha.

Asimismo, se contempla la creación de una Comisión de Participación, de ámbito provincial de Cádiz, en el marco del Diálogo Social de Andalucía, con el objetivo de dar transparencia a las actuaciones a desarrollar y canalizar las propuestas que se estimen convenientes para su desarrollo.

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME¹

La ley de Costas, la impugnación de Andalucía y la sentencia del Tribunal Constitucional 6/2016, de 21 de enero

I. INTRODUCCIÓN

Es difícil, si no imposible, que cualquier modificación de entidad de la legislación de costas no pase por el Tribunal Constitucional. Está implícito en el carácter tan sensible de la materia, que se presta a suscitar respuestas desde la parte del arco ideológico opuesta a la que protagonice la reforma. Ocurrió en 1988 y quizá con menos intensidad, ha vuelto a ocurrir con la reforma de 2013. El mismo fenómeno con cambio de papeles de los protagonistas. En estos tiempos, cuando es más habitual la desazón que el consuelo, quizá por la relatividad también de la posición del observador, resulta reconfortante leer unas sentencias en las que Tribunal Constitucional con mesura y claridad reitera su doctrina de 1991 a los recurrentes de 2013, evidenciando la multiplicidad de opciones que caben en nuestra Constitución.

Cuando redacto estas líneas han recaído dos sentencias del Alto Tribunal sobre la ley reformadora de 2013, la primera la STC 233/2015, de 5 de noviembre de 2015, la segunda la STC 6/2016, de 21 de enero de 2016 sobre la reforma de 2013 de la Ley de Costas. La primera resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, la segunda otro también de inconstitucionalidad, interpuesto en este caso por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Aunque por razones obvias el sesgo de ambos recursos guarda una evidente similitud que ha servido al Tribunal para apo-

¹ Esta sección ha sido elaborada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ

yarse en la primera sentencia a la hora de dictar la segunda, el recurso planteado por el Gobierno de Andalucía tiene unos perfiles propios que en lo fundamental se cifran en plantear problemas competenciales más que razones de fondo. El resultado final son dos sentencias que, a mi juicio, revisten gran calidad técnica –es sintomático que pese a lo sensible de la materia en ninguna de las dos se haya producido ningún voto particular- pero es preciso reconocer un mayor peso conceptual a la primera que a la segunda. De manera que la primera sirve en gran parte de fundamento también a la segunda que se remite a ella con frecuencia.

Sin que tenga nada que ver y a efectos puramente informativos del lector que lo necesite, la primera contiene tres declaraciones de inconstitucionalidad y un pronunciamiento interpretativo, mientras la segunda concluye con la desestimación de todos los pedimentos del recurrente. En este Informe me limito a dar cuenta de la sentencia directamente atinente a Andalucía, destacando los aspectos que me parecen de mayor interés en confrontación con los argumentos que fundamentaron el recurso.

II. LAS RAZONES DEL RECURSO Y LAS RESPUESTAS DEL TRIBUNAL

El recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía se diversifica en tres grandes grupos de cuestiones: de una parte se alega *vulneración del régimen constitucional del dominio público marítimo terrestre art. 132 en relación con el 45 CE*), de otra el desconocimiento de las competencias autonómicas en las materias de ordenación del territorio y urbanismo y publicidad (arts. 56 y 70 del Estatuto de Andalucía) y finalmente la violación del principio constitucional de autonomía local.

I) Vulneración del régimen constitucional del dominio público marítimo terrestre

La Ley impugnada vulnera el art. 132 en relación con el art. 45 CE, pues con esta regulación el legislador estatal ha ejercido su competencia no para proteger el litoral, como es su obligación (STC 149/1991), sino para satisfacer intereses ajenos al interés general digno de protección, lo que se manifiesta en una redefinición de algunos de los elementos del dominio público marítimo terrestre demanializados por la Constitución.

A esta impugnación el tribunal responde con una remisión a sus sentencias 149/1991 de 4 de julio, donde quedó asentada la doctrina del tribunal sobre los aspectos medulares del dominio público marítimo terrestre y a la mucho más reciente 233/2015, citada en que los reitera haciendo especial referencia a, *que «la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia» (STC 31/2010, 28 junio, FJ*

6); (ii) esta noción, consustancial al principio democrático, otorga al legislador un margen de configuración plenamente legítimo, amplio pero no ilimitado, pues está supeditado a los deberes que emanan del conjunto de la Constitución.

Con este telón de fondo el Tribunal aborda dos cuestiones concretas que había planteado la demanda:

La remisión del art. 3.1 a) LC al reglamento para establecer los criterios técnicos relativos a la fijación del límite interior de la zona marítimo-terrestre, por referencia al alcance de las olas en los mayores temporales conocidos, no altera el criterio legal sustantivo anterior a la reforma y se limita a incorporar una precisión que encaja sin ninguna dificultad en el ámbito admisible de la colaboración reglamentaria [STC 233/2015, FJ 3 a)].

En cuanto al tratamiento conferido a las dunas por el art. 3.1 b) LC, la STC 233/2015, FJ 3 c), concluye que no es posible apreciar que la nueva regulación de las dunas suponga la incorporación de criterios de delimitación del dominio público natural que puedan poner en riesgo su integridad.

II) En cuanto a las extralimitaciones de la ley frente al Estatuto de Autonomía para Andalucía la impugnación se cifra:

En relación con la publicidad y ordenación del territorio el recurso afirmó *que el establecimiento de las condiciones para autorizar la publicidad, tanto en relación con su contenido como con su ubicación dentro de la servidumbre de protección, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía en virtud de sus competencias exclusivas en las materias de publicidad, en general (art. 70 EAAnd y STC 146/1996, de 19 de septiembre), y de ordenación del territorio y urbanismo, en particular (arts. 148.1.3 CE y 56 EAAnd).*

Frente a ello el Tribunal entiende que no se vulneran las competencias en ninguna de las dos materias. En efecto, *el art. 1.11 de la Ley 2/2013 incorpora un nuevo apartado 4 en el art. 25 LC, a fin de introducir una excepción a la prohibición general de publicidad en la zona de servidumbre de protección. El precepto impugnado remite al reglamento el establecimiento de las condiciones en las que se podrá autorizar la publicidad, «siempre que sea parte integrante o acompañe a instalaciones o actividades permitidas y no sea incompatible con la finalidad de la servidumbre de protección».*

Pero en relación con la competencia de ordenación del territorio afirma el Tribunal que *las prohibiciones referidas a la zona de servidumbre de protección, que tienen la finalidad de proteger los valores naturales y paisajísticos del demanio (entre ellas, la relativa a la publi-*

dad), son normas de legislación básica de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE). Sobre el complemento de esta norma, consistente en las indicaciones que describen «en términos muy genéricos, las obras, instalaciones o actividades que, con carácter ordinario, podrán permitirse en esta zona de protección», ya señalamos en su momento que «[l]ales indicaciones son, de una parte, sin duda, criterios de ordenación que las Comunidades Autónomas deberán acoger en los correspondientes instrumentos, de la otra e inmediatamente, norma básica de protección del medio ambiente, cuya naturaleza de tal legitima el condicionamiento que impone a la competencia de las Comunidades Autónomas para la ordenación del territorio».

A mayor abundamiento el Tribunal recuerda que «[l]a doctrina constitucional sobre la legislación básica no impide ... en modo alguno que la propia ley se remita al reglamento cuando tal remisión sea necesaria para garantizar el fin a que responde la competencia estatal para la legislación básica. Como es obvio, la legitimidad constitucional de la norma reglamentaria así producida dependerá del uso que de la habilitación legal se haya hecho», que no es objeto de este proceso constitucional.

Por lo que hace a la competencia sobre publicidad el Tribunal entiende que tampoco cabe encuadrar esta regulación en la competencia autonómica en materia de publicidad. Como advertimos en la STC 146/1996, de 19 de septiembre, que invoca la recurrente, «en la ordenación jurídica de un sector como ... el publicitario, pueden resultar involucradas las reglas definidoras de las competencias estatales y autonómicas en otros ámbitos materiales, en los que pudiera resultar comprendida la regulación de algunos aspectos o manifestaciones concretas de la actividad publicitaria, de modo que en la reglamentación de aquel sector es posible que, junto a la regla competencial específica en materia de publicidad, puedan concurrir otros títulos competenciales distintos, debiendo examinarse, en tales casos, cuál de las reglas concurrentes es prevalente y, por tanto, aplicable» (FJ 4). Y de forma tajante el Tribunal apostilla que el precepto que examinamos no tiene la finalidad de regular el sector publicitario, sino de introducir una limitada modulación a la prohibición general de publicidad en la zona de servidumbre de protección, prohibición que responde a finalidades medioambientales, como ya ha quedado expuesto.

Respecto de las competencias de ordenación del territorio la parte recurrente entiende que el nuevo art. 33.6 LC desborda lo constitucionalmente admisible al habilitar a la Administración del Estado para regular el régimen global de ocupación y uso de las playas, sin limitarse al establecimiento de tales mínimos y máximos.

