

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 96/2016
Septb.-Dicbre

ESTUDIOS

M^o del Pilar Bensusan Martín
La nueva regulación de los convenios: La conversión en derecho positivo de una práctica administrativa.

Venancio Gutiérrez Colomina
Los efectos de la nulidad de los planes urbanísticos en Andalucía y su repercusión en las edificaciones ilegales.

Irene Araguàs Galcerà
La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Lucía Urbano Sánchez
La tributación de la vivienda vacía en el ámbito autonómico y local. Algunas reflexiones a la luz del artículo 6.3 LOFCA.

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

Las tensiones entre minería y espacios naturales protegidos: su consideración en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
(Daniel del Castillo Mora)

Reflexiones sobre las consecuencias de la finalización de la interinidad en el sector público tras la reciente jurisprudencia del TSJCE, un análisis de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre en el asunto C-16/15, C-184/15, C-197/15 (ACUMULADOS) y C-596/2014.
(Daniel Terrón Santos)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Un comentario a la sentencia 199/2016 del Tribunal Constitucional, sobre la composición de la Mesa del Parlamento Andaluz
(Victor Vázquez Alonso)

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

Crónica del 5º Seminario Hispano-alemán de Derecho Público "¿Hacia una unión energética europea?", celebrado en Santa Cruz de Tenerife los días 27 y 28 de febrero de 2015.

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: El impulso de la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía
(Carmen Núñez Lozano)

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 96

septiembre-diciembre 2016

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.*

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

Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Fernández Ortega, Juan Manuel. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía*

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.*

López Menudo, Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*

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

Ortiz Mallol, José. *Letrado de la Junta de Andalucía*

Pardo Falcón, Javier. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*

Pérez Andrés, Antonio Alfonso. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

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

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

Sánchez Bursón, José María. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*

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

Director:

JESÚS JORDANO FRAGA. *Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Sevilla.*

Secretario:

ROBERTO GALÁN VIOQUE. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Consejo de Redacción:

Barrero Rodríguez, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

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

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

Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*

Guichot Reina, Emilio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

López González, José Ignacio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*

Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide.*

Núñez Lozano, Carmen. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*

Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*

Rivero Ysern, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Vázquez Alonso, Víctor J. *Profesor Ayudante Doctor. 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 | |
| per producto impreso | 0,38 kg petróleo eq | 1,35 Kg CO ₂ eq | |
| por 100 g de producto | 0,04 kg petróleo eq | 0,14 Kg CO ₂ eq | |
| % medio de un ciudadano europeo por día | 8,55 % | 4,42 % | |

reg. n.º: 2017/52
Más información en www.ecoedicion.eu

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 n° 26

41002 SEVILLA

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

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es





SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

| | |
|---|-----|
| M ^a del Pilar Bensusan Martín <i>La nueva regulación de los convenios: La conversión en derecho positivo de una práctica administrativa</i> | 13 |
| Venancio Gutiérrez Colomina <i>Los efectos de la nulidad de los planes urbanísticos en Andalucía y su repercusión en las edificaciones ilegales</i> | 47 |
| Irene Araguás Galcerá <i>La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas</i> | 85 |
| Lucía Urbano Sánchez <i>La tributación de la vivienda vacía en el ámbito autonómico y local. Algunas reflexiones a la luz del artículo 6.3 LOFCA</i> | 127 |

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

| | |
|---|-----|
| Las tensiones entre minería y espacios naturales protegidos: su consideración en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea <i>(Daniel del Castillo Mora)</i> | 167 |
| Reflexiones sobre las consecuencias de la finalización de la interinidad en el sector público tras la reciente jurisprudencia del TSJCE, un análisis de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre en el asunto C-16/15, C-184/15, C-197/15 (ACUMULADOS) y C-596/2014 <i>(Daniel Terrón Santos)</i> | 185 |

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.-
(Francisco Escribano López)

207

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
(José I. López González)

243

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
(José L. Rivero Ysern)

271

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- Un comentario a la Sentencia 199/2016 del Tribunal Constitucional, sobre la composición de la Mesa del Parlamento Andaluz
(Victor Vázquez Alonso)

337

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

Crónica del 5º Seminario Hispano-alemán de Derecho Público “¿Hacia una unión energética europea?”, celebrado en Santa Cruz de Tenerife los días 27 y 28 de febrero de 2015

(Roberto Galán Vioque)

351

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de las Unión Europea

(Lucía Millán Moro)

357

Crónica normativa de la Junta de Andalucía

(Emilio Guichot Reina)

399

Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica

(Carmen Núñez Lozano)

409

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME. El impulso de la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía

(Carmen Núñez Lozano)

421

NOTICIAS DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(Severiano Fernández Ramos)

433

RECENSIONES

NAVARRO CABALLERO, T. (Dir.). *Desafíos del Derecho de Aguas. Variables jurídicas, económicas, ambientales y de derecho comparado*. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Pamplona 2016.
(Santiago González-Varas Ibáñez)

447

MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea*. Directivas 4.0, Chartridge Books Oxford (Reino Unido), 2015, 194 págs.
(Jaime Pintos Santiago)

449

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO

(Javier E. Quesada Lumbreras)

457

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 rgvioque@us.es o en papel, acompañados, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaría de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

3. NORMAS DE EDICIÓN

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

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

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

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

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas.

B. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal.

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

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

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

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

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

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

5. COPYRIGHT

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

ESTUDIOS



La nueva regulación de los convenios: la conversión en derecho positivo de una práctica administrativa*

M^a del Pilar Bensusan Martín

Acreditada como Catedrática de Universidad
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS. III.- CLASES DE CONVENIOS. IV.- REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONVENIOS. V.- CONTENIDO DE LOS CONVENIOS. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS. VI.- SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS Y SUS EFECTOS. VII.- EXTINCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONVENIOS. VIII.- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN: LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONVENIOS. IX.- REMISIÓN DE LOS CONVENIOS AL TRIBUNAL DE CUENTAS. X.- ADAPTACIÓN DE LOS CONVENIOS VIGENTES. XI.- DISTINCIÓN ENTRE CONVENIOS, CONTRATOS Y SUBVENCIONES. 1. Diferencias entre convenios y contratos. 2. Diferencias entre convenios y subvenciones. 3. Diferencias entre contratos y subvenciones. XII.- CONCLUSIONES. XIII.- BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente estudio versa sobre la regulación que de los convenios administrativos hace la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que positiviza este instrumento jurídico por vez primera de una manera plena en nuestro Derecho Administrativo en la línea prevista por la Moción 878/2010, de 30 de noviembre, del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas. Tras más de veinte años de sequía en

* Este estudio se enmarca dentro del Proyecto I+D+I «Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el Estado del Bienestar» (DER2013-48416- C2-1-R).

la materia por la deficiente y escasa regulación que de los convenios se hacía en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la nueva norma desarrolla un régimen jurídico completo de los mismos, estableciendo una definición y unos tipos de convenios, unos requisitos para su validez y eficacia, delimitando su contenido, regulando los trámites preceptivos para su suscripción y sus efectos, determinando sus causas de extinción y los efectos de su resolución, así como su remisión al Tribunal de Cuentas. Se trata de una regulación parcialmente satisfactoria, toda vez que, una vez decidido el legislador a abordar el vacío legal existente, entre otros motivos, para evitar la utilización del instrumento convencional para huir de los rígidos controles de la legislación de contratos, o de la legislación de subvenciones, debería de haber hilado más fino, máxime tratándose de una norma eminentemente técnica. Esta juridificación de los convenios se analiza aquí desde un punto de vista crítico, pero desde la crítica constructiva, planteando asimismo la distinción entre convenios, contratos y subvenciones, precisamente para intentar evitar utilizaciones impropias de un instrumento como el convencional, cuyo uso se ha ido incrementando con el paso del tiempo a pesar de su fragilidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Convenio, convenios interadministrativos, convenios entre la Administración Pública y sujetos de Derecho privado, Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, Tribunal de Cuentas, contrato, subvención, Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

ABSTRACT: This study deals with the regulation of administrative agreements which does the new Law 40/2015, of 1 October, of the Legal Regime of the Public Sector, which positivizes this legal instrument for the first time in a fully way in our Administrative Law line provided by the Motion 878/2010 of 30 November, the Court of Auditors to Parliament on the need to establish an adequate legal framework for the use of the cooperation agreement by the Public Administrations. After more than twenty years of drought in the art from the poor and weak regulation of the agreements made in Law 30/1992 of 26 November on the Legal Regime of Public Administrations and Common Administrative Procedure, the new standard develops a comprehensive legal regime thereof, establishing a definition and types of agreements, some requirements for their validity and effectiveness, defining their content, regulating the mandatory procedures for subscription and its effects, determining the causes of extinction and the effects of its resolution and referral to the Court of Auditors. This is a partially satisfactory regulation, since, once the legislature to address the existing legal vacuum, among other reasons, decided to avoid the use of conventional instrument to escape the rigid controls of contract law, or subsidy legislation, there should be spun finer, especially in the case of an eminently technical standard. This

juridification of the agreements analyzed here from a critical point of view, but from constructive criticism, also raising the distinction between agreements, contracts and grants, precisely to try to prevent improper uses of an instrument as conventional, whose use has been increasing over time despite its legal fragility.

KEY WORDS: Agreement, inter-administrative agreements, agreements between public administration and private actors Law, Legal Regime of the Public Sector, Court of Auditors, contract, grant, Law Common Administrative Procedure Public Administration, Law on the Legal Regime of Public Administrations and Common Administrative Procedure.

I. INTRODUCCIÓN

“Atrévete a pensar”

Immanuel Kant

Cuando se aborda desde el punto de vista teórico el estudio de cualquier idea, concepto o institución se tiende a dar por bueno lo escrito, máxime si se trata de textos legales, por eso me complace que Kant titulase sus grandes obras con la palabra “Crítica”,¹ porque ese es el enfoque con el que hay que analizar siempre todo lo que nos rodea. Y este es, por tanto, el espíritu con el que voy a estudiar aquí la nueva regulación que de los convenios hace la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público².

Recogidos en un capítulo propio, el VI, del Título Preliminar de esta nueva norma, los convenios administrativos se positivizan por vez primera de una manera plena en nuestro Derecho Administrativo en la línea prevista en la Moción 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre de 2010³, que recomendaba sistematizar su marco legal y tipología, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de

¹ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura* (1781), *Crítica de la razón práctica* (1788) y *Crítica del juicio* (1790).

² Boletín Oficial del Estado n° 236, de 2 de octubre de 2015, que entró en vigor el 2 de octubre de 2016.

³ Moción 878/2010, de 30 de noviembre, del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas.

remitirlos al propio Tribunal de Cuentas⁴. De este modo, se desarrolla un régimen jurídico completo -o incompleto, ya se verá- de los convenios, fijando su contenido mínimo, clases, duración y extinción, y asegurando su control por el Tribunal de Cuentas, distanciándose de la deficiente y escasa regulación anterior⁵ que de ellos se hacía en la Ley

⁴ Las dieciséis propuestas que hizo el Tribunal de Cuentas para su consideración por las Cortes Generales y su traslado al Gobierno u otras instancias fueron, resumidamente, las siguientes: 1º.- Que se complete y sistematice el marco legal vigente respecto de los convenios de colaboración, formulando un concepto que los diferencie de figuras afines, precisando sus ámbitos subjetivo y objetivo y los extremos de su contenido. 2º.- Que se precise el régimen aplicable a los convenios celebrados por entidades públicas que se rigen por el derecho privado con otras entidades o Administraciones Públicas (el de los convenios interadministrativos o el de los convenios con administrados). 3º.- Que se concrete si las relaciones entre Administraciones Públicas y organismos dependientes o vinculados deben canalizarse mediante convenios de colaboración o mediante encomiendas de gestión. 4º.- Que se adopten medidas eficaces para la efectiva aplicación de los principios de la legislación de contratos del sector público en los casos de ausencia de normas especiales. 5º.- Que en los convenios se delimiten con precisión el objeto y las actividades a realizar por las partes que convienen y la titularidad de los resultados. 6º.- Que en los convenios en los que haya que realizar aportaciones financieras, se fije con rigor en su importe, que nunca deberá rebasar el coste de la actividad a financiar ni su valor de mercado. 7º.- Que en las cláusulas de los convenios se incluyan las causas que pueden dar lugar a su modificación y resolución, así como las consecuencias del incumplimiento de sus compromisos. 8º.- Que se definan y clarifiquen los criterios de imputación presupuestaria del gasto. 9º.- Que se evite la contratación de compromisos de ejercicios futuros con cargo a créditos con asignación nominativa, ni aún condicionándolos a la futura concesión de otro crédito nominativo. 10º.- Que se evite la imputación automática de los saldos de compromisos no ejecutados del ejercicio anterior al presupuesto corriente sin una paralela modificación del plazo convenido. 11º.- Que se recabe la conformidad expresa de los suscriptores del convenio sobre las actuaciones a realizar cuando su concreción tenga que ser posterior a la suscripción del convenio. 12º.- Que se atribuya a una comisión de seguimiento o a un *responsable del convenio* las facultades de supervisión del mismo. 13º.- Que se justifique la ejecución del convenio mediante la comprobación material de las inversiones realizadas, tanto por el órgano gestor como por la intervención. 14º.- En caso de que surjan dudas acerca de la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, deberían de clarificarse en los convenios. 15º.- Que se complete y amplíe la información sobre los convenios mediante un sistema registral. 16º.- Que se extienda a los convenios de colaboración la obligación de remitir información al Tribunal de Cuentas.

⁵ Para profundizar sobre ésta, *vid.* al respecto, ALMEIDA CERREDA, Marcos, “Un ordenamiento con lagunas normativas: El caso de los convenios administrativos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 19 de diciembre de 2011.

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente en sus artículos 6 y 8⁶ y 88⁷.

No obstante, habrá que analizar desde la crítica la novedosa juridificación de los convenios para concluir determinando cuáles sean sus auténticas bondades y sus deficiencias más palpables.

El origen del actual marco normativo se encuentra pues en el Boletín Oficial de las Cortes Generales número 480, de 28 de octubre de 2011, en el que se publicó la Relación de iniciativas, relativas a Comisiones Mixtas, que se trasladaron a las Cáma-

⁶ Boletín Oficial del Estado n.º 285, de 27 de noviembre de 1992, última actualización publicada el 2 de octubre de 2015. Su artículo 6 disponía así: “*Convenios de colaboración. 1. La Administración General y los Organismos públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias. 2. Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar, cuando así proceda: a) Los órganos que celebran el convenio y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de las partes. b) La competencia que ejerce cada Administración. c) Su financiación. d) Las actuaciones que se acuerden desarrollar para su cumplimiento. e) La necesidad o no de establecer una organización para su gestión. f) El plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio. g) La extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior, así como la forma de terminar las actuaciones en curso para el supuesto de extinción. 3. Cuando se cree un órgano mixto de vigilancia y control, éste resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios de colaboración. 4. Cuando los convenios se limiten a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de cada Administración en una cuestión de interés común o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración en un área de interrelación competencial o en un asunto de mutuo interés se denominarán Protocolos Generales. 5. Cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil. Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero. Los órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en los Estatutos respectivos. Para la gestión de los servicios que se le encomienden podrán utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas”.* Por su parte, el artículo 8 señala lo siguiente: “*Efectos de los convenios. 1. Los convenios de Conferencia sectorial y los convenios de colaboración en ningún caso suponen la renuncia a las competencias propias de las Administraciones intervinientes. 2. Los convenios de Conferencia sectorial y los convenios de colaboración celebrados obligarán a las Administraciones intervinientes desde el momento de su firma, salvo que en ellos se establezca otra cosa. Tanto los convenios de Conferencia sectorial como los convenios de colaboración serán comunicados al Senado. Ambos tipos de convenios deberán publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario Oficial» de la Comunidad Autónoma respectiva. 3. Las cuestiones litigiosas que puedan surgir en su interpretación y cumplimiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 6.3, serán de conocimiento y competencia del Orden Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, de la competencia del Tribunal Constitucional”.*

⁷ Rezaba así el artículo 88 de la Ley 30/1992: “*Terminación convencional. 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. 2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. 3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano. 4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos”.*

ras que se constituyeron en la X Legislatura, entre las que se encontraba la ya mentada Moción 878/2010, de 30 de noviembre, del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas.

Esta Moción fue una iniciativa crucial en este aspecto ya que comportó un antes y un después en la regulación de los convenios administrativos, fundamentalmente por el crecimiento que ha ido experimentando el recurso a este instrumento convencional desde principios de los años noventa hasta la actualidad por parte de las Administraciones Públicas, no sólo en sus relaciones con otras Administraciones Públicas, organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes o Universidades públicas, sino también en sus relaciones con sujetos de Derecho privado, con particulares. Y, a un tiempo, por el incremento del peso económico que los convenios han ido adquiriendo en las cuentas públicas de nuestras Administraciones, aún a pesar de la crisis económica, aunque evidentemente ésta ha ido provocando, como después se verá, un cambio en el contenido a la hora de suscribir determinados convenios. Junto a ello, una regulación en el ordenamiento jurídico-administrativo pésima, imprecisa, sin clara definición positiva, insuficiente, escasa y con un régimen jurídico incierto creaban las condiciones óptimas para dotarla un marco jurídico adecuado.

Dado que los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público disciplinan con detalle el régimen jurídico aplicable a los convenios, cualesquiera que sean las Administraciones Públicas que los celebren -estatal, autonómicas o locales-, en líneas siguientes se analizará si el objetivo se ha cumplido, si se ha dado respuesta a todas las propuestas del Tribunal de Cuentas y si esta regulación se plasmará adecuadamente en la práctica administrativa.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS

“Pensamientos sin contenidos son vacíos; intuiciones sin conceptos son ciegas”

Immanuel Kant

Nadie duda de la necesidad de delimitar un *concepto* legal, jurisprudencial o doctrinal de la institución del convenio, evidentemente para no seguir a ciegas, toda vez que la inexistencia de cualquiera de estos conceptos hasta ahora lo único que ha provocado es el empleo frecuente del término convenio para referirse a realidades jurídicas muy diversas, favoreciendo además la utilización de esta figura para ejecutar gasto público sin el encorsetamiento del Derecho Administrativo en materia de contratación pública y de fomento⁸. Lo único que ha precisado la doctrina en materia

⁸ DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro, “La figura del convenio tras la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, quincena del 15 al 29 de diciembre de 2015, págs. 2757 a 2774.

de convenios es que estamos ante un acuerdo de voluntades en un plano de igualdad en el que al menos una de las partes ha de ser necesariamente una Administración Pública⁹ y, en el caso de convenios interadministrativos, que se trata de técnicas que se basan en el pacto, en condiciones de igualdad, entre las Administraciones y Entes públicos con competencias sobre una materia¹⁰. Se trata pues, de acuerdos que van a suscribir las Administraciones Públicas entre sí, o con sujetos privados, para la realización de un fin común, mediante el que las partes deciden colaborar a efectos de conseguir alcanzar dicha finalidad. Y, en el caso de convenios interadministrativos, como recuerda el artículo 57.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local¹¹, la suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, cuestión reiterada ahora en su esencia para todo tipo de convenios por el artículo 48.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Entendía en 2010 el Tribunal de Cuentas en lo relativo a la delimitación conceptual de los convenios, que las disposiciones contenidas en la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público¹², hoy Real Decreto Legislativo 3/20011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

⁹ DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro, “La figura del convenio...”, *op. cit.*, págs. 2757 y 2758.

¹⁰ MARTÍN HUERTA, Pablo, *Los convenios interadministrativos*, Ministerio de Administraciones Públicas-INAP, 2000. Para mayor abundamiento sobre los convenios entre Administraciones Públicas, *vid.*, VELASCO CABALLERO, Francisco, “Los convenios entre Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 103, 1999, págs. 504 a 511, y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, que, además de analizarlos minuciosamente conforme a la Ley 30/1992, estudia el recurso a este instrumento por la tradición existente en Alemania acerca de la celebración de convenios entre centros de poder público dotados de independencia, con especial referencia a las peculiaridades que revisten los convenios perfeccionados entre la Federación y los Estados federados. Para GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos, *Los convenios interadministrativos de los Entes Locales*, Montecorvo, Madrid, 2002, págs. 22 y 23, “los convenios entre Administraciones son muy heterogéneos, por un lado, a pesar de ser entes públicos, la regulación puede ser similar a las relaciones Administración-administrados, y, por otro lado, están en los que existe una nota de equilibrio entre las partes del convenio, que son los denominados convenios de colaboración”.

¹¹ Boletín Oficial del Estado n.º 80, de 3 de abril de 1985, última actualización publicada el 15 de julio de 2016. Artículo modificado por el artículo 1.16 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (Boletín Oficial del Estado n.º 312, de 30 de diciembre de 2013, última actualización publicada el 15 de julio de 2016), norma cuyo artículo 1.17 añadió además el artículo 57 bis a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, relativo a la garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas, y que ha sido anulado tras ser declarado inconstitucional y nulo por Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, de 3 de marzo de 2016.

¹² Boletín Oficial del Estado n.º 261, de 31 de octubre de 2007, última actualización publicada el 16 de noviembre de 2011.”

de Contratos del Sector Público¹³, a diferencia de lo que ocurría con el también derogado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁴, permitían delimitar un concepto sobre este instrumento jurídico. Señalaba a este respecto que “*Con la nueva LCSP [...] resulta posible formular un concepto más preciso de convenio de colaboración, lo que constituye un importante avance en la configuración legal de la institución. Por ello, a partir de la legislación vigente, podría sostenerse que el convenio se caracteriza por la existencia de un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos que convienen, efectos que, por tanto, no proceden de uno solo de ellos sino de todos [...] En el convenio cada sujeto asume, junto al otro u otros con los que se formaliza el acuerdo de voluntades, una obligación de dar o de hacer, pero dicha obligación no tiene por causa “la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”, lo que lo situaría en el ámbito de los contratos onerosos (art. 1274 CC) sujetos a la LCSP (art. 2 LCSP). La causa de la aportación será la consecución de un fin común a los sujetos que convienen, y como quiera que, al menos uno de ellos, ha de ser una Administración pública, dicho fin habrá de ser de interés público*”¹⁵. Por ello, en sus propuestas el mentado Tribunal reiteraba la necesidad de formular un concepto de convenio que lo diferencie de figuras afines, precisando sus ámbitos subjetivo y objetivo y los extremos de su contenido¹⁶.

Y sí responde parcialmente la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público a las expectativas del Tribunal de Cuentas, aportando por vez primera un concepto jurídico de convenio, que recoge la idea del fin común, aunque no refiere expresamente que ese fin común ha de ser un fin de interés público. Sin embargo, no aporta su diferenciación conceptual con figuras jurídicas afines, para lo que habrá que hacer operaciones de encaje jurídico entre diversas normas. Reza así su artículo 47.1: “*Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común*”. No obstante, el “fin común” aparece como un concepto jurídico indeterminado que puede ampliar o reducir el ámbito de potenciales acuerdos, lo cual puede dar lugar a confusiones o a una relativa inseguridad jurídica. Brilla, por tanto, por su ausencia una definición acerca de la concurrencia de la satisfacción de un fin común entre la Administración y los particulares, que, de existir, evitaría situaciones confusas, toda vez que, según

¹³ Boletín Oficial del Estado n^o 276, de 16 de noviembre de 2011, última actualización publicada el 31 de diciembre de 2015

¹⁴ Boletín Oficial del Estado n^o 148, de 21 de junio de 2000, última actualización publicada el 30 de abril de 2008.

¹⁵ Moción 878/2010, de 30 de noviembre, del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas, págs. 2757 a 2774.

¹⁶ Propuesta n^o 1^a de la Moción 878 del Tribunal de Cuentas, pág. 32.

se interprete, el ámbito de posibles acuerdos puede ser más o menos amplio. Y brilla también por su ausencia un concepto de convenio que lo diferencie de figuras afines.

Por el contrario a esta definición positiva, la definición negativa de convenio se da en el párrafo siguiente al señalar que no tienen la consideración de convenios los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles. Además, los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. Con ello, se sitúa a los convenios en una difícil posición intermedia¹⁷.

Se pasa pues de la nada conceptual a la indigestión de conceptos, con una definición en positivo y otra en negativo manifiestamente mejorables, a las que hay que añadir, para mayor complicación, lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁸, aunque en ésta norma sí se viene a aportar la idea de que el instrumento convencional debe tener por objeto la satisfacción del interés público. No obstante, la dificultad se incrementa notablemente para el lector-operador jurídico al optarse ahora por la referencia conceptual genérica a “convenios”, frente a la anterior regulación más específica que se refería a “convenios de colaboración”, aunque en todo convenio sub-

¹⁷ JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “Organización administrativa y relaciones interadministrativas”, *Documentación Administrativa*, n.º 2, enero-diciembre 2015, pág. 4, que remarca esta difícil posición intermedia para los convenios que, teniendo efectos jurídicos, su objeto no son actos de contenido jurídico.

¹⁸ Boletín Oficial del Estado n.º 236, de 2 de octubre de 2015, que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016. Dice así el mentado artículo 86: “*Terminación convencional. 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. 2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. 3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano. 4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos. 5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”.*

yazca el principio de colaboración. No obstante, creo positivo el paso de un concepto más concreto a otro más general a la hora de clarificar todo este embrollo.

Independientemente de lo anterior, destacan en este concepto jurídico de convenio las nociones de finalidad común -los intereses comunes entre las partes que convienen diferencian esta figura de los contratos o las subvenciones, como después se analizará-, aunque ya se ha apuntado su indeterminación; de interés público; de voluntariedad en la suscripción del convenio -que excluye cualquier tipo de procedimiento selectivo-; y el plano de igualdad -cuanto menos teórica- entre las partes que convienen, una de las cuales ha de ser necesariamente una Administración Pública en los términos descritos supra¹⁹.

Respecto a la *naturaleza jurídica* de los convenios, es evidente su naturaleza jurídico-pública toda vez que deben de celebrarse por, al menos, una Administración Pública, su finalidad debe ser exclusivamente de interés público y se someten íntegramente al Derecho Administrativo. Asimismo, las cuestiones litigiosas que se deriven tanto de su interpretación como de su cumplimiento deberán sustanciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, esta no es cuestión pacífica para algún autor, en el entendimiento de que la nueva regulación no clarifica la naturaleza jurídica de los convenios con particulares, y “aunque pueda parecer una obviedad que se trata de convenios administrativos, lo cierto es que no se justifica que la Administración ostente las prerrogativas de modificación o interpretación unilateral, ni tampoco que las controversias sean competencia del orden contencioso-administrativo”²⁰, y ello, aún a pesar de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley, que se refiere a ellos como convenios administrativos, y, por supuesto, de lo dispuesto a este respecto en el artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa²¹.