El Tribunal reconoce que aunque la materia pudiera orillar el cometido de la Comunidad Autónoma, tampoco cabe negar al Estado título para disciplinar estas cuestiones en el caso de que la Administración directamente competente no lo haga. El apartado segundo no plantea, pese a lo dicho, especiales problemas. Ni el principio del acceso público a las instalaciones permitidas en las playas es constitucionalmente objetable, como congruente con el uso público de éstas, ni

la posibilidad de que se autoricen otras modalidades de uso de tales instalaciones está concebida en términos que restrinjan o anulen las facultades que a las Administraciones competentes puedan corresponder y ha de considerarse, en consecuencia, como no incompatible con el sistema constitucional de delimitación competencial. Tampoco es contrario al sistema constitucional de delimitación de competencias la indicación, contenida en el apartado tercero, de que las edificaciones para el servicio de la playa se habrán de situar preferentemente fuera de ella, pues, como es evidente, tal indicación no excede de la facultad para regular la utilización del dominio público que va aneja con su titularidad.

De nuevo frente al reproche de habilitar a la Administración del Estado para regular el régimen global de ocupación y uso de las playas *es de advertir que la Comunidad recurrente no aporta argumento alguno que proporcione a este Tribunal razones para cuestionar el contenido sustantivo del art. 33.6 LC. Por su carácter marcadamente preventivo, no podemos acoger el reproche de inconstitucionalidad fundado únicamente en la habilitación legal para su desarrollo reglamentario, ya que es doctrina consolidada que tal habilitación no puede ser calificada per se como vulneradora de las competencias autonómicas, en este caso en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Resta añadir que, no siendo tal desarrollo reglamentario el objeto de este proceso, «[n]ada impide que, si el Gobierno, al dictar las correspondientes normas reglamentarias en virtud de esa remisión, extendiera su regulación a aspectos no básicos, pudiera plantearse el oportuno conflicto de competencias a fin de examinar si se hubiera producido o no la extralimitación en el ámbito competencial estatal» (STC 161/2014, de 7 de octubre, FJ 9).*

C. El inciso añadido al precepto (nuevo art. 18.1) parece reservar el juicio de compatibilidad con la nueva normativa a la Administración del Estado, sin encontrarse vinculada por la resolución autonómica que, en ejercicio de sus competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo, es la que debe determinar si se ha producido o no la adaptación y, por tanto, si se debe revocar o no la autorización.

Después de recordar la doctrina sentada en la STC 149/1991, FJ 4 E) c) en relación con la competencia para ejecutar la normativa que da lugar a la revocación el Alto Tribunal declara que *no debería pues ofrecer dudas adicionales el sentido en el que debe interpretarse y aplicarse el precepto una vez modificado, ni cabe solicitar de este Tribunal una sentencia interpretativa, que no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes, como señala el Abogado del Estado.*

III. MENOSCABO DE DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL

La sentencia se centra en la impugnación del *nuevo art. 119.2 LC no queda justificada esta suspensión excepcional en una supuesta lesión grave a un interés general de España, si-*

no en la circunstancia de que la actuación local afecte a la integridad del dominio público marítimo-terrestre o de la servidumbre de protección, o que suponga una infracción manifiesta del art. 25 LC.

Sin embargo para el Tribunal este precepto cumple las exigencias de la autonomía local garantizada, al estar prevista la suspensión en norma con rango de ley, acotado su objeto con precisión suficiente e incidir claramente en intereses supralocales, como son los relativos a la protección y defensa de la integridad del dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal.

Además el Estado retiene un amplio haz de facultades ejecutivas derivadas de su condición de dominus de las costas, y en atención a los fines públicos que justifican la existencia del dominio público: en esencia, asegurar la protección de la integridad del demanio, la preservación de sus características naturales y la libre utilización pública y gratuita. Así: (i) las autorizaciones para llevar a cabo actividades que utilizan el demanio costero con circunstancias especiales o por medio de instalaciones desmontables o bienes muebles, incluyendo los servicios de temporada en las playas [FJ 4 e.b)]; (ii) la potestad de otorgar el derecho a determinados usos del demanio marítimo-terrestre mediante concesiones [FJ 4 G a)]; (iii) la tutela y policía del dominio público o de sus servidumbres respecto de las actividades que afecten a la integridad de aquél, orientadas por la necesidad de asegurar la protección del dominio público y garantizar su libre utilización [FJ 7 A c)]; y (iv) siendo las Comunidades Autónomas litorales las competentes para ejecutar las normas sobre protección del medio ambiente habrán de ser ellas, en principio, las encargadas de perseguir y sancionar las faltas cometidas en las zonas de servidumbre e influencia, aunque puedan serlo también directamente por la Administración del Estado cuando la conducta infractora atente contra la integridad del demanio o el mantenimiento de las servidumbres de tránsito y acceso que garantizan su libre uso [FJ 6 a)].

Por lo que se concluye que: *que resulta constitucionalmente legítima la intervención de un órgano estatal a través de un mecanismo cautelar y extraordinario, cuando el acto local afectado por la medida de suspensión pueda comprometer la integridad del demanio, la preservación de sus características naturales o su libre utilización pública y gratuita, y que en última instancia queda sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

NOTICIAS DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

SARTORIO ALBALAT, Susanna, *La aplicación de la Ley General Tributaria a las Comunidades Autónomas*, “R.C.D.P”, núm 50, junio 2015, pp. 57-74. *Vid.* (4).

GIFREU FONT, Judith, *Las mancomunidades provinciales en el marco de la reforma de la administración local de principios del siglo XX. El «eslabón perdido» en el proceso de descentralización del Estado*, “R.C.D.P”, núm 51, diciembre 2015, pp. 34-53. *Vid.* (2).

LÓPEZ BOFILL, Hector, *Evolución del marco constitucional de la Unión Europea en la regulación de la inversión extranjera directa*, “R.C.D.P”, núm 51, diciembre 2015, pp.104-121.

Este estudio describe el sistema de distribución competencial entre la Unión y los estados miembros en este ámbito, remarca las competencias retenidas por los estados y ejercidas a través de los tratados bilaterales de inversión y perfila los instrumentos que pueden hacer compatible la política de inversiones de la UE con la política de inversiones desplegada por los estados. En particular, el texto se centra en el desarrollo de la política de la UE a partir de los nuevos acuerdos globales de inversión a punto de ser ratificados o en fase de negociación (como en el caso del acuerdo con el Canadá, del acuerdo con Singapur o del acuerdo con los Estados Unidos) y profundiza en las consecuencias derivadas del establecimiento de un sistema de resolución de controversias inversor/estado previsto en estos acuerdos y su compatibilidad con el principio de autonomía del derecho de la UE. Concluye LÓPEZ BOFILL que la transferencia de competencias a las autoridades de la Unión en materia de «inversión extranjera directa» operada con el Tratado de Lisboa puede limitar de forma determinante los ámbitos de decisión de los Estados miembros en materia de política económica y de acción exterior. Asimismo, la asunción por parte de la Comisión de la capacidad de negociación de acuerdos globales de inversión con terceros

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

estados y del Consejo y del Parlamento europeos de concluir estos acuerdos puede tener amplias repercusiones en la organización del poder público y en la ordenación del sistema de fuentes.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

GARRIDO CUENCA, Nuria María & DELGADO PIQUERAS, Francisco, *Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia*, “R.C.D.P”, núm. 51, diciembre 2015, pp. 1-33.

GARRIDO CUENCA y DELGADO PIQUERAS analizan de manera exhaustiva la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo sobre las funciones de confianza y asesoramiento del personal eventual, que la ley les encomienda sin concretar en qué consisten. Esta indefinición ha generado numerosos conflictos y litigios, agudizados por la crisis económica. La Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local establece límites al número de puestos de personal eventual, según la población del municipio, pero no aborda la definición de sus funciones. El nombramiento y cese del personal eventual no requiere convocatoria pública, ni cumplimiento de requisitos adicionales a los establecidos en su caso, en la RPT o plantilla; y, salvo casos excepcionales, tampoco es exigible la motivación sobre idoneidad o pérdida de la confianza. Tales requisitos, como otros que se establecen en el EBEP para poder participar en procesos selectivos para el acceso a la función pública, no son aplicables al personal eventual. Señalan GARRIDO CUENCA y DELGADO PIQUERAS que las funciones de confianza y asesoramiento especial no están definidas normativamente, correspondiendo determinarlas al órgano del que depende el personal eventual. En cuanto conceptos jurídicos indeterminados, nuestros tribunales optan por delimitarlas negativamente, depurando aquellas que no serían tareas válidas: tareas permanentes y propias de la organización administrativa, funciones normales de la Administración. El problema es que, en algunos supuestos, esta prueba no resulta ni sencilla ni a veces evidente. De ahí la existencia de una jurisprudencia muy casuística y no unánime en todas las sedes judiciales. Del análisis de esta jurisprudencia, fundamentalmente la del Tribunal Supremo, sorprende que, partiendo de la impecable fundamentación jurídica sobre la exigencia de justificación de la reserva de puestos de trabajo en las RPT, al objeto de evitar cualquier sospecha de arbitrariedad, se termine justamente por no exigir que las RPT concreten ni motiven, siquiera mínimamente, el contenido funcional de los puestos de personal eventual. Si en las RPT se consignan funciones de asesoramiento que pueden ser también desempeñadas por funcionarios, ello no implica que queden vedadas en tal caso al personal eventual. Por tanto, es plausible que en razón

de la confianza o asesoramiento especial de algunos puestos coincidan funciones de asesoramiento o coordinación de políticas con otras desempeñadas por personal funcionario. Frente a esta doctrina (muy clara en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en otros Tribunales Superiores de Justicia), el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha entiende que, si determinadas funciones pueden también ser desempeñadas por personal funcionario, se estaría ante una reduplicación de funciones extravagante y frontalmente contraria a nuestro sistema de empleo público.