¹⁹ Igualdad teórica, toda vez que en la práctica las Administraciones impondrán una serie de cláusulas usualmente inamovibles, que condicionarán la voluntariedad en la aceptación por la otra parte. *Vid.* al respecto, DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro, “La figura del convenio...”, *op. cit.*, pág. 2758.

²⁰ MUÑOZ, M^a Luisa y COYLE, Charles, “La nueva regulación de los convenios entre Administraciones Públicas y particulares”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n^o 914, 17 de diciembre de 2015, pág. 14.

²¹ Artículo que recordemos que dispone que: “Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”.

III. CLASES DE CONVENIOS

“El derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos”

Immanuel Kant

Y en ese afán del derecho por clasificar, ordenar y encasillar sus actuaciones jurídicas, enmarcamos la clasificación que de los convenios hace la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con evidente ánimo esclarecedor. Así, conforme a su artículo 47.2, los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de Derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:

a) *Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de Derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones Públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas. Quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se registrarán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía.*

b) *Convenios intradministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública.*

c) *Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de Derecho público y un sujeto de Derecho privado.*

d) *Convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.*

Nada que objetar pues, no parece una diferenciación dificultosa o complicada de entender, al contrario, y delimita correctamente los diferentes tipos de convenios en función de quienes los suscriban, partiendo, como ya se ha dicho, de que deben de celebrarse por, al menos, una Administración Pública, aunque puedan suscribirse por dos, o incluso más, Administraciones.

IV. REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONVENIOS

“ Toda oposición contra el supremo poder legislativo..., es el delito supremo y más punible en una comunidad, porque destruye sus fundamentos ”

Immanuel Kant

Sin embargo, manifiesto en este apartado una oposición evidente a la tarea del legislador, como ahora se comprenderá.

Los requisitos para la validez y eficacia de los convenios que pueden suscribir las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, con sujetos de Derecho público y privado, se plasman en el artículo 48 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, partiendo de una prohibición genérica, la de ceder la titularidad de la competencia.

A esta prohibición genérica se añade otra prohibición específica contenida en el artículo 48.9, la de aplicar las normas sobre convenios contenidas en el Capítulo VI a las encomiendas de gestión²² y a los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos, lo que sorprendentemente deja sin este marco legal específico a los convenios que tengan la consideración de finalizadores de los procedimientos, reduciendo su regulación a lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que únicamente establece su contenido mínimo -identificación de las partes intervinientes, ámbito personal, funcional y territorial, y plazo de vigencia, y publicación o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados- y la necesidad de aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas cuando se trate de acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano²³. Es verdaderamente un error del legislador excluir de esta novedosa regulación de los convenios a la terminación convencional de los procedimientos administrativos, y no sólo un error, sino una auténtica contradicción con el espíritu de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su afán de positivizar el instrumento convencional, máxime cuando la exclusión se hace de manera expresa. Y contradicción también con el propio dic-

²² Las encomiendas de gestión se regulan en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público de forma bastante similar a la del anterior artículo 15 de la Ley 30/1992, pero es absolutamente sorprendente que en el número 3.b) de dicho artículo se prevea que cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de Derecho Público de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio, y posteriormente en el artículo 48.9 se excluya esta posibilidad.

²³ Artículo 86.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

tado del artículo 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando se refiere a la posibilidad de que las Administraciones Públicas celebren convenios. Es como si el legislador de la Ley 40/2015 fuera distinto y diera la espalda al de la Ley 39/2015 en materia de convenios, o que sorprendentemente estuviésemos ante un legislador bipolar.

Los requisitos de validez y eficacia de los convenios se recogen pues en los números del 2 al 8 del mentado artículo 48 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y son los siguientes:

a) Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes.

b) La suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

c) La gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración Pública o cualquiera de sus organismos públicos o entidades de Derecho público vinculados o dependientes que lo suscriban, así como con los fondos comprometidos en virtud de dichos convenios, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación presupuestaria.

d) Los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio.

e) Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.

f) Cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones²⁴ y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable. Asimismo, cuando el convenio tenga por objeto la delegación de competencias en una Entidad Local, deberá cumplir con lo dispuesto en Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

g) En el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes, podrán celebrar

²⁴ Boletín Oficial del Estado n.º 276, de 18 de noviembre de 2003, última actualización publicada el 20 de mayo de 2016.

convenios los titulares de los Departamentos Ministeriales y los Presidentes o Directores de las dichas entidades y organismos públicos. Los convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de Derecho público vinculados o dependientes resultarán eficaces una vez inscritos en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, y publicados en el Boletín Oficial del Estado. Previamente y con carácter facultativo, se podrán publicar en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la provincia, que corresponda a la otra Administración firmante.

Requisitos estos que, a diferencia de lo referido antes, resultan coherentes con la naturaleza del instrumento convencional y que comportan unos mínimos ineludibles a la hora de suscribir convenios y darles validez.

V. CONTENIDO DE LOS CONVENIOS. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

“Todo nuestro conocimiento arranca del sentido, pasa al entendimiento y termina en la razón”
Immanuel Kant

Tras la evidencia de falta de sentido común, y, por tanto, de razón, en el legislador apreciada supra, es de justicia reconocer la mejoría considerable del texto en lo que al contenido de los convenios se refiere. Se determina expresamente un contenido mínimo en el artículo 49 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Su contenido debe ser, cuando menos, el siguiente:

- a) Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes.
- b) La competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública, de los organismos públicos y las entidades de Derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas.
- c) Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos.
- d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.

e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.

f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios.

g) El régimen de modificación del convenio. A falta de regulación expresa la modificación del contenido del convenio requerirá acuerdo unánime de los firmantes²⁵.

h) Y el plazo de vigencia del convenio, teniendo en cuenta que las siguientes reglas:

1.º La novedad de la introducción de una duración determinada en los convenios, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior²⁶.

2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción. Teniendo presente que esta prórroga podrá realizarse por una sola vez²⁷.

Pero, cuál sea el objeto concreto de los convenios no se especifica en esta nueva norma de tintes genéricos, aunque, en el caso de convenios suscritos entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, puedan abarcar cualquier materia, por ejemplo, agricultura, alimentación, medio ambiente, economía, empleo y Seguridad Social, defensa, sanidad, servicios sociales e igualdad, fomento, interior, industria, energía y turismo, hacienda, educación, cultura y deporte, asuntos exteriores, cooperación, justicia, etc.²⁸

²⁵ Redactado conforme a la corrección de errores publicada en el BOE n° 306, de 23 de diciembre de 2015.

²⁶ Como, por ejemplo, en la legislación local, en la que el artículo 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, prevé una duración no inferior a 5 años para los convenios que articulen delegaciones de competencias de las Comunidades Autónomas en favor de los Ayuntamientos.

²⁷ En el caso de convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes, esta prórroga deberá ser comunicada al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación al que se refiere la Disposición Adicional Séptima.

²⁸ INFORME SOBRE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS SUSCRITOS DURANTE 2013, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2013, pág. 7 y ss.

Según el Informe sobre los Convenios de Colaboración Estado-Comunidades Autónomas suscritos durante 2013²⁹, los convenios de colaboración entre Administraciones Públicas pueden clasificarse teniendo en cuenta la finalidad y el contenido de los compromisos que las partes adquieren en el momento de su firma, y así pueden distinguirse:

- a) Convenios que tienen por finalidad formalizar un mero intercambio de información o datos entre el Estado y las Comunidades Autónomas³⁰.
- b) Convenios que tienen por finalidad actuaciones de interés para la totalidad de las Comunidades Autónomas³¹.
- c) Convenios de interés exclusivo para una Comunidad Autónoma³².
- d) Convenios que formalizan el apoyo técnico de una Administración a otra con la finalidad de facilitar el ejercicio de sus competencias³³.
- e) Convenios que comportan la puesta en común de recursos de una u otra Administración³⁴.
- f) Convenios para la creación de entes comunes de gestión³⁵.
- g) Convenios para la organización de un evento en concreto³⁶.

²⁹ INFORME SOBRE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS SUSCRITOS DURANTE 2013, *cit.*, pág. 14 y ss.

³⁰ Como, por ejemplo, los de intercambio de información sobre gestión de prestaciones sanitarias, realización de estadísticas e información agraria, pesquera y alimentaria, o para la elaboración de otras estadísticas y encuestas.

³¹ Por ejemplo, los de actuaciones en materia de desarrollo rural sostenible, los de financiación de programas especiales en niveles obligatorios de la enseñanza, los relativos al desarrollo de programas de incentivos de la actividad investigadora, o los que financian programas dirigidos a colectivos específicos, tales como mujeres víctimas de violencia de género, desempleados, inmigrantes, menores extranjeros no acompañados, etc.

³² Como los relativos a financiación de actuaciones en determinadas infraestructuras, como las actuaciones en cuencas hidrográficas, o de saneamiento y depuración de aguas.

³³ Por ejemplo, los relativos a la cesión del uso de programas informáticos entre Administraciones, a la implantación de servicios digitales en educación y justicia, seguridad en edificios judiciales de la Comunidad Autónoma, o educación y sanidad en el ámbito penitenciario.

³⁴ Como los que se refieren a la mejora y modernización de líneas ferroviarias o carreteras, los relativos a estadística e información sobre medio ambiente, agricultura, ganadería, silvicultura y pesca, los de ventanillas únicas empresariales, prestación mutua de servicios de Administración electrónica, o de cesión de datos con fines estadísticos.

³⁵ Como puede ser un consorcio o una sociedad mercantil.

³⁶ Como, por ejemplo, la creación del Consorcio Barcelona Mobile Word Capital, la celebración del XVI Congreso Internacional de Historia de los Conceptos en Bilbao, o la realización de la 15ª edición del Master en Derecho marítimo y negocio marítimo y gestión portuaria Shipping Business en Barcelona.

h) Convenios relativos a nuevos ámbitos de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas³⁷.

No obstante, la crisis económica ha provocado que se limiten notoriamente los convenios que comporten nuevas obligaciones financieras, y los que conlleven cargas económicas importantes, como los relativos a grandes infraestructuras, que han quedado limitados a actuaciones prioritarias, mientras que, para actuaciones a medio plazo, se suelen firmar protocolos con la finalidad de estudiar la posibilidad de llevarlos a cabo en el futuro. A ello se añade que se han reajustado las anualidades previstas en muchos convenios, minorando las cuantías y las actividades a realizar u obras a ejecutar, o se ha extendido el plazo de ejecución de los convenios, alargando las anualidades para poder atender a su financiación con recursos futuros. Por el contrario, los convenios que no comportan contenido económico y los de colaboración sobre intercambio de datos o información, siguen suscribiéndose sin problemas para propiciar nuevos cauces de cooperación entre Administraciones Públicas.

VI. SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS Y SUS EFECTOS

“Obra siempre de modo que tu conducta pudiera servir de principio a una legislación universal”

Immanuel Kant

Y mucho dista la nueva norma de parecerse a una legislación universal, o, cuanto menos, de esas que perduran a través de los siglos como algunos de nuestros ilustres códigos decimonónicos. No obstante, en materia de suscripción de convenios, ya la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 30/1992, recogía el régimen de suscripción de convenios de colaboración de la siguiente, aunque exigua, manera: “En el ámbito de la Administración General del Estado, los titulares de los Departamentos ministeriales y los Presidentes o Directores de los organismos públicos vinculados o dependientes, podrán celebrar los convenios previstos en el artículo 6, dentro de las facultades que les otorga la normativa presupuestaria y previo cumplimiento de los trámites establecidos, entre los que se incluirá necesariamente el informe del Ministerio o Ministerios afectados. El régimen de suscripción de los mismos y, en su caso, de su autorización, así como los aspectos procedimentales o formales relacionados con los mismos, se ajustará al procedimiento que reglamentariamente se establezca”.

37 Como los convenios relativos a la conservación y restauración de la diversidad biológica en los espacios Red Natura 2000, la colaboración de los servicios de empleo con agencias de colocación privadas, o la colaboración para la protección de los trabajadores en contacto con el amianto.

Ahora en la nueva norma³⁸, como trámite preceptivo para la suscripción de los convenios, será necesario acompañarlos de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en dicha Ley. Cuando se trate de convenios que suscriba la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes se acompañarán además de:

a) El informe de su servicio jurídico. No será necesario solicitar este informe cuando el convenio se ajuste a un modelo normalizado informado previamente por el servicio jurídico que corresponda.

b) Cualquier otro informe preceptivo que establezca la normativa aplicable.

c) La autorización previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su firma, modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo entre las partes.

d) Cuando los convenios plurianuales suscritos entre Administraciones Públicas incluyan aportaciones de fondos por parte del Estado para financiar actuaciones a ejecutar exclusivamente por parte de otra Administración Pública y el Estado asuma, en el ámbito de sus competencias, los compromisos frente a terceros, la aportación del Estado de anualidades futuras estará condicionada a la existencia de crédito en los correspondientes presupuestos³⁹.

e) Los convenios interadministrativos suscritos con las Comunidades Autónomas, serán remitidos al Senado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Trámites de cuyo rigor en su cumplimiento práctico dependerá que esta figura vaya desprendiéndose de su fragilidad endémica, y vaya adquiriendo el vigor jurídico del que parece querer dotarla la Ley 40/2015.