GIFREU FONT, Judith, *Las mancomunidades provinciales en el marco de la reforma de la administración local de principios del siglo XX. El «eslabón perdido» en el proceso de descentralización del Estado*, “R.C.D.P”, núm 51, diciembre 2015, pp. 34-53.

Desde finales del siglo XIX hasta bien entrado el siglo xx se suceden con intensidad los proyectos de reforma del régimen local en un intento por dar respuesta a las demandas de reconocimiento de la pluralidad de comunidades que coexisten en el país. La arena política es testigo de enconados debates sobre la conveniencia de hacer realidad las aspiraciones de descentralización regional, promovidas esencialmente por las fuerzas políticas catalanas. En ese contexto, las mancomunidades provinciales constituyen el punto de encuentro entre los detractores y los defensores de un nuevo orden territorial, pero la institución jurídica no termina de satisfacer a ninguno de los dos bandos. Para unos, ofrece demasiado; para otros, demasiado poco. Las provincias catalanas serán las únicas que experimentarán con la fórmula mancomunal aunque el Estatuto provincial de 1925 pondrá punto final a la aventura de forma abrupta. En los años siguientes no faltarán iniciativas para reconstituir esta fórmula asociativa, pero su funcionalidad se habrá amortizado, superada por las reivindicaciones de autonomía política que arrumban cualquier solución que provenga exclusivamente de la reforma del régimen local. La autora concluye que en términos actuales, las mancomunidades son entidades asociativas constituidas para la ejecución en común de obras o servicios concretos de la competencia de las entidades (municipios) que las conforman. Pero, superando la estrechez del RD de 1913, la *Mancomunitat* fue una solución organizativa ideada por las cuatro provincias catalanas para la realización de una generalidad de fines que desbordaban el marco espacial supra-provincial, con plena autonomía de gestión y sin sujeción a poderes de dirección estratégica, que en ningún caso funcionó con arreglo al principio de especialidad —será el Estatuto provincial de 1925 el que impone a partir de entonces el exclusivo carácter sectorial de las mancomunidades interprovinciales—, lo que invalidaría esa hipotética descentralización de carácter funcional. En cualquier caso, la concentración de competencias provinciales en la mancomunidad, su empoderamiento, implica una revitalización de la vida local que actúa, en cierto modo, como contrapeso al poder

estatal. Y, como ha observado Argullol, esta nota constituye por sí misma un certero indicador de descentralización administrativa.

PUIGGRÒS MUSSONS, Carla, VIÑAS FERRER, Alba & PANO PUEY, Esther, *Retos y dificultades de los ayuntamientos catalanes en materia de transparencia. Balance de la situación de partida*, “R.C.D.P”, núm 51, diciembre 2015, pp. 54-73. *Vid.* (3)

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública. algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la información y Buen gobierno*, “R.C.D.P”, núm. 49, diciembre 2014, pp. 1-19

Considera el Maestro que la transparencia es un elemento esencial de cualquier Estado democrático. El llamado *right to know* se abre paso con fuerza en las modernas legislaciones. En España, la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno pretende cubrir una laguna en nuestro ordenamiento, pero no ha aprovechado la oportunidad de poder contar con una ley innovadora. Al contrario, se ha desperdiciado una ocasión para poder incorporar la transparencia de modo efectivo en nuestro sistema jurídico. La ley debería haber configurado el derecho de acceso a la información pública como un verdadero derecho fundamental, y no solo como una manifestación de la transparencia en cuanto principio de actuación de las Administraciones Públicas. De la Ley 19/2013 se analiza en particular el régimen del derecho de acceso (no la transparencia activa) con una especial referencia a la relación entre transparencia y protección de datos. Cree PIÑAR MAÑAS que Ley no responde a lo que habría cabido esperar de una norma que llega con retraso y que tiene múltiples referencias en el derecho comparado. Deberíamos contar con una ley mucho más avanzada y mejor construida. Porque, en lo que al derecho de acceso se refiere, se ha perdido una muy buena ocasión para colocar nuestro ordenamiento a la vanguardia de los modelos existentes. Sin embargo, no se ha dado el paso necesario hacia la consideración del derecho de acceso como un verdadero derecho fundamental, en línea con lo que van sugiriendo —cuando no expresando de forma clara y rotunda— múltiples textos normativos, nacionales y de naturaleza internacional, y una construcción jurisprudencial, en Europa y América Latina, proclive a reconocer tal naturaleza, aunque sea, como primer paso, vinculado al derecho a la libertad de expresión e información.

MONTOYA MARTÍN, Encarnación, *El plan nacional de empresas y derechos humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público*, “R.C.D.P”, núm. 49, diciembre 2014, pp. 177-202. *Vid.* (6).

SARTORIO ALBALAT, Susanna, *La aplicación de la Ley General Tributaria a las Comunidades Autónomas*, “R.C.D.P”, núm 50, junio 2015, pp. 57-74. *Vid.* (4).

PUIGGRÒS MUSSONS, Carla, VIÑAS FERRER, Alba & PANO PUEY, Esther, *Retos y dificultades de los ayuntamientos catalanes en materia de transparencia. Balance de la situación de partida*, “R.C.D.P”, núm. 51, diciembre 2015, pp. 54-73.

Este artículo tiene por objetivo analizar con qué situación de partida afrontan los municipios catalanes la entrada en vigor de la normativa en materia de transparencia. Para hacerlo, en primer lugar se realiza un breve examen de la regulación aprobada, con el fin de identificar los aspectos que afectan de forma más relevante al tejido municipal. En segundo lugar, analiza la situación efectiva de los portales de los ayuntamientos catalanes en el momento previo al despliegue de las normas con un doble objetivo: por una parte, conocer el perfil general del contenido y, de otra, confrontarlo con algunos de los requisitos previstos por las normas. Para desarrollar este segundo aspecto se han construido índices de cumplimiento de la ley catalana y de la ley estatal que permiten valorar cuál es la situación efectiva de los portales municipales en relación a estas regulaciones. A partir de este análisis se pondrán de manifiesto las principales carencias pero también los elementos que se han convertido en relevantes y que se pueden convertir en herramientas útiles para la futura plena aplicación de la normativa en materia de transparencia. Creen los autores que el bajo nivel de cumplimiento de la legislación en materia de transparencia refleja la necesidad de que los entes locales, en general, y los ayuntamientos, en particular, inicien una fase de desarrollo de la nueva normativa que implique la ampliación de la información disponible en los sitios web así como la implantación de los requisitos técnicos para hacerla consultable y accesible a los ciudadanos. En este sentido, la colaboración entre administraciones ha sido un elemento de impulso. Así, el apoyo de las diputaciones ha favorecido el desarrollo de la administración electrónica, especialmente en los ayuntamientos de dimensiones reducidas, y el de la Generalitat, ha proporcionado plataformas electrónicas que integran, unifican y dan publicidad de toda la información del sector público en materias específicas (contratación o urbanismo). De hecho, los datos de cumplimiento de los índices ponen de manifiesto que la información más habitual es aquella que presenta un grado más bajo de sensibilidad y complejidad. Destacan los autores las dudas que se plantean relacionados con la inteligibilidad, la accesibilidad y la comparabilidad de la información.

La exhaustividad que la ley plantea exige encontrar fórmulas de síntesis de la

información para que el ciudadano pueda localizarla y entender de forma más o menos ágil. En este sentido, para garantizar el éxito de esta ley es imprescindible establecer mecanismos que realicen estas funciones; la creación de un repositorio con mucha información poco estructurada o poco sintetizada puede acabar produciendo el efecto adverso al deseado que es la saturación por acumulación, lo que nos acabaría llevando al punto de inicio: la falta de transparencia. El estudio incluye valiosos cuadros sinópticos, tablas y una amplia bibliografía.

COTINO HUESO, Lorenzo, *Algunas cuestiones clave de protección de datos en la nube. Hacia una «regulación nebulosa»*, "R.C.D.P", núm 51, diciembre 2015, pp. 85-103.