³⁸ Se regula en el artículo 50 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

³⁹ Señala DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro, “La figura del convenio...”, *op. cit.*, pág. 2761, que es este un apartado difícil de entender ya que en los convenios plurianuales los compromisos asumidos por el Estado frente a terceros estarán condicionados por la existencia de crédito en presupuestos futuros, lo cual no parece lógico, ya que los compromisos de gasto frente a terceros documentados en un convenio deben de tener reflejo en los correspondientes presupuestos, y no al revés. A ello se une que el artículo 48.5 señala que “Los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio”. Todo lo cual parece una pura contradicción que ya veremos cómo se solventa en la práctica.

VII. EXTINCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS CONVENIOS

“Se mide la inteligencia del individuo por la cantidad de incertidumbres que es capaz de soportar”

Immanuel Kant

Y alguna que otra incertidumbre, que a continuación se analizará, aparece en la regulación de la extinción y resolución de los convenios conforme a la nueva Ley 40/2015⁴⁰.

Los convenios se extinguen por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto o por incurrir en causa de resolución.

Y son causas de resolución de los convenios:

- a) El transcurso del plazo de vigencia del convenio sin haberse acordado la prórroga del mismo.
- b) El acuerdo unánime de todos los firmantes.
- c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla en un determinado plazo con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes.

Parece ser pues que cualquiera de las partes que considere que la otra ha incumplido pudiera imponer un plazo determinado para que se produzca ese cumplimiento. No parece lógico que un agente privado exija a una Administración Pública, en un plazo por él impuesto, el cumplimiento de una obligación insatisfecha por ésta, lo lógico hubiera sido imponer un plazo concreto en las propias cláusulas convencionales. Incertidumbre pues añadida a los defectos ya constatados en esta regulación convencional.

Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados si así se hubiera previsto.

⁴⁰ Según el artículo 51 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

d) Por decisión judicial declaratoria de la nulidad del convenio.

e) Por cualquier otra causa distinta de las anteriores prevista en el convenio o en otras leyes. Dándose la posibilidad de que las partes en el convenio establezcan otras causas distintas de resolución.

VIII. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN: LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONVENIOS

“La libertad es aquella facultad que aumenta la utilidad de todas las demás facultades”

Immanuel Kant

Y, siendo tan rentable la libertad en determinados contextos, no debe ser el de los convenios administrativos su ámbito más propicio, más bien al contrario, toda vez que en este estudio precisamente lo que se critica es la ausencia de regulación pormenorizada en determinados aspectos que evite la inseguridad jurídica y la utilización desnaturalizada del instrumento convencional. Por ello, la liquidación de los convenios no se produce libremente, sino únicamente cuando se produce el cumplimiento de los convenios o la resolución de los mismos. Como dice la norma, el cumplimiento y la resolución de los convenios dará lugar a la liquidación de los mismos con el objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes⁴¹.

En el supuesto de convenios de los que deriven compromisos financieros, se entenderán cumplidos cuando su objeto se haya realizado en los términos y a satisfacción de ambas partes, de acuerdo con sus respectivas competencias, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

a) Si de la liquidación resultara que el importe de las actuaciones ejecutadas por alguna de las partes fuera inferior a los fondos que la misma hubiera recibido del resto de partes del convenio para financiar dicha ejecución, aquella deberá reintegrar a estas el exceso que corresponda a cada una, en el plazo máximo de un mes desde que se hubiera aprobado la liquidación.

Transcurrido el plazo máximo de un mes, mencionado en el párrafo anterior, sin que se haya producido el reintegro, se deberá abonar a dichas partes, también en el plazo de un mes a contar desde ese momento, el interés de demora aplicable al citado reintegro, que será en todo caso el que resulte de las disposiciones de carácter general reguladoras del gasto público y de la actividad económico-financiera del sector público.

⁴¹ Artículo 52 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

b) Si fuera superior, el resto de partes del convenio, en el plazo de un mes desde la aprobación de la liquidación, deberá abonar a la parte de que se trate la diferencia que corresponda a cada una de ellas, con el límite máximo de las cantidades que cada una de ellas se hubiera comprometido a aportar en virtud del convenio. En ningún caso las partes del convenio tendrán derecho a exigir al resto cuantía alguna que supere los citados límites máximos.

No obstante lo anterior, si cuando concurra cualquiera de las causas de resolución del convenio existen actuaciones en curso de ejecución, las partes, a propuesta de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio o, en su defecto, del responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, podrán acordar la continuación y finalización de las actuaciones en curso que consideren oportunas, estableciendo un plazo improrrogable para su finalización, transcurrido el cual deberá realizarse la liquidación de las mismas en los términos establecidos anteriormente.

Esta comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio, así como el responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, no se determinan ni regulan en ninguno de los artículos del capítulo VI, por lo que no se sabe si queda a la libertad de las partes que convienen, o será únicamente la Administración quien decida los componentes de tal comisión y el responsable de tal “mecanismo” de seguimiento del convenio, mecanismo que, según el artículo 49.f) de la Ley 40/2015, se establecerá en cada convenio de manera independiente, como parte de su contenido, y resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios. Es decir, que tanto la comisión de seguimiento como el mecanismo de seguimiento del convenio actuarán como una especie de controladores durante la vida del convenio y también para su liquidación, no entendiéndose tampoco por qué se establecen dos figuras claramente diferenciadas a este respecto, la comisión y el responsable del mecanismo, como si no tuviéramos ya empacho de comisiones los administrativistas.

IX. REMISIÓN DE LOS CONVENIOS AL TRIBUNAL DE CUENTAS

“El Estado, al igual que el suelo sobre el que se halla situado, no es un patrimonio. Consiste en una sociedad de hombres sobre los cuales únicamente el Estado tiene derecho a mandar y disponer.

Es un tronco que tiene sus propias raíces”

Immanuel Kant

Y dado que el Tribunal de Cuentas de este Estado no estaba nada conforme con la regulación convencional que ahora se deroga, como puso de manifiesto claramente en su Moción 878, se establece en el artículo 53 de la Ley 40/2015, la obligación de

remitírselos electrónicamente a él o al órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma, según corresponda, dentro de los tres meses siguientes a su suscripción, en el caso de convenios cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600.000 euros.

Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma, según corresponda, las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, alteración de los importes de los compromisos económicos asumidos y la extinción de los convenios indicados.

En definitiva, como recuerda JIMÉNEZ-BLANCO, se le da al Tribunal de Cuentas el estatuto propio de un buzón de correos⁴², eso sí, de un flamante buzón de correos electrónico, como se merece un país 3.0 o 4G.

Lo anteriormente señalado se entenderá sin perjuicio de las facultades del Tribunal de Cuentas o, en su caso, de los correspondientes órganos de fiscalización externos de las Comunidades Autónomas, para reclamar cuantos datos, documentos y antecedentes estime pertinentes con relación a los contratos de cualquier naturaleza y cuantía. Les queda pues el derecho a la pataleta, eso sí sólo respecto a “contratos”. Y por qué dice la norma contratos cuando quiere decir convenios, sólo el legislador lo sabe..., aunque parece ser una errata evidente.

X. ADAPTACIÓN DE LOS CONVENIOS VIGENTES

“La democracia constituye necesariamente un despotismo, por cuanto establece un poder ejecutivo contrario a la voluntad general. Siendo posible que todos decidan contra uno cuya opinión pueda diferir, la voluntad de todos no es por tanto la de todos, lo cual es contradictorio y opuesto a la libertad”

Immanuel Kant

Pero como el poder legislativo, que en democracia emana de la soberanía popular, es el que hace las leyes, el legislador de la Ley 40/2015 ha establecido una Disposición Adicional Octava que contempla la obligación de adaptación a esta norma de todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes en el plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, que se producirá el 2 de octubre de 2016, tras un año de vacatio legis.

⁴² JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “Organización administrativa...”, *op. cit.*, pág. 5.

No obstante, esta adaptación será automática, en lo que se refiere al plazo de vigencia del convenio, por aplicación directa de las reglas previstas en el artículo 49.h).¹⁹⁴³, para los convenios que no tuvieran determinado un plazo de vigencia o, existiendo, tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido en el momento de la entrada en vigor de esta Ley. En estos casos el plazo de vigencia del convenio será de cuatro años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Pero no se especifica si es para la duración del convenio, para la prórroga también, o para ambas.

Por su parte, todos los organismos y entidades, vinculados o dependientes de cualquier Administración Pública y cualquiera que sea su naturaleza jurídica, existentes en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán estar inscritos en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local en el plazo de tres meses a contar desde dicha entrada en vigor.

XI. DISTINCIÓN ENTRE CONVENIOS, CONTRATOS Y SUBVENCIONES

“El sabio puede cambiar de opinión. El necio, nunca”.

Immanuel Kant

Y no estaría de más que el legislador de la Ley 40/2015 cambiase de opinión en unos cuantos aspectos relativos a los convenios de cara a una futura reforma de una Ley que paradójicamente aún no ha entrado en vigor, y que nace ya con taras más propias de la vejez que de la más tierna infancia. No obstante, hay que reconocer que se ha esforzado levemente para procurar una distinción entre los convenios y otras figuras jurídicas con las que pudiera confundirse, y, de hecho, se confundía antes de esta norma, al no existir una definición legal de convenio. Aunque el esfuerzo es tan escaso que sólo se ha limitado a definir los convenios, pero sin aportar distinción conceptual alguna con los contratos y las subvenciones. Confusión con los contratos administrativos y con las subvenciones factible en la práctica, toda vez que puede ocurrir que, enmascarados bajo la forma de convenio, subyazcan una prestación y una contraprestación, o un beneficio exclusivamente para una de las partes.

Como decía el ilustre civilista español Federico DE CASTRO (1903-1983), los conceptos y las construcciones teóricas no tienen valor a priori y sólo se justifican por su utilidad, por lo que sería absolutamente estéril distinguir entre convenios, contratos y subvenciones si no se pretende encontrarle utilidad a esta distinción, cual es especi-

⁴³ Que, recordemos, establece respecto al plazo de vigencia de los convenios que deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.

ficar de la manera más precisa posible el régimen jurídico aplicable a cada una de las figuras mencionadas.

Y es que cuando un lector-operador jurídico se encuentra ante convenios, pactos, acuerdos bilaterales, contratos, etc., más que dejarse influenciar por la denominación de la figura que tiene delante, lo que tiene que hacer es preguntarse por la auténtica naturaleza del negocio jurídico que subyace tras un calificativo que apriorísticamente puede inducir a error. No en vano, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tuvo que recordar en su Sentencia de 6 de febrero de 1989 que “*Los convenios jurídicos son lo que legalmente son y no lo que semánticamente puedan significar*”.

No obstante, como señala MOREO MARROIG, “la diferencia entre contrato, convenio y subvención plantea un reto intelectual que no siempre da buenos frutos. En determinados asuntos⁴⁴ la línea divisoria es tan fina que, algunas veces, se puede situar el negocio a un lado o al otro de la raya, sin vulnerar la legalidad”⁴⁵. Y es que la falta de una definición jurídica respecto de los convenios ha favorecido que se haya utilizado esta figura para ejecutar gasto público sin en el encorsetamiento del Derecho Administrativo en materia de contratación pública y en materia de fomento, y, al calor de esta indefinición, han florecido tantas teorías, y criterios sobre los convenios como Administraciones, interventores y órganos de fiscalización externos tenemos en España⁴⁶.

Por ello vamos a tratar de delimitar con la mayor precisión posible estas tres figuras, toda vez que la Ley 40/2015, al aportar una definición legal de convenio, ha venido a iluminar veladamente una zona oscura en la que hasta ahora ni doctrina, ni

⁴⁴ Por ejemplo, en materia de servicios sociales.

⁴⁵ MOREO MARROIG, Teresa, “De vuelta con la diferencia entre contrato, convenio y subvención”, *Observatorio de Contratación Pública*, 10 de junio de 2013, pág. 1, que añade que “llama la atención que, últimamente, los fiscales, jueces y tribunales estén dando importancia a estos temas, incluso incorporando la doctrina que existe a sus resoluciones. El motivo se barrunta por su relación con las múltiples causas abiertas que existen en todo el territorio nacional, relacionadas con la corrupción, los delitos de prevaricación, malversación de fondos públicos, etc. Esta actitud de los órganos de la Justicia trae como consecuencia que los funcionarios responsables de la gestión de los fondos públicos, adopten una postura mucho más cautelosa a la hora de informar los expedientes de convenio, abandonando filosofías hasta hace poco comúnmente aceptadas”, y analiza esta distinción a raíz del Auto de 17 de mayo de 2013 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda) en el marco de la pieza separada número 25 (Noós) del caso Palma Arena, reflejando los hechos que presuntamente se utilizó la figura del convenio cuando debía haber sido un contrato y además, las actuaciones se llevaron a cabo por entidades no sujetas al control previo de legalidad. Para mayor abundamiento sobre la distinción entre contrato, convenio y subvención, *vid.*, MOREO MARROIG, Teresa, “Los Convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio”, *Auditoría Pública*, n.º 50, mayo de 2010.

⁴⁶ HERVÁS SANZ, Alberto, “Convenios de Colaboración: Entre el mito y la realidad”, *Red2Red Consultores*, 26 de mayo de 2014, pág. 1.

jurisprudencia, ni legislador contemporizaban para aportar una construcción conceptual unitaria de convenio.

1. Diferencias entre convenios y contratos

La definición legal de convenio ya sabemos que se encuentra en el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, recordémosla en este punto: *“Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”*.

Por su parte, la definición legal de contrato se encuentra en el artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 3/20011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3”*.

Pero recuerda taxativamente el artículo 47.1 *in fine* de la Ley 40/2015 que *“Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”*.

Y, en consonancia con ello, añade el artículo 4.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que están excluidos del ámbito de dicha norma:

“c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”.

Convenios que se regirán, por tanto, por sus normas especiales, aplicándose exclusivamente los principios del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse⁴⁷.

⁴⁷ Artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 3/20011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

No obstante, tanto convenios como contratos son negocios jurídicos bilaterales en Derecho Administrativo, por ello es importante que los convenios lo sean en la forma y en el fondo⁴⁸, y no que, bajo la forma de convenio, en el fondo nos encontremos ante un contrato⁴⁹. La diferencia esencial entre ambos estriba en que el convenio es un instrumento jurídico formalizado por escrito cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de llegar a un acuerdo y plasma la concurrencia de voluntades entre dos o más partes -una de ellas una Administración Pública- adoptada en una posición de igualdad -cuanto menos teórica-, para colaborar en la consecución de un fin de interés común. Mientras que el contrato también es un instrumento jurídico formalizado por escrito, que plasmará un acuerdo en el que una parte se obliga al cumplimiento de una prestación a cambio de un precio cierto, y en el que la posición de supremacía de la Administración es muy relevante.

En los convenios no se manifiesta una contraposición de intereses, al contrario, se trata de establecer una colaboración institucional con la finalidad de llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos y ninguna de las partes tendrá interés patrimonial porque los intereses de las partes son públicos. Por el contrario, el contrato consiste en desarrollar una actividad singular y específica que forma parte del tráfico mercantil, existiendo total contraposición de intereses y un interés patrimonial⁵⁰.

Cuando la Administración Pública actúa como promotor, el negocio es generalmente bilateral y, si además la materia objeto del negocio consiste en un contrato

⁴⁸ Por ejemplo, un convenio que formalizan determinadas Comunidades Autónomas con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud del cual le atribuyen la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación. Se trata de un convenio formalizado entre dos entes públicos, es un negocio oneroso y podría en parte identificarse con un contrato de servicios de los del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero le faltan elementos para calificarlo de contrato porque su objeto no forma parte del tráfico mercantil, como apunta MOREO MARROIG, Teresa, “De vuelta con la diferencia...”, *op. cit.*, pág. 1. Estamos pues ante un convenio en la forma y en el fondo.

⁴⁹ Por ejemplo, una Administración pretende utilizar la fórmula convencional para realizar un estudio, y conviene con otro sujeto, que es parte del convenio, por ejemplo, una Universidad, su realización a cambio de un precio. La actividad forma parte del tráfico mercantil, el objeto es perfectamente encuadrable en el concepto de contrato de servicios de los regulados en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y la posición que adoptan las partes que firman el convenio, desde el punto de vista económico consiste, por parte de la Universidad, en entregar el estudio encargado y, por parte de la Administración, abonar el precio pactado. Atendiendo a la naturaleza del negocio jurídico, puede concluirse que se trata de un contrato de los regulados en la legislación de contratos y, por tanto, resulta impropio tramitarlo a margen de la normativa de contratos, como recuerda MOREO MARROIG, Teresa, “De vuelta con la diferencia...”, *op. cit.*, pág. 1. Bien es verdad que resulta extraña la figura del contrato entre Administraciones Públicas, pero no por ello puede quedar descartada. Estamos pues ante un instrumento cuya forma es de convenio, pero cuyo fondo es de contrato.

⁵⁰ MOREO MARROIG, Teresa, “De vuelta con la diferencia...”, *op. cit.*, pág. 1.

regulado en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o normas especiales, con independencia de la cuantía de la prestación y de la personificación pública o privada del sujeto que la debe realizar, el expediente se debe tramitar como un contrato y no como un convenio⁵¹.

2. Diferencias entre convenios y subvenciones

Frente a los negocios jurídicos bilaterales que acabamos de referir, en Derecho Administrativo existen también negocios jurídicos unilaterales, entre los que merece especial mención la subvención, en la que el promotor de la actividad es el agente receptor de fondos sin que exista contraprestación alguna para la Administración. Este negocio jurídico unilateral debe definirse como subvención y los expedientes al respecto se tramitarán con sujeción a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

En principio, parece pues que este negocio jurídico unilateral es incompatible con el convenio, en cuanto se trata de un negocio jurídico bilateral, no obstante, existen convenios instrumentales que formalizan subvenciones concedidas, tal y como prevé el artículo 48.7 de la Ley 40/2015, cuando dispone que “*Cuando el convenio instrumento una subvención deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable*”. Asimismo, existen convenios necesarios para la gestión de las subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, por lo que, se puede entender que, si bien el acto de concesión de la subvención es un acto unilateral, precisa para su plena eficacia la aceptación del beneficiario, otorgada en estos casos mediante la correspondiente suscripción del convenio instrumental.

No obstante, en los convenios en los que existe interés patrimonial de una de las partes -como ya hemos analizado supra en el caso de los contratos onerosos-, o aquellos en los que está implícita una actividad de fomento -cuya formalización no suponga la instrumentalización de una subvención nominativa, permitida por el artículo 48.7 de la Ley 40/2015-, que presentan la forma de convenio, no lo son en la práctica, se trata de contratos o subvenciones encubiertas a los que se les debería aplicar a todos los efectos la normativa reguladora de estas figuras jurídicas, toda vez que “acudir a la figura del convenio como instrumento de ejecución del gasto público, ya sea su fin último una actividad de fomento o la compra de un bien o servicio, contraviene

⁵¹ MOREO MARROIG, Teresa, “De vuelta con la diferencia...”, *op. cit.*, pág. 1.

los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación⁵².

3. Diferencias entre contratos y subvenciones

Entrando, a mayor abundamiento, en la diferenciación entre contrato y subvención, resulta evidente que la competencia administrativa para contratar está eminentemente relacionada con la actividad de servicio público o prestacional en sentido amplio, en la que el promotor es la Administración Pública, mientras que la subvención se enmarca en la esfera de la actividad de fomento, en la que la Administración procura la promoción o el estímulo incentivando la actividad de los particulares -o de otras Administraciones-, teniendo la consideración de promotor de la actividad incentivada el sujeto receptor de los fondos públicos. Como recuerda MORENO MARROIG, “Básicamente, estaremos ante una actividad de prestación cuando el objeto de la actuación de la Administración sea la prestación, no el fomento, de una actividad de titularidad pública y competencia del órgano que la realiza, bajo el régimen jurídico del Derecho público. En este caso aparecen dos sujetos activos. La Administración asume el papel de promotor. Por el contrario, estaremos ante una actividad de fomento cuando lo que se pretende con el negocio es proteger o estimular actividades que se consideran de interés público, pero que no son necesarias para el cumplimiento y realización de una competencia propia de ejecución de la Administración que actúa. La titularidad de la actividad no corresponde a la Administración que ejerce el fomento sino al sujeto que recibe los fondos que es el promotor. La Administración es el sujeto activo y el beneficiario el sujeto pasivo. La actividad financiada debe resultar de propiedad y utilización exclusiva del sujeto de Derecho privado que recibe la ayuda y, en el caso que el receptor sea otra Administración Pública, ésta debe ostentar competencias propias de ejecución sobre la materia subvencionada”⁵³.

En definitiva, para diferenciar los convenios de los contratos y de las subvenciones, recordemos que el convenio comporta un acuerdo de voluntades en el que las partes firmantes tienen un objetivo compartido, de forma que ninguno de los interesados tiene interés patrimonial. El objeto del convenio no debe ser el pago de un precio cierto a cambio de una contraprestación, ni la concesión de una subvención pública a un tercero, cuyo objeto es el fomento de una actividad, y además las partes no deben tener interés patrimonial ni ánimo de lucro⁵⁴.

⁵² HERVÁS SANZ, Alberto, “Convenios de Colaboración...”, *op. cit.*, pág. 1.

⁵³ MORENO MARROIG, Teresa, “De vuelta con la diferencia...”, *op. cit.*, pág. 1.

⁵⁴ HERVÁS SANZ, Alberto, “Convenios de Colaboración...”, *op. cit.*, pág. 1.

XII. CONCLUSIONES

“Con las piedras que con duro intento los críticos te lanzan, bien puedes erigir tu monumento”
Immanuel Kant

Aún a sabiendas de que mis críticas a esta novedosa regulación de los convenios pueden no ser compartidas por otros autores, me atrevo humildemente a realizarlas, en el entendimiento no sólo de que quizás pueda erigir mi propio monumento con sus críticas, sino también de que serán la propia experiencia práctica y la jurisprudencia quienes iluminen definitivamente este incompleto marco regulatorio.

Hay que reconocer el esfuerzo del legislador para otorgar seguridad jurídica a la utilización del instrumento convencional para propiciar no sólo el buen uso de esta figura jurídica, sino también una mayor transparencia en este tipo de relaciones de la Administración con los particulares, y desterrar la confusión entre convenios, contratos y subvenciones, aprovechada en muchas ocasiones para traspasar las delgadas líneas rojas existentes entre estas figuras jurídicas.

El convenio es una colaboración institucional firmada libremente para realizar una actuación en la que se comparten objetivos por ambas partes que convienen, no se trata pues ni de un contrato, en el que, a cambio de un precio se realiza una prestación tras un procedimiento de adjudicación, ni tampoco de una subvención, en la que la Administración transfiere fondos sin contraprestación alguna a un agente para financiar su actividad, pero puede intervenir tanto en la actividad de prestación como en la de fomento como presupuesto previo a la celebración de un contrato o al otorgamiento de una subvención.

Pero no puede perderse de vista que, precisamente por la libertad que ofrece la fórmula convencional en comparación con los rígidos procedimientos de adjudicación de los contratos, puede conducir al peligroso camino de que las Administraciones Públicas decidan utilizar los convenios para huir precisamente de la legislación contractual. Por eso, la juridificación de la figura del convenio en la Ley 40/2015 es un paso importante para evitar esta posible fuga, aunque se trate de una regulación manifiestamente mejorable.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que la Ley 40/2015 convierte en derecho positivo la práctica administrativa de los convenios, sólo eleva a rango de ley parte de las recomendaciones que el Tribunal de Cuentas le hizo en su Moción 878. De las dieciséis propuestas que hizo el Tribunal de Cuentas para su consideración por las Cortes Generales y su traslado al Gobierno u otras instancias, el legislador únicamente ha hecho suyas algunas de aquellas recomendaciones, de la siguiente manera:

1º.- Que se complete y sistematice el marco legal vigente respecto de los convenios de colaboración, formulando un concepto que los diferencie de figuras afines,

precisando sus ámbitos subjetivo y objetivo y los extremos de su contenido. Recomendación atendida parcialmente, toda vez que, si bien se formula un concepto de convenio, en la Ley 40/2015 no se diferencia este concepto de los de contrato y subvención, para lo que hay que realizar las pertinentes operaciones de encaje jurídico entre esta norma, el Real Decreto Legislativo 3/20011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2º.- Que se precise el régimen aplicable a los convenios celebrados por entidades públicas que se rigen por el Derecho privado con otras entidades o Administraciones Públicas (el de los convenios interadministrativos o el de los convenios con administrados). Cuestión tampoco aclarada más allá de que en ambos casos se trata de convenios administrativos, sustanciándose las cuestiones litigiosas que de ellos se deriven en la jurisdicción contencioso-administrativa.

3º.- Que se concrete si las relaciones entre Administraciones Públicas y organismos dependientes o vinculados deben canalizarse mediante convenios de colaboración o mediante encomiendas de gestión. Curiosamente en este punto ya se ha advertido que las encomiendas de gestión quedan fuera del ámbito de la regulación de los convenios por el artículo 48.9 de la Ley 40/2015, pasando a regularse en su artículo 11.

4º.- Que se adopten medidas eficaces para la efectiva aplicación de los principios de la legislación de contratos del sector público en los casos de ausencia de normas especiales. Sobre ello el artículo 47.2 *in fine* de la Ley 40/2015, lo único que aporta es que los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos, y, en ese caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustarán a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

5º.- Que en los convenios se delimiten con precisión el objeto y las actividades a realizar por las partes que convienen y la titularidad de los resultados. Cuestión sobre la que la Ley 40/2015 lo único que hace es recoger que la suscripción de convenios por las Administraciones Públicas en ningún caso podrá suponer cesión de la titularidad de la competencia.