El estudio aborda las deficiencias de la vieja y superada regulación nacional y europea de protección de datos aplicable a los servicios de la nube, así como acción de instituciones de protección de datos para corregirlas. También analiza el esperado reglamento europeo de protección de datos, entre otros aspectos, su tendencia a reforzar las obligaciones del prestador de servicios de nube, como «encargado» de protección de datos. Igualmente se estudian las exigencias respecto del conjunto contractual y la subcontratación de servicios de nube. Cree COTINO HUESO que cuando se desarrolle esta normativa técnica por la Comisión o cada Estado, habrá de tenerse en cuenta los usos, prácticas y autorregulación técnica ya consolidados en el sector. De ahí es posible que resulte la regulación nebulosa (*cloud regulation*), la corrección trasnacional del sector con ciertas garantías de exigibilidad y cumplimiento. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

BARTLETT CASTELLÀ, Enric R. & VÈRNIA TRILLO, Silvia, *La regulación del Registro de grupos de interés en la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, "R.C.D.P", núm 51, diciembre 2015, pp. 191-208.

A pesar de haberse propuesto en diversas ocasiones, no ha sido hasta diciembre de 2014 que se ha aprobado en España la primera regulación, de alcance autonómico, dado que se ha tramitado en el Parlamento de Cataluña por medio de la Ley 19/2014. Se trata de un paso positivo para dar a conocer y controlar la influencia privada en las decisiones públicas, aunque a partir de la aplicación de la regulación habrá que ir mejorándola a fin de que gane en efectividad. Entienden BARTLETT CASTELLÀ & VÈRNIA TRILLO que la Ley no configura la inscripción en el Registro de grupos de interés como una condición necesaria para el ejercicio de las actividades de intermediación que les son propias. Es decir, que este ejercicio sin inscripción no acontece ilícito y, por tanto, punible. Por otra parte, consideran que si la administración encargada de la gestión del Registro entendiera que la inscripción es

obligatoria, en este momento no dispone de un mecanismo coercitivo para hacerlo cumplir, ya que en la Ley falta una tipificación de infracciones y sanciones que cumpla los estándares del principio de legalidad en el ámbito sancionador. Conscientes de los argumentos a favor de configurar un registro obligatorio como medio más efectivo para alcanzar los objetivos de la Ley, los autores consideran que iniciar su regulación con una opción por la voluntariedad es una medida prudente, medida que ayuda a asentar una cultura de transparencia a la que no estamos acostumbrados en este ámbito y, también, afinar el instrumental para garantizar su cumplimiento cuando se decida subir un escalón más en la escala de la exigencia haciéndolo obligatorio. El análisis del ámbito subjetivo de aplicación permite razonar que las entidades categorizadas de corporaciones de derecho público pueden inscribirse para las actividades que desarrollan al margen de lo que justifica la garantía institucional que les reconoce el artículo 36 CE. También consideran que sindicatos y asociaciones empresariales pueden inscribirse para aquellas actividades que no forman parte del diálogo social estrictamente hablando. En cambio, BARTLETT CASTELLÀ & VÈRNIA TRILLO creen que la finalidad de los partidos políticos insertada en su definición constitucional los deja, a pesar de ser entes privados, fuera del Registro, circunstancia no predicable de sus asociaciones y fundaciones vinculadas.

GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, *La articulación de la factura electrónica en la contratación pública local*, "R.C.D.P", núm. 49, diciembre 2014, pp. 114-129.

La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, prevé la utilización obligatoria de la factura electrónica en las compras públicas. Entre los sujetos situados bajo su ámbito subjetivo se encuentran las entidades locales, que deben de disponer de un punto general de entrada de facturas electrónicas y de un registro contable que permita a los proveedores presentar sus facturas en formato electrónico. El estudio que reseñamos pretende servir de guía a las entidades locales en la implementación de los registros necesarios para implantar la factura electrónica en las compras públicas locales, desglosando para ello las diversas opciones de las que disponen y formulando sugerencias al respecto. La contratación pública electrónica ha venido para quedarse como demuestra su progresiva implantación y su potenciación por la nueva normativa sobre contratación pública. En esta dirección, la Ley 25/2013 realiza una decidida apuesta por el impulso de la factura electrónica, obligando a las administraciones públicas a su utilización. La inclusión de las entidades locales en su ámbito subjetivo es un decidido paso en la mejora de la gestión de los pagos a sus proveedores, a través de un mayor control de los mismos, dada la obligatoriedad de presentar las facturas en un registro administrativo (en el punto general de entrada de facturas en el caso de las e-facturas) y en el correspondiente registro contable, lo que

permitirá en cierta manera acabar con las facturas impagadas e incurrir en menores costes derivados de los intereses de demora. Cree GARCÍA JIMÉNEZ que garantizar su interoperabilidad con las facturas recibidas por cualquier proveedor es una cuestión de gran relevancia a la hora de articular la utilización de la factura electrónica por las entidades locales.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

GUARDIA HERNÁNDEZ, Juan & MANENT ALONSO, José Luis, *La cesión de suelo público dotacional para la apertura de centros docentes concertados: una nueva manifestación del estado garante*, "R.C.D.P", núm 51, diciembre 2015, pp. 174-190.

Los autores abordan en este trabajo la compatibilidad de la cesión de suelo para implantar centros concertados con la legislación de patrimonio de las administraciones públicas (Circulación de bienes de dominio público, explotación de bienes demaniales por los particulares y compatibilidad del dominio público con un aprovechamiento exclusivo con fines educativos). A continuación examinan los conciertos con cesionarios de suelo público y la naturaleza jurídica de los conciertos educativo, tipificando de la cesión de suelo público dotacional para construcción y gestión de centros concertados. Creen los autores que la cesión de suelo público para la construcción y gestión de centros concertados ha precedido en el tiempo a su positivización legislativa. Ha sido, por seguir usando esta misma imagen, una reforma de abajo a arriba. En efecto, la cesión combinada de suelo público y acceso a un concierto no ha nacido de una previsión legal, sino que su génesis ha de encontrarse en una práctica administrativa en algunas CC. AA., destacadamente la madrileña. Este modo de proceder tiene la virtud de no ser una reforma hecha a partir de unos presupuestos sobre los que no hay experiencia previa contrastada, o sobre el que se cierne la inseguridad o la incertidumbre. Existen ya varias decenas de experiencias positivas al respecto que avalan esta fórmula. No obstante, el artículo 116.8 LOE es técnicamente mejorable en la delimitación del alcance de su ámbito subjetivo y objetivo.

SARTORIO ALBALAT, Susanna, *La aplicación de la Ley General Tributaria a las Comunidades Autónomas*, "R.C.D.P", núm 50, junio 2015, pp. 57-74.

Este trabajo tiene por objeto analizar el ámbito de aplicación de la Ley General Tributaria a las Comunidades Autónomas, en especial, en materia de procedimientos de aplicación de los tributos. Partiendo de la ambigua formulación del artículo de dicha ley, se analiza el alcance de los distintos títulos competenciales invocados en dicho precepto a la luz de la jurisprudencia constitucional y atendiendo

al diverso régimen jurídico aplicable a los tributos propios y a los tributos cedidos. Cree la autora que la LGT puede caracterizarse como una ley que regula unos procedimientos comunes singulares por razón de las potestades administrativas cuyo ejercicio se vehicula a través de los mismos. Se trata de la regulación de unos procedimientos que atienden a un tipo de actividad administrativa como es la aplicación de los tributos. Llegados a este punto, se hace difícil concretar hasta dónde puede llegar la normativa autonómica. El criterio aplicable es, para la autora el que deriva de la consideración diferenciada de los títulos competenciales Hacienda General y procedimiento administrativo común, si bien este último referido a los procedimientos de naturaleza tributaria. La entrada en juego de este último título deriva no de la consideración de los procedimientos tributarios como una materia concurrente entre Estado y CCAA en el ámbito de sus respectivas materias propias, como hemos visto que sucede en relación con los tributos propios, sino del hecho de que el Estado, al regular la gestión de los tributos cedidos y no indicar la normativa aplicable a la misma, no puede dejar de ejercer su competencia general en la materia; competencia que hemos fundamentado en el artículo 149.1.18.^a, al tratar de los tributos propios, y de la que pensamos que con las mismas consideraciones debe proyectarse en materia de tributos cedidos. En el caso de los tributos cedidos, es el propio legislador estatal quien, al no establecer la aplicación de toda su normativa sobre unos tributos de los cuales es titular en virtud de su competencia en materia de Hacienda General, pasa ejercer la competencia específica en materia de procedimiento administrativo común plasmada en la LGT.

CIENFUEGOS MATEO, Manuel, *Las dificultades para la recuperación de lo indebido en el contencioso sobre el céntimo sanitario en España*, "R.C.D.P", núm 50, junio 2015, pp. 89-120.

Tras cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el 27 de febrero del 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia prejudicial declarando que es contrario al derecho comunitario el impuesto sobre la venta minorista de determinados hidrocarburos, más conocido popularmente como *céntimo sanitario*. Este gravamen especial permitió a las Comunidades Autónomas recaudar más de 13.000 millones de euros durante su vigencia entre el 2002 y el 2012. En este análisis se examinan las posibilidades de conseguir la devolución de las cuotas del céntimo sanitario pagadas por los adquirentes de los productos gravados durante aquel período a la luz de lo que exige la normativa jurídica y la práctica administrativa española para este supuesto, en particular el procedimiento que hay que seguir y la documentación que hay que aportar. La conclusión es que la prueba exigida en España es excesivamente difícil, cuando no imposible, para los consumidores finales en un número de casos demasiado elevado, y afecta es-

pecialmente a los particulares. Ello puede estar en contra de la jurisprudencia comunitaria sobre la devolución de lo indebido y, por este motivo, se exponen las acciones internas que pueden interponerse para remediar este estado de cosas, incluidas algunas sentencias recientes dictadas en el contencioso español del céntimo sanitario, como la del juez *a quo* del asunto *Transportes Jordi Besora*, que fue quien planteó las cuestiones prejudiciales.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

GARCÍA GARCÍA, María Jesús, *La imposición de prestaciones personales en concepto de sanción en el ámbito educativo*, “R.C.D.P”, núm. 49, diciembre 2014, pp.130-150

El examen de la normativa que regula el régimen jurídico de la enseñanza no universitaria pone de manifiesto que las normas que regulan la convivencia en los centros educativos prevén el recurso a unas medidas que permiten imponer al alumnado su colaboración en la realización de tareas «que contribuyan a la mejora y desarrollo de las actividades del centro y que pueden imponerse dentro o fuera del horario lectivo». Desde el punto de vista de su contenido, la adopción de estas medidas implica la realización de una prestación personal que comporta el surgimiento de una obligación positiva de hacer por parte del sujeto sancionado. Y la primera cuestión que suscitan es la de determinar su naturaleza jurídica, puesto que de ello dependerá su régimen jurídico. A pesar de la terminología eufemística empleada por algunas de las normas que regulan el régimen de la convivencia escolar y que hablan de conductas contrarias a las normas de convivencia y mecanismos de corrección, no se puede negar que en realidad estamos ante sanciones administrativas, aunque las finalidades establecidas para dichas sanciones no son de carácter estrictamente punitivo o sancionador, sino que buscan adicionalmente un efecto educativo sobre el alumno, dado que estamos hablando de sanciones que recaen sobre menores de edad, lo que plantea el problema de la edad mínima a partir de la cual pueden imponerse tales sanciones. Cree GARCÍA GARCÍA que partiendo pues de su naturaleza jurídica sancionadora, hay que tener en cuenta que dichas medidas se imponen en el marco de una relación de sujeción especial, que es precisamente aquella que liga la Administración con los estudiantes, y ello implica ciertas peculiaridades en la aplicación de algunos de los principios que rigen el derecho sancionador, tales como el principio de legalidad.

(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.).

MONTOYA MARTÍN, Encarnación, *El plan nacional de empresas y derechos humanos y el marco regulatorio de las empresas del sector público*, “R.C.D.P”, núm 49, diciembre 2014, pp. 177-202. *Vid.* (6).

MONTOYA MARTÍN, destacada *ius* publicista, reputada voz en el sector público instrumental analiza el proyecto de implementación de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en España a través del Plan Nacional de Empresa y Derechos humanos actualmente en elaboración, que se inserta en un contexto de crisis económica caracterizada en España por la imperiosa necesidad de fomentar el empleo y la internacionalización de nuestra economía. El trabajo que reseñamos estudia entre otros aspectos la responsabilidad social de las empresas: el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE); las cláusulas sociales y medioambientales en los tratados y acuerdos comerciales y de inversión medioambientales y en la contratación del sector público. Cree MONTOYA MARTÍN el alcance del Plan Nacional de Empresa y Derechos humanos, es limitado, tanto por lo que respecto al ámbito subjetivo como al objetivo o contenido de su regulación. Considera MONTOYA MARTÍN que existe esta limitación respecto a los sujetos destinatarios, porque solo comprende a las sociedades estatales y entidades públicas empresariales de la Administración del Estado, excluyendo injustificadamente al resto de las entidades del sector público estatal como organismos autónomos, fundaciones, consorcios, etc., así como las entidades instrumentales del sector público autonómico y local. Por lo que, respecto al objeto o contenido de la regulación, las carencias son manifiestas dado que no se imponen estándares concretos de cumplimiento obligatorio ni consecuencias ante su vulneración. En orden al deber del Estado de proteger así como de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, los Principios *Ruggie* contemplan expresamente el nexo especial existente entre el Estado en un sentido lato y determinadas empresas, es decir, entidades instrumentales del sector público. Los Principios Rectores de la ONU son una manifestación del Derecho global que sitúa en el centro del sistema la dignidad de la persona. La incorporación expresa de tales principios con mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de reparación constituyen un motor de progreso y un elemento a tener en cuenta en la racionalización de la Administración y sus estructuras, contribuyendo a satisfacer el derecho a una buena administración.

GUARDIA HERNÁNDEZ, Juan & MANENT ALONSO, José Luis, *La cesión de suelo público dotacional para la apertura de centros docentes concertados: una nueva manifestación del estado garante*, "R.C.D.P", núm 51, diciembre 2015, pp. 174-190. Vid. (4).

(7) § Varia.

VERDUSSEN, Marc, *La última reforma del Senado belga*, "R.C.D.P", núm 51., diciembre 2015, pp. 74-84.

En 2014, las disposiciones de la Constitución relativas al Senado fueron revisadas para cambiar tanto la composición como los poderes de la segunda Asamblea Parlamentaria Federal. El autor cree que el resultado es decepcionante. Con respecto a la composición del nuevo Senado, el objetivo de hacer una segunda cámara que representara a cada una de las entidades federadas, respetando las peculiaridades, no se ha alcanzado. Ciertamente, 50 de los 60 senadores son elegidos por los parlamentos de la comunidad y de la región. Pero, por una parte, el Senado se configura en torno a la distinción entre flamencos y francófonos, que refleja la distribución de senadores entre dos grupos lingüísticos, y por otra parte, la distribución de senadores entre estos dos grupos lingüísticos corresponde a la distribución entre la población belga, como en la Cámara de representantes. Eso plantea la pregunta sobre el sentido del bicameralismo. Con respecto a las competencias del nuevo Senado, han quedado tan reducidas que, hoy por hoy, es la institución parlamentaria más débil del Reino. La lista de las leyes en que el Senado puede intervenir o tiene que hacerlo se ha limitado considerablemente.

LECUCQ, Olivier, *El régimen jurídico de las lenguas regionales en Francia y el problema de la ratificación de la Carta europea de lenguas regionales y minoritarias: ¿es necesario revisar la Constitución?*, "R.C.D.P", núm. 51, diciembre 2015, pp.143-154.

Abreviaturas

RCDP Revista Catalana de Derecho Público¹

¹ La Revista Catalana de Derecho Pblco se encuentra disponible a texto completo en <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp>

RECENSIONES

RECENSIONES

GONZÁLEZ RÍOS (Dir.), ALENZA GARCÍA, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ARAGÃO, ARANA GARCÍA, ÁVILA RODRÍGUEZ, AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, BONAFÉ, CONDE ANTEQUERA, COSTA GONÇALVES, GALÁN VIOQUE, GONÇALVES MONIZ, LÓPEZ GARCÍA, LÓPEZ SAKO, MELLADO RUÍZ, SOUVIRÓN MORENILLA, TAVARES DA SILVA, TORRES LÓPEZ, ZAMORA ROSELLÓ, *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*, Dykinson, 2015, 613 págs.

La obra que se recensiona es el resultado de la Red de investigación hispano-lusa “*Servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes): estudios jurídicos*”, creada en el año 2013 y dirigida por la profesora Isabel González Ríos, en ella participan tanto profesores de diversas Universidades Españolas (Almería, Cádiz, Granada, Sevilla, Málaga, Navarra y Salamanca) como de la Universidad de Coimbra (Portugal).

En esta línea, esta obra colectiva presenta los resultados del estudio comparado entre el Derecho Luso y el Español, de la regulación de los servicios e infraestructuras de los sectores objeto de análisis, siempre con el referente comunitario en el horizonte y prestando especial atención a las reformas normativas y a la jurisprudencia ocasionada a raíz de la aplicación de su régimen jurídico.

Se estructura en cuatro partes, siendo la energía el grueso de la obra; este sector, junto con el del transporte y las telecomunicaciones son analizados desde un punto de vista jurídico y prestando especial atención a cómo se compatibiliza la liberalización de estos sectores con la debida protección al medio ambiente. De esta forma, son examinados temas de gran actualidad, como los desafíos que plantea para el sector eléctrico la incorporación de las energías renovables; la problemática derivada de nuevas formas de extracción de hidrocarburos como el “fracking”; la nueva regulación de las telecomunicaciones y la utilización del espacio radioeléctrico o la necesidad de adoptar medidas para alcanzar una movilidad sostenible.