6º.- Que en los convenios en los que haya que realizar aportaciones financieras, se fije con rigor en su importe, que nunca deberá rebasar el coste de la actividad a financiar ni su valor de mercado. Recomendación plasmada en el artículo 48 de la Ley 40/2015, la crisis económica y la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera han cumplido su función.

7º.- Que en las cláusulas de los convenios se incluyan las causas que pueden dar lugar a su modificación y resolución, así como las consecuencias del incumplimiento

de sus compromisos. Recomendaciones asimismo satisfechas en los artículos 51 y 52 de la Ley 40/2015.

8º.- Que se definan y clarifiquen los criterios de imputación presupuestaria del gasto. En este como en el resto de asuntos relacionados con el gasto, el legislador ha prestado mucha atención a los aspectos financieros y económicos asociados a la suscripción de convenios.

9º.- Que se evite la contracción de compromisos de ejercicios futuros con cargo a créditos con asignación nominativa, ni aún condicionándolos a la futura concesión de otro crédito nominativo. Recomendación cumplida en el artículo 50.2.d) de la Ley 40/2015, que señala que cuando los convenios plurianuales suscritos entre Administraciones Públicas incluyan aportaciones de fondos por parte del Estado para financiar actuaciones a ejecutar exclusivamente por parte de otra Administración Pública y el Estado asuma, en el ámbito de sus competencias, los compromisos frente a terceros, la aportación del Estado de anualidades futuras estará condicionada a la existencia de crédito en los correspondientes presupuestos, cuestión ya criticada supra.

10º.- Que se evite la imputación automática de los saldos de compromisos no ejecutados del ejercicio anterior al presupuesto corriente sin una paralela modificación del plazo convenido. Tanto para esta recomendación como también para la 8º y 9º, debemos reconducirnos a lo prevenido en el artículo 48.4 de la Ley 40/2015, que establece que la gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración Pública o cualquiera de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes que lo suscriban, así como con los fondos comprometidos en virtud de dichos convenios, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación presupuestaria.

11º.- Que se recabe la conformidad expresa de los suscriptores del convenio sobre las actuaciones a realizar cuando su concreción tenga que ser posterior a la suscripción del convenio. Sobre esta recomendación sólo aparece lo prevenido al inicio del artículo 48.8 de la Ley 40/2015, cuando recuerda que los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes.

12º.- Que se atribuya a una comisión de seguimiento o a un responsable del convenio las facultades de supervisión del mismo. Recomendación recogida en el artículo 49.f) de la Ley 40/2015.

13º.- Que se justifique la ejecución del convenio mediante la comprobación material de las inversiones realizadas, tanto por el órgano gestor como por la intervención. Nada al respecto en la nueva norma más allá de las referencias genéricas a la legislación presupuestaria ya vistas.

14^o.- En caso de que surjan dudas acerca de la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, deberían de clarificarse en los convenios. Recomendación plasmada en el artículo 49.b) de la Ley 40/2015, en cuanto a la necesidad de que los convenios incluyan la competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública, de los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas. En caso de conflicto, no se determina si entraría en acción el mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio del artículo 49.f).

15^o.- Que se complete y amplíe la información sobre los convenios mediante un sistema registral. La Disposición Adicional Séptima de la Ley 40/2015 crea un Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación⁵⁵, al que se refiere expresamente el artículo 48.8 cuando señala que los convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes resultarán eficaces una vez inscritos en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, al que se refiere la disposición adicional séptima y publicados en el «Boletín Oficial del Estado». Previamente y con carácter facultativo, se podrán publicar en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la provincia, que corresponda a la otra Administración firmante.

16^o.- Que se extienda a los convenios de colaboración la obligación de remitir información al Tribunal de Cuentas. Recomendación cumplida en el artículo 53 de la Ley 40/2015 para los convenios que superen los 600.000 euros, cuestión sobre la que se ha dado cumplida cuenta supra.

En fin, que el legislador ha hecho lo que ha considerado respecto a las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, atendiéndolas en mayor o menos medida, o igno-

⁵⁵ En los siguientes términos: “1. La Administración General del Estado mantendrá actualizado un registro electrónico de los órganos de cooperación en los que participa ella o alguno de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes y de convenios celebrados con el resto de Administraciones Públicas. Este registro será dependiente de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. 2. La creación, modificación o extinción de los órganos de cooperación, así como la suscripción, extinción, prórroga o modificación de cualquier convenio celebrado por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes deberá ser comunicada por el órgano de ésta que lo haya suscrito, en el plazo de quince días desde que ocurra el hecho inscribible, al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación. 3. Los Departamentos Ministeriales que ejerzan la Secretaría de los órganos de cooperación deberán comunicar al registro antes del 30 de enero de cada año los órganos de cooperación que hayan extinguido. 4. El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas elevará anualmente al Consejo de Ministros un informe sobre la actividad de los órganos de cooperación existentes, así como sobre los convenios vigentes a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación. 5. Los órganos de cooperación y los convenios vigentes disponen del plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, para solicitar su inscripción en este Registro. 6. Los órganos de cooperación que no se hayan reunido en un plazo de cinco años desde su creación o en un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta ley quedarán extinguidos”.

rándolas, ha actuado dando la espalda a otras normas concomitantes o remitiendo a ellas desesperadamente según le convenía, o peor aún, aplicando la regla del mínimo esfuerzo, toda vez que ya ha supuesto un empeño titánico para él redactar ex novo los siete artículos del capítulo VI.

Junto a ello, es un hecho práctico que se ha reducido notablemente la planificación, vía convenio, de grandes obras de infraestructuras y programas de actuación que impliquen compromisos presupuestarios de largo alcance, unido al riguroso control en los proyectos de convenio con contenido económico, consecuencia de la exigencia del objetivo de estabilidad presupuestaria, y que ello ha incidido considerablemente en la reducción del número de convenios suscritos y también en los recursos asignados tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas. Pero ello no implica que los convenios deban ser desterrados del acervo jurídico de las Administraciones españolas⁵⁶, y menos aún ahora que gozan de una regulación propia, por muy incompleta y criticable que sea.

Que en los convenios debe primar el sentido colaborativo y no el interés patrimonial nadie lo duda, no obstante, a la luz de su nueva regulación, en cierta medida pudiera continuar siendo el instrumento frágil de antaño, rodeado de sutiles fronteras fáciles de traspasar. Por eso me quedo con las palabras de JIMÉNEZ-BLANCO en referencia al Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que siguen teniendo igual trascendencia tras la publicación de la nueva norma. Señala que el texto se ocupa con profundidad de juridificar los convenios “todo un clásico en nuestro Estado de las Autonomías, sobre todo si se trata de levantar nuevas infraestructuras y hay que repartirse el coste”, intentando “poner orden” en su regulación, aunque manteniendo una difícil posición intermedia entre los Protocolos Generales de actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras de actuar con un objetivo común, y los contratos en sentido estricto⁵⁷. Y apunta, en referencia genérica al Proyecto, que “el remedio legal está en la electrificación total, aun a riesgo de sufrir calambrazos, pero me temo que por sí solos Volta y Galvani no van a llevarnos al país 3.0 que necesitamos...”, pensamiento plenamente extrapolable al instrumento convencional que aquí nos ocupa, cuya insuficiente regulación necesitaría quizás del impulso final de Tesla y su torre Wardenclyffe para dejar de ser un instrumento todavía lleno de incertidumbres y de perfiles sospechosos.

⁵⁶ HERVÁS SANZ, Alberto, “Convenios de Colaboración...”, *op. cit.*, pág. 1.

⁵⁷ JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “Organización administrativa...”, *op. cit.*, pág. 4.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA CERREDA, Marcos, “Un ordenamiento con lagunas normativas: El caso de los convenios administrativos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 19 de diciembre de 2011.
- DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro, “La figura del convenio tras la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n^o 23, quincena del 15 al 29 de diciembre de 2015.
- GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos, *Los convenios interadministrativos de los Entes Locales*, Montecorvo, Madrid, 2002.
- HERVÁS SANZ, Alberto, “Convenios de Colaboración: Entre el mito y la realidad”, *Red2Red Consultores*, 26 de mayo de 2014.
- INFORME SOBRE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS SUSCRITOS DURANTE 2013, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2013.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “Organización administrativa y relaciones interadministrativas”, *Documentación Administrativa*, n^o 2, enero-diciembre 2015.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Riga, 1781.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Riga, 1788.
- KANT, Immanuel, *Crítica del juicio*, Riga, 1790.
- MARTÍN HUERTA, Pablo, *Los convenios interadministrativos*, Ministerio de Administraciones Públicas-INAP, 2000.
- MOREO MARROIG, Teresa, “Los Convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio”, *Auditoría Pública*, n^o 50, mayo de 2010.
- MOREO MARROIG, Teresa, “De vuelta con la diferencia entre contrato, convenio y subvención”, *Observatorio de Contratación Pública*, 10 de junio de 2013.
- MUÑOZ, M^a Luisa y COYLE, Charles, “La nueva regulación de los convenios entre Administraciones Públicas y particulares”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n^o 914, 17 de diciembre de 2015.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- TRIBUNAL DE CUENTAS, Moción 878/2010, de 30 de noviembre, del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas, Boletín Oficial de las Cortes Generales número 480, de 28 de octubre de 2011.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, “Los convenios entre Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n^o 103, 1999, págs. 504 a 511.

Los efectos de la nulidad de los planes urbanísticos en Andalucía y su repercusión en las edificaciones ilegales

Venancio Gutiérrez Colomina

Secretario General del Ayuntamiento de Málaga y Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. (Profesor Titular Acreditado por la ANECA)

I. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO Y LEGISLACIÓN SECTORIAL. 1. LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.- 1.1.- Proceso invertido. 1.2.- La Planificación de la Ordenación del Territorio. 1.3.- Las modificaciones de la LOUA para su adaptación al TRLS08. 1.4.- Regulación de edificaciones ilegales en el SNU. II.- LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELEVANTE ACERCA DE LA NULIDAD DE LOS PLANES GENERALES POR APLICACIÓN DEL DERECHO URBANÍSTICO DE ANDALUCIA. 1.-IDEAS GENERALES. 2.- MOTIVOS NULIDAD. 2.1- Limitación del PGOU y de la Planificación de Ordenación del Territorio por el Régimen del Suelo. A).- Carácter reglado del Suelo Urbano.- B) La naturaleza reglada del SNU de especial protección.- 2.2.- Análisis de la jurisprudencia que ha originado la nulidad del planeamiento territorial y urbanístico por incidir en el carácter reglado del Suelo Urbano y del SNUEP.- A) PGOU de Marbella.- B) Mantenimiento del carácter reglado en servidumbre de protección de la ZMT C) Nulidad de planeamiento por no respeto del carácter de reglado del Suelo No Urbanizable de especial protección. 2.3.- Motivos nulidad: no corresponde al plan modular. La legalización de lo ilegalmente construido. la potestad de ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente al poder judicial. 2.4.-Motivos nulidad: no procede exigir nuevas prestaciones que alteren el equilibrio del derecho de propiedad y que sean dependiente de la modulación de la legalización realizada por el planificador.2.5.- Motivos nulidad: no cabe proceder a la alteración por el planificador de mecanismos legales de la responsabilidad por incumplimiento deberes urbanísticos 2.6.- Otros motivos nulidad pla-

neamiento urbanístico y ordenación territorial por legislación territorial

A) La evaluación ambiental estratégica (EAE) no cumple con la Directiva 2001/42/ce ni con Ley 9/2006 y no contiene evaluación de alternativas razonables aunque sea respetuoso con decreto autonómico 292/95 (STS 2180/2014 de 27 de octubre de 2014 FJ 12 y 13). B) Ausencia del informe de sostenibilidad económica del art. 15.4 del TRLS08 (STS 2180/2014 de 27 de octubre de 2014 FJ 15).- C) Ausencia informe evaluación de impacto por razón de género (STS 6-X-2015: nulidad POT Costa Sol Occidental). D) No haber recabado el informe sectorial de telecomunicaciones. (Plan General de Laredo).

III.-ALCANCE Y EFECTOS NULIDAD. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD.- 1.-EFECTOS DE LA NULIDAD DE LOS PLANES URBANÍSTICOS. 1.1.-Punto de partida: naturaleza jurídica de Disposición General.- 1.2.-Efectos. A) En el Planeamiento y Gestión. B) En las licencias. 2.-PROPUESTAS PARA MITIGAR LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA NULIDAD DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN ANDALUCIA. 2.1.- Medidas en relación con el Planeamiento. A) Adaptación Parcial Planeamiento vigente a la a la entrada en vigor de la LOUA de acuerdo con el Decreto 11/2008, de 22 de Enero. B) Subsiguientes modificaciones. C) Revisión parcial o general. 2.2.-Medidas en relación las licencias ilegales. A) Sin procedimiento judicial: sólo administrativo. B) Con procedimiento judicial firme.

RESUMEN: El procedimiento de aprobación de los Planes Generales de Ordenación Urbanística es complejo, laborioso y largo. Deben de incorporarse una serie de informes sectoriales que suelen ser preceptivos. El carácter de norma jurídica que tienen los Planes Urbanísticos y Territoriales origina, que cualquier vicio jurídico que tenga su procedimiento de aprobación, provoque la nulidad de pleno derecho. La nulidad de un PGOU produce unos efectos impactantes en la situación socioeconómica del municipio al que afecta y una gran repercusión en la situación de las edificaciones ilegales.

Este artículo, tomando como marco Andalucía, hace un repaso por su legislación urbanística y sectorial, analizando las causas que han provocado la nulidad del planeamiento en la doctrina jurisprudencial reciente, su alcance y los efectos de la nulidad en el Planeamiento, Gestión y licencias de edificaciones. Finalmente se estudian las posibles soluciones para mitigar las consecuencias de la nulidad de los Planes de Urbanismo y Ordenación del Territorio.

PALABRAS CLAVE: Plan Norma Jurídica. Legislación Sectorial. Suelo Regulado Urbano y No Urbanizable de Especial Protección. Igualdad de Género. Imposibilidad legal o material. Adaptación Planeamiento.

ABSTRACT: The approval procedure of the General Plans of Urban Planning is complex, laborious and lengthy. They must incorporate a series of sectoral reports which are often mandatory. The normative character of Urban and Territorial Plans has as a consequence that any legal defect of its approval procedure can cause their nullity. The invalidity of a General Plan of Urban Planning produces harmful effects on the socio-economic situation of the municipality and it has a significant impact on the situation of illegal buildings.

This paper, taking Andalusia's legal framework as a reference, reviews its urban and sectoral legislation, analyzes the causes that have led to the annulment of its planning in recent case law and the extend to which that annulment affects the Planning, Management and Licensing of buildings. Eventually the paper is focused on possible solutions to mitigate the consequences of Plans of Urban and Regional Planning invalidity.

KEYWORDS: Standard Regulation Urban Plan. Sectoral legislation. Ruled Urban Soil and Non-constructible Special Protection. Gender equality. legal or material impossibility. Adaptation Planning.

I. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO Y LEGISLACIÓN SECTORIAL

1. Legislación urbanística

1.1.- Proceso invertido.- La legislación territorial y Urbanística de Andalucía ha seguido un proceso legislativo inverso a otras Comunidades Autónomas, recorriendo el camino al revés, empezando, como vulgarmente se dice, «la casa por el tejado». Andalucía fue una de las últimas Comunidades Autónomas en elaborar una Ley de Ordenación del Territorio: La Ley de Ordenación del Territorio no se aprobó hasta enero de 1994. En un orden racional, debía haber sido la primera en aprobarse y, a continuación, se debía haber dictado una legislación urbanística engarzada con ella y posteriormente, una legislación sectorial imbricada en las dos anteriores.

No ha sido así, sino que se fue a la última fase directamente; es decir, se aprobó previamente a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, una parte importante de la legislación sectorial¹.

La LOUA en su art. 32, en un intento de remediar esta situación, estableció una cierta homogeneidad a la hora de emitir estos informes sectoriales y así señala que la aprobación inicial del instrumento del planeamiento obligará al requerimiento de los informes, dictámenes u otro tipo de pronunciamientos de los órganos y entidades administrativas gestores de intereses públicos afectados, previstos legalmente como preceptivos, que *deberán ser emitidos en esta fase de tramitación del instrumento de planeamiento* y en los plazos que establezca su regulación específica. La modificación de la LOUA a través de Ley 2/2012 estableció la creación de un órgano colegiado representativo de los distintos órganos y entidades administrativas para mejorar la tramitación de estos informes sectoriales. Mediante el Decreto 36/2014, de 11 de febrero se crearon las Comisiones Provinciales de Coordinación Urbanística que tienen como objetivo tanto, integrar y armonizar la emisión de los informes preceptivos que debe emitir la Junta de Andalucía a la tramitación del planeamiento urbanístico, como facilitar las tareas de colaboración y cooperación con los municipios.

La falta de coherencia y coordinación que originó este proceso, en su día, se intentó solucionar a posteriori con la aprobación de la Ley 1/1994, de 11 de enero de ordenación del Territorio de Andalucía, (LOTA). Sin embargo, este proceso de creación legislativa invertida dio lugar a que la planificación sectorial y urbanística haya carecido de coherencia e ilusión, al no tratamiento de los problemas urbanísticos de Andalucía de manera integral y coordinada, así como que la Planificación de la Ordenación del Territorio que se ha ido aprobando, haya producido diversos problemas en la planificación sectorial y urbanística en vigor.

Por otra parte, la STC de 20 de marzo de 1997, publicada el 25 de abril de 1997, que derogó en gran parte el TR/1992, acentuando la desestatización del derecho urbanístico, como consecuencia de la reducción del papel que ha de jugar la legislación supletoria del Estado, vino a irrumpir inesperadamente en este panorama,

¹ Ley 8/1988, de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos en Andalucía (Derogada), Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía, Ley 3 de julio de 1991 Patrimonio Histórico de Andalucía (Derogada), Ley 2/1992 de Ordenación Forestal de Andalucía, Ley 7/1994, de 18 de marzo de protección ambiental (Derogada). Ley 5/1999, de Prevención y lucha contra los incendios Forestales (Derogada), Ley 1/1996 de 10 de Enero del Comercio Interior, Ley 5/1999, (Derogada por Decreto Legislativo 1/2012), de Prevención y lucha contra los incendios Forestales Ley 12/1999, de 15 de Diciembre de Turismo, Ley 13/1999, de 15 de Diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas y Ley 8/2001, de 12 de julio de Carreteras, entre otras.

actuando como el elemento dinamizador necesario para sacudir la sequía legislativa en materia urbanística de la Junta de Andalucía.

La primera consecuencia que produjo la Sentencia en nuestra Comunidad Autónoma, fue la de reponer como normativa autonómica la legislación estatal supletoria que había derogado el Tribunal Constitucional por razones competenciales. Pero era obvio que Andalucía no podía seguir más tiempo sin que se pusiera en marcha una legislación urbanística que contemplara la especial singularidad de la ordenación y gestión territorial andaluza, aunque, ésta no se aprobó, hasta el mes de diciembre de 2002.

La LOUA supuso, por fin, la instauración de un marco legal propio en nuestra CA que debía haber sido completado a través de un adecuado desarrollo reglamentario que diese contenido a una serie de conceptos jurídicos indeterminados que contenía la ley, y evitase los conflictos de interpretación entre la Junta y los Ayuntamientos². Sin embargo el desarrollo reglamentario no se ha producido, salvo el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía (aprobado por Decreto 6/2010, de 16 de marzo), ni tiene visos de producirse y el sistema urbanístico andaluz no se ha ido completando como hubiera sido de desear y además a partir de la aprobación de la LOUA, se ha producido un desarrollo de la legislación territorial y urbanística que ha ido estableciendo una progresiva reducción de la autonomía municipal.

Así, el art. 43 de la Ley 3/2004 de 28 de diciembre introdujo en la LOTA la regulación de las Actuaciones de interés Autonómico, para las que no se necesitaba ni licencia, ni en general, acto preventivo de control municipal, bastando una mera audiencia al Municipio afectado.

Posteriormente, se aprobó una modificación de la LOUA por la Ley 13/2005 de 11 de Noviembre de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo (LVPS), que entre otras cosas, preveía la posibilidad de atribuir a la Junta de Andalucía la potestad de planeamiento, que corresponda a los municipios, en los casos de grave incumplimiento en el ejercicio de competencias urbanísticas que impliquen una manifiesta afectación a la ordenación del territorio y urbanismo. A tal efecto, se añadió un polémico apto 4 al art. 31 de la LOUA, en el que se regulaba la competencia para la formulación y aprobación de los instrumentos de planeamiento, posibilitando que en casos de grave incumplimiento por los municipios en el ejercicio de competencias urbanísticas que implicasen una manifiesta afectación a la ordenación del territorio

² Entre los conceptos jurídicos indeterminados de la LOUA destacan entre otros: los de “proceso inadecuado urbano” (art. 9.B), “necesidad justificada de vivienda” {art. 52.1 B)a)}, “utilidad pública o interés social” {art. 42.5 C)a)}, “aprovechamiento objetivo considerablemente superior al existente” {art. 45.2 B)b)}, “mayor beneficio colectividad” (art. 119 1ª).

y urbanismo competencia de la CAA, podría atribuirse la potestad de planeamiento de los municipios, a la Consejería competente, por acuerdo del Consejo de Gobierno con audiencia al municipio, dictamen del Consejo Consultivo y previo informe favorable del Parlamento. En mi opinión³, cabía afirmar la inconstitucionalidad del art. 31.4 de la LOUA que iba más allá de lo preceptuado en el art. 60 LRBRL, sin que existiera razón suficiente. La STC de 9 de julio de 2015 lo ha declarado nulo porque “el precepto contradice el art. 60 LRBRL, que no permite una sustitución general en materia de planeamiento urbanístico.” En relación con la disciplina urbanística, modificó el art. 188 que regulaba las competencias de la C.A. en materia de protección de ordenación urbanística, reduciendo de un mes a 10 días, el plazo desde el requerimiento al Alcalde sin que éste adoptase medidas cautelares, para que las adoptara la Junta. También como alertábamos⁴ la reducción del plazo del requerimiento incumplía el plazo mínimo de un mes, establecido como regla general en el art. 60 de la LRBRL, y por ello el TC, en la misma Sentencia anterior, declaró inconstitucional y nulo el art. 188 de la LOUA.

1.2. La Planificación de la Ordenación del Territorio.- A partir de la aprobación de la LOTA, se fueron poniendo en marcha de manera desigual los Planes Subregionales de Ordenación del Territorio (POTS). Por otra parte el de Cádiz, fue anulado por el TSJA, con sede en Sevilla por Sentencia de 21 de Abril de 2006.

Sin embargo, se ha pasado, en los últimos años, de escasamente dos planes subregionales de Ordenación del Territorio aprobados (el de Aglomeración Urbana de Granada y el del Poniente Almeriense), a llevarse a cabo un importante proceso de puesta en marcha acelerada de la planificación de Ordenación del Territorio. El cuadro actual es el siguiente:

| LOS PLANES SUBREGIONALES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO | | | | | |
|---|-------------------|--------------------|----------------------------------|------------|--------------------------|
| A 31 DE JULIO DE 2016 | | | | | |
| Ámbitos | Población 2012 | Núm. Municipios | Superficie (Km ²) | BOJA | Estado de tramitación |
| Agglomeración urbana de Granada | 517.923 | 32 | 859.3 | 28-03-2000 | Aprobado |

³ Véase del autor Urbanismo y Territorio en Andalucía. 3ª Edición 2012. “Thomson Aranzadi, pág. 373”.

⁴ Véase Urbanismo y Territorio en Andalucía. 3ª Edición pág. 374

| | | | | | |
|---|-----------|----|---------|----------------|---|
| Poniente de Almería | 248.079 | 9 | 969.7 | 10-10-2002 | Aprobado |
| Sierra de Segura (Jaén) | 26.649 | 13 | 1.932.7 | 30-09-2003 | Aprobado |
| Ámbito de Doñana | 125.401 | 13 | 2.736.4 | 03-02-2004 | Aprobado |
| Bahía de Cádiz | 430.276 | 5 | 606.1 | 08-10-2004 | Aprobado |
| Costa del Sol Occidental (Málaga) | 379.334 | 9 | 941.5 | 09-10-2006 | Aprobado/ Anulado STS 4382/2015 de 22 de Sep- tiembre |
| Litoral Occidental de Huelva | 105.763 | 7 | 732.1 | 17-07-2006 | Aprobado |
| Litoral Oriental - Axarquía (Málaga) | 165.224 | 29 | 986.0 | 03-10-2006 | Aprobado Decreto 147/2006 |
| Levante de Almería | 90.325 | 11 | 1.198.8 | 24-03- 2009 | Aprobado |
| Aglomeración Urbana de Sevilla | 1.508.605 | 46 | 4.912.3 | 09-07-2009 | Aprobado |
| Aglomeración Urbana de Málaga | 871.491 | 13 | 1.332.1 | 23-07-2009 | Aprobado |
| Costa Noroeste de Cádiz | 121.201 | 4 | 360.7 | 19-05-2011 | Aprobado |
| La Janda | 87.380 | 7 | 1.536.9 | 21-12-2011 | Aprobado |
| Aglomeración Urbana de Almería | 251.780 | 9 | 1.158.9 | 04-01-2012 | Aprobado |
| Campo de Gibraltar | 264.620 | 7 | 1.528.6 | 19-03-2012 | Aprobado |
| Costa Tropical de Granada | 127.613 | 17 | 786.7 | 01-02-2012 | Aprobado |
| Sur de Córdoba | 275.443 | 31 | 3.440.1 | 22-03-2012 | Aprobado |
| Aglomeración Urbana de Huelva | 239.985 | 8 | 965.8 | | Fase final |

| | | | | | |
|------------------------------------|-----------|-------|----------|-----------|--|
| Aglomeración Urbana de Jaén | 222.191 | 15 | 1.761.2 | 3-11-2014 | Aprobado Decreto 142/2014 de 14 de Octubre |
| Aglomeración Urbana de Córdoba | 386.918 | 14 | 2.522.9 | | En elaboración |
| Almanzora (Almería) | 58.800 | 28 | 1.768.2 | | En elaboración |
| Revisión: Bahía de Cádiz-Jerez (*) | 208.896 | 1 | 1.186.5 | | En elaboración |
| TOTAL POTs (**) | 6.543.710 | 315 | 31.650.8 | | |
| TOTAL ANDALUCÍA | 8.370.975 | 771 | 87.597.4 | | |
| ANDALUCÍA | 78.2 | 40.86 | 36.1 | | |

El atraso en la aprobación de los POTs, los escándalos urbanísticos acaecidos en Andalucía y la espiral desarrollista sin fin, marcaron una nueva estrategia de la CA, consistente en la aprobación del POTA por el Decreto 206/2006, de 28 de noviembre, al que se le confirieron determinaciones más propias de los POTs y se procedió incluso a la publicación de algunos Planes de Protección del Medio Físico pretendiendo, 20 años después de su aprobación⁵, subsanar con ello sus irregularidades formales.