La Primera Parte de la obra, “Energía” ofrece un completo estudio de las cuestiones más problemáticas y actuales del sector. En el primer capítulo “Os novos desafios do sector eléctrico no contexto da sustentabilidade”, TAVARES DA SILVA presenta la regulación del sector eléctrico en Portugal, prestando especial atención al

régimen jurídico de las energías renovables y a aquellas cuestiones más conflictivas que han sido discutidas por la jurisprudencia y analizados por la doctrina. Una vez descrito el régimen jurídico portugués, a partir del segundo capítulo de la obra, elaborado por ARANA GARCÍA “La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, se analiza detalladamente el nuevo régimen retributivo plasmado en la nueva Ley del Sector Eléctrico. Muchas han sido las modificaciones que ha operado sobre el régimen económico primado de las energías renovables, sin embargo, desde el punto de vista jurídico nos encontramos ante una reforma sustancial del régimen diseñado en un primer momento. A partir de ahí, el autor ofrece un completo análisis de las tesis mantenidas por el Tribunal Supremo a la hora de desvirtuar las continuas modificaciones operadas en el régimen retributivo de las renovables, prestando especial atención a la concreción y desarrollo del concepto de riesgo regulatorio, clave en el enjuiciamiento de estas modificaciones. ALENZA GARCÍA, en el tercer capítulo, titulado “Caracterización del marco jurídico español de las energías renovables”, se centra en analizar los aspectos más relevantes del marco jurídico español de las energías renovables que resultan clave a la hora de entender el presente, el pasado y el futuro de la regulación de las energías renovables en España. A juicio del autor, el déficit tarifario y la crisis económica están sirviendo injustificadamente al legislador a la hora de frenar el nuevo paradigma energético de integración climática y energética impulsado por la Unión Europea.

El contexto de crisis económica y el déficit tarifario que justifican los continuos recortes que se han adoptado en los últimos años sobre el régimen retributivo de las energías renovables, sirven de punto de partida en el análisis que GALÁN VIOQUE realiza sobre el nuevo régimen retributivo contemplado en la nueva Ley del Sector Eléctrico, en relación con nuestro marco constitucional y a la luz de las obligaciones que derivan del Derecho de la Unión Europea en el capítulo IV, titulado “El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica”. Además, debe destacarse el recorrido de la evolución de la normativa que sobre el régimen de estas energías realiza el autor, prestando especial atención a la jurisprudencia comunitaria en la materia.

El agotamiento de reservas de hidrocarburos extraíbles mediante métodos tradicionales junto con la incorporación de innovaciones tecnológicas de extracción, sitúan al *Fracking* o fractura hidráulica -una cuestionada y controvertida técnica de extracción de petróleo y gas de esquisto- como una solución. En el marco de la UE no existe una posición unánime entre los 28 Estados acerca de la prohibición o permisibilidad de esta técnica. Atento a este fenómeno, AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, en el capítulo V “La política de la Unión Europea referente al “fracking”: ¿el “drill,

baby, drill” a la europea?”, profundiza en el posicionamiento de la UE frente a este fenómeno mediante el análisis de los diferentes documentos, que hasta el momento se han elaborado en el seno de la UE sobre la materia.

Centrándonos en la eficiencia energética, impulsada por la UE en el marco de su política energética, tiene como objetivo conseguir un abastecimiento de energía sostenible, reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, mejorar la seguridad del suministro y rebajar los gastos de importación. De esta forma, la eficiencia energética es una fórmula capaz de disminuir los costes de la energía y reducir la dependencia energética.

En el plano nacional, la *Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas* introduce criterios de eficiencia energética y ahorro de agua en las obras de reparación, mejora, consolidación y modernización que se permiten realizar en los inmuebles que ocupan la zona de servidumbre de protección y el dominio público. En este contexto, GÓNZALEZ RÍOS, directora de esta obra, en el capítulo VI “¿Un paso más en la mejora de la eficiencia energética? (a propósito de la novedosa regulación contenida en el art.13 bis y en la D.T. Cuarta de la Ley de Costas tras su reforma en 2013)” analiza esta novedosa regulación. A juicio de la autora, a pesar de tratar de aumentar las exigencias de eficiencia energética que derivan de la normativa sectorial, las edificaciones que se verían afectadas por la exigencia de mejora de su calificación energética serían muy limitadas. Además, la técnica legislativa utilizada puede ser criticada desde distintas perspectivas, una de ellas, la falta de claridad de la regulación.

Seguidamente, MASAO JAVIER LÓPEZ SAKO, parte de las ventajas y beneficios que ofrece estas formas de producción en el capítulo VII, “Convergencia de la eficiencia energética y las energías renovables: generación distribuida, autoconsumo/autoproducción y balance neto”, para seguidamente realizar un profundo estudio de las distintas propuestas de regulación del balance neto y del autoconsumo, prestando especial atención a las deficiencias que presenta. Posteriormente, BONAFÉ en el capítulo VIII “Las interconexiones energéticas en la Unión Europea: una visión regulatoria” aborda el desafío del funcionamiento y realización de las interconexiones energéticas desde el punto de vista institucional de la UE. Para ello, examina las innovaciones legislativas más destacadas en la materia, con el objetivo de evidenciar su influencia en el cumplimiento de los objetivos del mercado interior de la electricidad. La parte de energía se cierra con un capítulo dedicado al régimen jurídico de los residuos utilizados como fuente de energía, elaborado por CONDE ANTEQUERA y titulado “El régimen jurídico-administrativo del aprovechamiento energético de los residuos”.

La Segunda Parte de la obra, se centra en el estudio del sector de las telecomunicaciones. Nuevamente, se parte del análisis de la regulación portuguesa de este sector por COSTA GONÇALVES, quien en el capítulo X “a Regulação nacional das telecomunicações – um caso de europeização da regulação de uma indústria de rede”, analiza la incidencia que la regulación europea tiene sobre el marco nacional portugués. A juicio del autor, a pesar de que la regulación portuguesa ha sido moldeada por el derecho de la UE es necesario corregir algunas deficiencias relativas al ámbito administrativo que a su vez ayudarían a dar cumplimiento a las decisiones del Tribunal de justicia de la Unión Europea.

En el contexto español, la LGTel de 2014 es el marco de referencia del sector de las comunicaciones electrónicas. A través de esta norma, puede constatarse cuál es la posición de la Administración en el ejercicio de sus competencias como poder regulador o como operador de telecomunicaciones, y es precisamente el análisis de la relación de ésta con los operadores privados involucrados en el sector, el objetivo del estudio que SOUVIRÓN MORENILLA realiza en el capítulo XI, titulado “La acción de las administraciones públicas y la regulación de las telecomunicaciones”.

Las radiocomunicaciones, juegan un papel destacable en el sector de las telecomunicaciones, su dependencia del espectro radioeléctrico hace necesario un marco jurídico que lo gestione. Atentos a este fenómeno, TORRES LÓPEZ en el capítulo XII “La política de gestión del espectro radioeléctrico en el vigente marco jurídico”, se encarga de exponer de una forma clara y precisa cómo es gestionado a través de la regulación internacional, comunitaria y nacional, prestando especial atención al mercado secundario del espectro radioeléctrico y su incidencia en la calificación del espectro eléctrico como bien de dominio público estatal. Otro elemento esencial en el sector de las telecomunicaciones viene constituido por los usuarios. La LGTel de 2014 reconoce una serie de garantías a los usuarios que prevalece sobre la normativa general en materia de defensa de los consumidores y usuarios. En el capítulo XIII “Derechos de los usuarios en los servicios de telecomunicaciones”, LÓPEZ GARCÍA proporciona una visión general de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones reconocidos por la norma mencionada anteriormente.

La Tercera Parte de la obra, aborda el “sector de los transportes”. Uno de los desafíos a los que se enfrenta el sector es el de las infraestructuras de transporte en los puertos y aeropuertos; concretamente, en lo que a la elaboración de las políticas públicas y de los instrumentos normativos se refiere. El reto consiste en crear infraestructuras más sostenibles. En este contexto, GONÇALVES MONIZ, en el capítulo

XIV “Portos e aeroportos”, se centra en analizar la evolución del Derecho Público en la materia.

Continuando con el régimen jurídico del transporte, ÁVILA RODRÍGUEZ, autora de los capítulos XV y XVI ofrece una visión amplia del estado actual del sector, prestando especial atención a las últimas modificaciones que se han producido. El análisis del compendio de normas jurídico administrativas que operan tanto en la regulación de las infraestructuras como en los servicios de transporte permite ofrecer una visión panorámica no solo de cómo es la intervención pública, sino de cómo se organiza el sector. En este sentido, el estudio que realiza la autora en torno al reparo constitucional de competencias sobre las distintas modalidades del transporte (terrestre, marítimo y aéreo) según la infraestructura utilizada es de gran utilidad.

Desde el punto de vista de la sostenibilidad ambiental, el transporte puede suponer un grave problema ambiental. Respetar los criterios de condicionalización ambiental de los transportes ayuda a controlar el consumo irracional de energía y de combustibles fósiles. En el capítulo XVII “Transporte y movilidad sostenible”, MELLADO RUIZ aborda el estudio de la normativa sobre el transporte y la movilidad sostenible de los transportes terrestres en el ámbito urbano desde dos grandes perspectivas: la ordenación sostenible del transporte y la condicionalización ambiental de los sistemas de movilidad urbana. En el último capítulo de esta Parte, ZAMORA ROSELLÓ en “Transporte marítimo” se centra en analizar cuáles son los principales desafíos a los que se enfrenta el sector del transporte marítimo. Desde el punto de vista energético, es necesario reforzar la seguridad marítima con el objetivo de reducir los riesgos sobre el medio ambiente derivados del transporte de petróleo por ejemplo. Además, la aplicación de fuentes energéticas alternativas puede ser una alternativa al abastecimiento fósil de los buques altamente contaminante. Ahora bien, como destaca la autora se debe elaborar un esquema normativo que fomente un modelo de transporte sostenible y seguro, capaz de responder a los retos socioeconómicos, políticos y ambientales que se plantean en el sector.

Por último, en la Cuarta Parte de la obra, “Redes y recursos naturales”, los autores analizan cómo las redes de transporte, energía y telecomunicaciones inciden en los recursos naturales. Para ello, en primer lugar, ARAGÃO, autora del capítulo XIX, se centra en “La red ecológica y en los servicios del ecosistema”. A juicio de la autora, merece la pena apostar por la infraestructura verde y las redes ecológicas como inversión en el futuro. Por su parte, ÁLVAREZ GONZÁLEZ aborda “La incidencia que la actividad energética renovable tiene en los espacios naturales protegidos.” En este capítulo, destaca cómo la evaluación de impacto ambiental como sistema de control, a juicio de la autora, no parece un instrumento capaz de ofrecer un

equilibrio justo entre los dos bienes jurídicos en juego: los espacios naturales y la energía. Pero no sólo eso, el legislador parece que únicamente se ha preocupado de minimizar el impacto de las energías renovables en la Red Natura 2000, existiendo una falta de protección de los valores ambientales en el resto de las figuras de los espacios naturales.

En definitiva, las reflexiones jurídicas recogidas en esta obra permiten ofrecer una visión del estado de la cuestión de los servicios liberalizados prestados en red; sin duda, un tema de gran importancia a la vez que problemático. Estos sectores son analizados en profundidad, prestando especial atención a los temas cuya regulación ha estado marcada por el contexto de crisis económica, la cual ha marcado las directrices y las señas de identidad de este ámbito jurídico. Como consecuencia, esta obra constituye un referente en la actualidad jurídica de la materia, de lectura imprescindible tanto para profesionales interesados en el sector, como para estudiosos del Derecho administrativo.

Irene Ruiz Olmo
 Contratada FPI
 Universidad de Sevilla

Reseña del libro “Política y Medio Ambiente”, de Ángel Valencia Sáiz, con prólogo de Andrew Dobson. Editorial Porrúa, México, 2014, 134 páginas.

La relación entre la política y el medio ambiente ha centrado la atención de numerosos investigadores académicos, que han estudiado las diferentes interrelaciones entre ambas. En este oportuno libro, Ángel Valencia, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad de Málaga, ofrece una interesante visión sobre un tema de máxima actualidad y que suscita un creciente interés entre politólogos y ciudadanos.

El punto de partida del profesor Valencia se establece en una contradicción aparente: “la política contemporánea está profundamente influida por el medio ambiente, pero la política verde avanza muy lentamente hacia una sociedad sostenible” (pág. 3). En efecto, si bien una de las respuestas a la Gran Recesión de 2008-2009, tal y como señala acertadamente Andrew Dobson en el prólogo, fue la formulación de un “New Deal verde”, con la finalidad de estimular el crecimiento económico y aprovechar las sinergias de una potente inversión pública y privada en tecnologías capaces de mejorar nuestro balance ambiental, la realidad, pocos años después, es que

casi nada se ha hecho, y que además la agenda verde pierde relevancia tanto en la política internacional como en los debates nacionales o locales, con meritorias y singulares excepciones.

Para el autor del libro, “crisis ecológica y sostenibilidad constituyen el haz y el envés de la relación entre política y medio ambiente” (pág. 16), y en este sentido se agradece su contribución a la delimitación más exacta de una serie de conceptos usados de manera indistinta (desarrollo sostenible y sostenibilidad, por ejemplo) pero con diferentes contenidos y significados. Y también es reseñable la aportación que hace, siguiendo los postulados de Andrew Dobson, a las tensiones que surgen entre los objetivos de la sostenibilidad y la justicia social. En este sentido llama la atención la referencia a Carlos Mougan¹ y su virtuosa visión de la austeridad, un concepto denostado por la izquierda que debería ser verde a lo largo y ancho de Europa, y que en estos momentos poco puede aportar a la solución del dilema planteado, dada su impopularidad.

Y es que la dicotomía entre la justicia social y las medidas encaminadas a conseguir una formulación política del desarrollo sostenible constituye una de las piedras angulares del dilema planteado por Ángel Valencia. Por una parte, se da “la paradoja de la política medioambiental”, que “reside en la necesidad de elaborar soluciones a nivel supranacional que dependen de la voluntad de los Estados para conseguir su articulación política” (pág. 21). Por otra parte, la necesidad de construir una “ciudadanía ecológica” también es un requisito previo para el fortalecimiento de las opciones políticas verdes y su influencia necesaria en la construcción de una agenda política transformadora. Vayamos por partes.

La situación actual obliga a plantear el *dilema de la democracia* (Paehlke²), que consiste en alcanzar un “equilibrio entre la globalización y los imperativos ecológicos de nuestro tiempo” (pág. 61). La reciente celebración de la Cumbre del Clima en París, a finales de 2015, ha vuelto a poner de manifiesto las contradicciones entre los países occidentales (y ahora también China), decididos a combatir un cambio climático ya indiscutible, y los medios efectivamente asignados a tal efecto. Un debate estéril que tendrá como primeras víctimas de la parálisis a los países más vulnerables y

¹ Mougan, J. C. (2003): “Hacia una teoría de la educación para una ciudadanía democrática”.

² Paehlke, R. C. (2003): *Democracy's Dilemma. Environmental, Social Equity, and the Global Economy*. The MIT Press, Cambridge. Contrastes, suplemento 8, págs.. 163-189.

a sus habitantes, incapaces de prevenir las devastadoras consecuencias de un descontrolado cambio climático cuyo control es un problema de gobernanza global.

En este sentido, es relevante que los países que ahora están en pleno desarrollo económico y que hasta la fecha no han contribuido al proceso de calentamiento global, al menos por emisiones industriales, planteen dudas y reticencias cuando los países occidentales ya desarrollados llevan años de adelanto destructivo. En demasiadas ocasiones los protocolos medioambientales son más una barrera de entrada a la libre competencia, un obstáculo al comercio internacional que un conjunto de medidas razonables para frenar un fenómeno de colosales consecuencias para el conjunto del planeta.

Por otra parte, la crisis económica y financiera de 2008-2009, conocida como la Gran Recesión, ha modificado las prioridades políticas de una ciudadanía golpeada por las consecuencias de las políticas económicas de austeridad ultranza con las que se ha tratado de reequilibrar la situación financiera. En efecto, la conciencia verde no sólo ha caído en muchos países de la OCDE, sino que lo más preocupante ha sido el ascenso de nuevas posiciones políticas que se mueven en otro eje –la identidad nacional, el extremismo político, el rechazo a Europa- que ha expulsado del debate público casi todo lo concerniente al medio ambiente y a su formulación política.

Diversos capítulos del libro analizan con detalle el auge de la preocupación medioambiental, desde el célebre “Informe Brundtland” hasta la Agenda 21 de desarrollo sostenible local. Cumbres como la celebrada en Río de Janeiro en 1992 establecieron los principios que han regido la política medioambiental hasta la actualidad (precaución, responsabilidad compartida, quien contamina paga). Algunos de ellos incluso se han utilizado para el diseño de instrumentos fiscales de protección al medio ambiente, dentro de una estrategia global de interés por estos temas, con sólido apoyo ciudadano. El paro masivo, la emergencia migratoria, la crisis económica infinita y la ausencia de un liderazgo claro en la Unión Europea están minando las demandas ciudadanas a favor de un impulso similar al que se vivió en muchos países entre los años 90 y la actualidad.

Para el autor, se hace necesario un modelo político que aúne las ventajas del ecologismo y las virtudes de la intervención pública en la actividad política y económica, una “izquierda verde” que conquiste un espacio político en torno al eje de la sostenibilidad con justicia social. Sin embargo, cabe preguntarse entonces qué ha pasado con la representación política verde, y también si el mensaje de convivencia con la naturaleza, restrictivo y conservacionista, puede volver a tener éxito en sociedades

que, si algún día fueron postmaterialistas (y por tanto sensibles a los asuntos medioambientales), quizás hoy ya no lo sean tanto, después de la crisis y los recortes y la preeminencia de la política monetaria y la estabilidad financiera, convertida en dogma constitucional.

Respecto a los partidos políticos verdes, su principal éxito se ha dado en países concretos (sobre todo Alemania, donde el éxito de Los Verdes se convirtió en el espejo de los movimientos ecologistas de toda la OCDE) y también en las elecciones europeas, en las que este tipo de formaciones políticas ha conseguido representación de manera reiterada. Como recuerda Neil Carter (2007, página 107), el lema “piensa global, actúa local” puede explicar parte de ese éxito en comicios de carácter cercano, con problemas ambientales bien identificados y con soluciones realizables. Sin embargo, las recientes elecciones europeas han casi borrado del mapa a los partidos ecologistas para dar paso a una marea de antieuropeos, nacionalistas, ultraconservadores y populismos varios de izquierda y derecha. Un asunto preocupante para la recuperación de una agenda política enfocada a la sostenibilidad del planeta.

La explicación, no obstante, no puede ser sólo exógena. Un análisis detallado de los programas políticos de los partidos verdes³ revela el abandono de posiciones bien definidas en torno al ecologismo y la defensa de propuestas exclusivamente ambientales (energía, reciclaje, agricultura, uso de los recursos) para ofrecer soluciones amplias más propias de “partidos catch-all”, un espacio ya ocupado por otras formaciones políticas más experimentadas en la transversalidad. Así, en Canadá el programa incluía propuestas en política internacional, economía, o incluso Haití. En Gran Bretaña el programa electoral de Los Verdes (muy castigados por un sistema electoral mayoritario) poco se diferenciaba del que defendía el Partido Laborista, y casi lo mismo ha pasado en otros países similares. El tránsito de “partido nicho” a una esfera de competición más amplia no ha sentado bien a estas formaciones, desbordadas por la actualidad pero también rehenes de sus propias decisiones estratégicas.

Diríase, pues, que los clásicos partidos verdes están ahora atrapados en un terreno de juego que no es su medio natural. Por una parte, las formaciones tradicionales han apprehendido diversos postulados ecologistas básicos para incorporarlos a sus discursos y propuestas electorales -lo que Neil Carter (2013) define como “Greening Mainstream”. Por otra, han surgido nuevos partidos “de causa” que han con-

³ Canadá, elecciones generales 2015. Gran Bretaña, elecciones generales 2015. Alemania, elecciones europeas 2015.

seguido introducir sus preocupaciones en la agenda social y pública (como por ejemplo los que han hecho de la defensa de los derechos de los animales su mensaje único), con éxito electoral aún modesto pero indiscutible.

Igualmente surge otro debate que tiene que ver con la conciencia social ecológica, con la solidez de esa “ciudadanía verde” necesaria para la transformación. La nueva promesa tecnológica puede ser la puntilla de una militancia sobrepasada por un escenario de mayor aprovechamiento de recursos ociosos (como ofrece la llamada “economía colaborativa”) y también por un nuevo fenómeno (el *ecopragmatismo* o *ecomodernismo*⁴) que reformula la relación entre tecnología y medio ambiente, y por lo tanto entre política y medio ambiente: la confianza en algunas tendencias globales, como la urbanización de la población, el descenso de la natalidad, las nuevas energías o la reforestación derivada de un mayor aprovechamiento agrícola, permitirían una actuación a largo plazo capaz de tornar la curva siempre creciente de impacto del hombre sobre la naturaleza.

Una idea atractiva, sí, pero que hay que tomar con cautela. Como escribe David Runciman (2016, p. 11), “la perspectiva de que hubiera pronto una solución tecnológica –alguna manera de encontrar una salida a través de la ingeniería– sugiere la posibilidad de evitar la política por completo. Uno de los riesgos que plantea el cambio climático es que resulta tentador pensar que no necesitamos la política en absoluto. Ni siquiera Hayek aceptó eso nunca”.

Sea cual sea el futuro al que nos enfrentamos, el libro de Ángel Valencia es un material muy valioso para comprender con útil profundidad cómo hemos llegado hasta aquí. Es oportuna y relevante la mención a John Gray, que plantea las dudas sobre un acuerdo global en un escenario internacional dominado por el conflicto. Y así está la situación. Como propone finalmente el autor, “la labor del futuro es buscar nuevos espacios teóricos y políticos que aborden los problemas ecológicos dentro de una sociedad global pero sostenible”. Una tarea hercúlea, necesaria y apasionante.

⁴ Un manifiesto ecomodernista. Accesible en www.ecomodernism.org

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carter, Neil (2007): *The Politics of the Environment. Ideas, Activism, Policy.* Cambridge University Press.

Carter, Neil (2013): *Greening the Mainstream: Party Politics and the Environment.* *Environmental Politics*, volume 22, issue 1, 2013, páginas 73-94.

Runciman, David (2016): *Una marea de estiércol.* *Letras Libres*, número 172, enero 2016, páginas 5-11.

Enrique Benítez de Palma
Economista
Consejero de la Cámara
de Cuentas de Andalucía

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre derecho autonómico septiembre – diciembre 2015

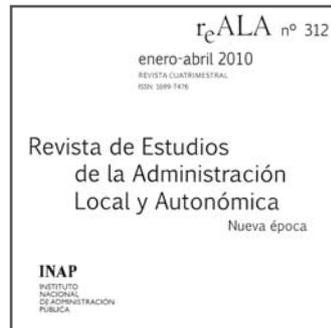
- AA.VV.: *Sostenibilidad social y rehabilitación de vivienda. Especial referencia a Andalucía* (Dir. María Luisa Gómez Jiménez), Ed. Dykinson, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-9085-621-5.
- AA.VV.: *Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía* (Coord. Severiano Fernández Ramos), Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2015. ISBN: 978-84-8333-650-2.
- AA.VV.: *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: el caso español* (Coord. José Tudela Aranda), Ed. Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2015. ISBN: 978-84-942014-6-2.
- AGUILERA SÁNCHEZ, M.: *El régimen jurídico de los incendios forestales: especial referencia al contexto jurídico y territorial de Cataluña*, Ed. Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2015. ISBN: 978-84-8424-343-4.
- ANDRÉS SEGOVIA, B.: *Las transformaciones de la televisión pública valenciana*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. ISBN: 978-84-9086-900-0.
- AZNAR VALLEJO, M. y NAVARRO MÉNDEZ, J. I.: *Cuestiones de Derecho Parlamentario Canario*, segunda edición, Ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. ISBN: 978-84-9119-302-9.
- CUENCA TORIBIO, J. M.: *Amada Cataluña (Reflexiones de un historiador)*, Ed. Iustel, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-9890-293-8.
- EMBUENA MANUEL, G. D.: *La implementación de los planes especiales de reforma interior en el derecho urbanístico histórico estatal y autonómico (1956-1998)*, Ed. Aldecoa, Burgos, 2015. ISBN: 978-84-608-2032-1.
- GALINDO CALDÉS, R.: *La organización territorial inframunicipal en el País Vasco*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2015. ISBN: 978-84-7777-448-8.

GARCÍA RUBIO, F.: *El Derecho Administrativo en un Entorno Internacional. Estudios de Derecho Territorial Administrativo Comparado*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-7351-499-6.

MONTILLA MARTOS, J. A.: *Reforma federal y Estatutos de segunda generación. Los Estatutos de Autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal de la Constitución*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015. ISBN: 978-84-9098-613-4.

TORNOS MAS, J.: *De Escocia a Cataluña. Referéndum y reforma constitucional*, Ed. Iustel, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-9890-286-0.

Javier E. Quesada Lumbreras
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada



Sumario

I. ESTUDIOS	La autonomía local en Alemania a los dos siglos de su nacimiento Local self-government in Germany two centuries after its birth: legal and institutional position <i>Ricard Gracia Retortillo</i>	9
	Descentralización, autonomía y entidades de ámbito territorial inferior al municipal Descentralization, autonomy and smaller local government entities <i>José Luis Blasco Díaz</i>	47
	Evolución del sistema institucional como parámetro de autogobierno. En particular el entramado organizativo de Castilla y León Evolution of the institutional system as a selfgovernment parameter. In particular, the organizational framework in Castilla and Leon <i>Luis Ángel Ballesteros Moffa</i>	81
	La articulación jurídica del fenómeno metropolitano en Andalucía The legal status of the metropolitan areas in Andalusia <i>Francisco Toscano Gil</i>	103
	La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura Power-sharing between the State and Spanish autonomous regions on the subject of Agriculture <i>Manuel Rodríguez Portugués</i>	127
II. CASOS Y DOCUMENTOS	La participación ciudadana en el ámbito local: experiencias The civil participation in the local area: experiences <i>Sergio Castel Gayán</i>	181

III. RECENSIONES	<i>Varios autores</i>	
	Anuario aragonés del Gobierno Local 2009. Institución “Fernando el Católico” (organismo autónomo Diputación de Zaragoza), Zaragoza, 2010. (Recensión: Carlos Navarro del Cacho)	209
	<i>Hank V. Savitch y Paul Kantor</i> Las ciudades en el mercado internacional. La economía política del desarrollo urbano en Norteamérica y Europa Occidental, Ayuntamiento de Madrid y Editorial Bayer Hermanos, S.A., Barcelona 2010, 719 págs. (Recensión: Carmen Pineda Nebot)	212
	<i>Xavier Boltaina Bosch</i> La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona 2010, 179 págs. (Recensión: Carmen Pineda Nebot)	217
	<i>Pedro Asensio Romero</i> Marketing municipal. Editorial Díaz de Santos, 2008, 200 págs. (Recensión: Ignacio Martín Granados)	221
	<i>A. Embid Irujo</i> La potestad reglamentaria de las Entidades Locales, Iustel, Madrid, 2010, 199 págs. (Recensión: Patricia Vacárcel Fernández)	225

IV. AUTORES	231
-------------	-----

V. SUMARIOS DE OTRAS REVISTAS	235
-------------------------------	-----

I A A P