Es indudable que el POTA contenía una serie de determinaciones positivas, que hubieran tenido un efecto mucho más beneficioso si se hubieran aprobado 10 años antes. El atraso en su aprobación obligó a introducir determinaciones más rígidas y coyunturales. Como por ejemplo la contenida en la norma 45.4.a), que estableció que no se admitieran los crecimientos que supusieran incrementos de SURBLE superiores al 40 % del Suelo Urbano existente, ni crecimientos que supusieran incremento de población superior al 30 % en 8 años.

En cualquier caso, la entrada en vigor de la LS07, el 1 de julio de 2.007, puso fin a la liberalización indiscriminada del suelo, otorgándole a todo el suelo rural un valor digno de ser protegido. Si a esta nueva legislación básica estatal en la que se

⁵ Por resolución de la Dirección General de Urbanismo de 14 de febrero de 2007 (BOJA 9-4-2007), se dispuso la publicación del Plan Especial de Protección del Medio Físico y Catálogo de Espacios y Bienes Protegidos de la Provincia de Málaga. Este Plan fue aprobado por resolución de 6 de Marzo de 1987 del COPT.

incardina el POTA, le sumamos las interpretaciones restrictivas para coordinar el desarrollo urbanístico con el modelo territorial incorporado en el POTA, junto a la crisis inmobiliaria, la consecuencia fue un frenazo casi total a los nuevos crecimientos urbanísticos en la CAA. Por ello, ante el riesgo de una paralización total en el desarrollo urbanístico, se dictaron dos normas reglamentarias que marcaban un camino más flexible para el desarrollo urbanístico, eso si, dependiendo en gran medida de la discrecionalidad autonómica.

En primer lugar, se aprobó el Decreto 11/2008 por el que se desarrollaban procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas públicas y se contemplaba un procedimiento de adaptación del planeamiento vigente anterior a la aprobación de la LOUA, que permitiría, una vez aprobada que se pudieran producir reclasificaciones puntuales.

Y en segundo lugar, el Decreto 43/2008 de 12 de febrero de 2.008 de Campos de Golf. Esta norma ha establecido dos tipos de campos de golf. Los incluidos en el PGOU, de competencia municipal, sin perjuicio de la intervención autonómica en su autorización, que no pueden tener uso residencial y comercial como uso complementario. Y los considerados de interés turístico, que están en el ámbito competencial autonómico, debiendo figurar en los POTS y que tienen la posibilidad de incluir uso residencial y comercial entre otros. Pero la realidad ha sido que estas dos normas han tenido poca incidencia en la gestión urbanística de Andalucía.

A finales del 2012 se aprobó el Decreto Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía. Mediante este Decreto-Ley se crea la figura del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía que se incorpora a la planificación territorial mediante la modificación de la LOTA, situándose jerárquicamente por debajo del POTA y por encima de los POTS. En su artículo 3 estableció medidas urgentes de adecuación del planeamiento urbanístico al Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía. Además se subsanan los problemas formales que habíamos apuntado, modificando el art. 22.1 de la LOTA, estableciendo que el POTA será vinculante para el resto de los instrumentos de planificación territorial, incluyendo los planes urbanísticos generales.

Por Decreto 141/2015, de 26 mayo, se ha aprobado el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía que será vinculante para todos los planes territoriales y urbanísticos, excepto para el POTA. Tampoco prevalecerá sobre las determinaciones de los planes de Ordenación de Recursos Naturales, cuyo ámbito de aplicación coincida sobre el Plan de Protección del Corredor Litoral.

1.3. Las modificaciones de la LOUA para su adaptación al TRLS08

Al contrario que otras Comunidades Autónomas, en Andalucía no se había producido hasta el año 2012, modificación alguna de la LOUA para adaptarse al Texto Refundido Ley de Suelo, aprobado por RDL 2/2008 de 20 de junio (TRLS08), salvo la modificación de su art. 75.2.d) por la Ley 11/2010, de 3 de diciembre de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad, que modificó el régimen de los ingresos del PMS, unificándolo con el de los bienes. Las modificaciones más destacadas, introducidas en la LOUA por la Ley 2/2012, en materia de suelo, Ordenación, Patrimonio Municipal de Suelo, Ejecución del Planeamiento y Disciplina fueron las siguientes:

a) *Régimen del Suelo.*- En relación al suelo urbano, se modifica el art. 45.2.B) a fin de precisar el concepto de suelo urbano no consolidado. Se incluye un apartado a) que considera SUNC a los terrenos que constituyan vacíos relevantes que permitan la delimitación de sectores de suelo que carezcan de los servicios, infraestructuras y dotaciones públicas precisas y requieran de una actuación de renovación urbana que comporte una nueva urbanización concertada funcionalmente a la red de los servicios e infraestructuras existentes. El apartado b) se refiere a los SUNC sometidos a reforma interior sin que se introduzcan cambios de interés y en el apartado c) se incluye propiamente el tipo de SUNC sujeto a una actuación de dotación, por precisar un incremento o mejora de los servicios públicos y de la urbanización existente o de dotaciones como consecuencia de un aprovechamiento objetivo derivado de un aumento de edificabilidad, densidad o de cambio de uso, con respecto al aprovechamiento existente que el instrumento de planeamiento atribuya en parcelas integradas en áreas homogéneas. Dentro de este apartado se ha regulado este aprovechamiento objetivo, presumiéndose que este incremento requiere el aumento o mejora de las dotaciones y en su caso de los servicios públicos y de urbanización, cuando comporte un aumento del aprovechamiento objetivo superior al diez por ciento del preexistente.

En cuanto al SNU, se modifica el apartado 1.g) del art. 46 para cambiar la definición de Hábitat Rural Diseminado, suprimiéndose la vinculación a la actividad agropecuaria, que solo se contempla en origen.

En lo referente a las actuaciones de transformación urbanística, a través de actuaciones de dotación, se ha establecido su régimen jurídico a través del nuevo apartado 3 del art. 55 que posibilita la ubicación de las dotaciones en un entorno próximo, cuando el grado de ocupación por la edificación del área haga inviable su ubicación total o parcial. Por otra parte se establece que para mantener la proporcionalidad y la calidad de los suelos dotacionales, se calcularán conforme a la media dotacional resultante de la zona de suelo urbano en que estén incluidos y la proporcionalidad y suficiencia de los sistemas generales alcanzada en el municipio. Esta cesión sólo

puede ser sustituida, de manera motivada por su equivalente en dinero, cuando, en el ámbito de una modificación de planeamiento, los terrenos no tengan la suficiente calidad y entidad para quedar integrados en la red de dotaciones públicas.

b) Ordenación Urbanística.- Se amplían los fines específicos de la actividad urbanística. Al efecto, el art. 3 añade dos apartados, el i) que recoge la promoción de la igualdad de género y el j) que establece como objetivo el establecimiento de medidas para evitar la presencia en el territorio de edificaciones y asentamientos ejecutados al margen de la legalidad urbanística.

Se permite, al igual que en otras Comunidades Autónomas, que se pueda destinar suelo de equipamiento público a alojamientos transitorios de promoción pública, pero la edificabilidad que se les atribuya, no computara a efectos del porcentaje de reserva de protección oficial.

Se prevé que los PGOU establezcan como determinación estructural una horquilla de densidad en varios tramos, y formará parte de la ordenación pormenorizada, que es de competencia municipal, su determinación dentro de esta horquilla.

En lo referente a los Planes Parciales, se establece que puedan efectuarse alteraciones en el plan de etapas mediante el procedimiento de delimitación de unidades de ejecución, sin necesidad de la modificación del Plan Parcial.

En los Sectores de suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable se autoriza el aumento de la densidad de 75 a 90 viviendas por hectáreas pero permanece igual la edificabilidad, (un metro cuadrado de techo por metro cuadrado de suelo). Igual ocurre en las áreas de reforma interior, la densidad aumenta hasta el máximo de 120 por hectáreas, pero la edificabilidad permanece en un máximo de 1,3 metros cuadrados por metro cuadrado de suelo.

Se obliga a incorporar dentro del estudio económico-financiero del planeamiento, un informe de sostenibilidad económica, que debe contener la justificación de la existencia de suelo suficiente para usos productivos y su acomodación al desarrollo urbano previsto en el planeamiento. Debe incluirse igualmente un análisis de las actuaciones previstas en las Haciendas de las Administraciones Públicas que sean responsables de la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras y servicios necesarios.

Se introducen modificaciones tendentes a simplificar el procedimiento de aprobación del Planeamiento y a procurar una mayor garantía de los propietarios.

c) Incidencia en el PMS.- La Ley 11/2010, de 3 de diciembre modificó la LOUA, adaptándola al TRLS08, introduciendo la unificación del destino de bienes e ingresos. Previamente la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, había modificado la LOUA,

preceptuando que cuantas aportaciones económicas, obtenidas en virtud del convenio, independientemente del concepto al que obedecieran, deberían integrarse en el patrimonio público del suelo.

A su vez la modificación introducida por la Ley 2/2012 zanjó la cuestión, en lo referente a los gastos de urbanización, provenientes de los convenios, al excluirlos de la obligación de incorporación al PMS. No ha extendido, en cambio, esta excepción a los ingresos provenientes de los convenios y destinados a la adquisición de dotaciones obligatorias recogidas en el art. 51.1 c) d) de la LOUA, pero igualmente, habrá que seguir interpretando, que el destino específico de estos ingresos, es a la adquisición de dichas dotaciones y no a los fines generales del PMS.⁶

d) Ejecución Ordenación Territorial y Urbanística.- Se modifica el art. 96, adicionando como exigencia para efectuar los actos jurídicos de ejecución necesarios, además de la delimitación de la unidad de ejecución y la elección del sistema de actuación, la inclusión de unas bases orientativas para su ejecución relativas, al menos, a calidades, plazos y diseño urbano, con el grado de determinación suficiente para calcular los gastos de urbanización imputables a la actuación. Además se establece un plazo de prioridad para los propietarios, en el sistema de compensación, de nueve meses, a partir que se den los requisitos del art. 96, que hemos señalado y un derecho de consulta a la Administración competente, que deberá ser evacuado en dos meses, sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, vigente y en tramitación, y las obras a realizar para conectar la urbanización con las redes generales de servicio y en su caso mejora de las existentes.

Por otra parte, se mejora la regulación del agente urbanizador. Así se incorpora un art. 97 bis, que dice que éste obtiene la legitimación para intervenir en la ejecución urbanística, tras su elección en pública concurrencia por la Administración actuante y la suscripción del convenio urbanístico regulador de la actuación urbanizadora conforme a lo dispuesto en la LOUA y supletoriamente en la legislación de contratación del sector público para el contrato de gestión de servicio público.

e) Disciplina urbanística.- Las licencias urbanísticas no se adaptaron a la Directiva de Servicios, ni a la legislación estatal, no estableciendo los supuestos en los que procedería la comunicación previa o declaración responsable y en los que el silencio sería positivo. Si se estableció, el carácter real de las medidas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado, lo que

⁶ GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio. Manual Práctico de Derecho Urbanístico de Andalucía. Pág. 730. CEMCI. Granada 2009.

comporta que puedan exigirse frente a cualquiera que resulte ser el actual propietario de la edificación o finca controvertida.

Se da cobertura legal a la situación de asimilación a la situación de fuera ordenación contemplada en el RDU. Se modificó el plazo para la caducidad de las medidas de protección de la legalidad, que aumenta de 4 a 6 años. Por último se regula la recuperación de dotaciones y aprovechamiento urbanístico en actuaciones irregulares en suelo urbano, comportando, entre otras cosas, que la resolución administrativa firme que acuerde la reposición de la realidad física alterada, solo se entenderá ejecutada por equivalencia, cuando haya sido íntegramente satisfecha la indemnización prevista en la resolución. (nueva Disposición Adicional novena de la LOUA).

1.4.- Regulación de edificaciones ilegales en el SNU.- Los pequeños municipios de Andalucía, carecen en muchos casos de planificación urbanística y de una estructura técnico jurídica adecuada para la gestión y el control urbanístico, estando los gobiernos municipales sometido por ello a una gran incertidumbre para mantener el orden urbanístico, lo que sitúa a éstos en muchas ocasiones, en riesgo involuntario de cometer infracciones urbanísticas e incluso en la posibilidad de incurrir en actos punitivos en vía penal (prevaricación o delitos contra la ordenación del territorio). Hay que partir como idea clave que un desarrollo sostenible y ordenado, que comprenda funciones productivas así como incluso una cierta función residencial no es rechazable y puede mejorar la situación económica de estos municipios. Para ello sería imprescindible regular con claridad la función residencial en el SNU.

En Andalucía se ha producido una confusión conceptual entre la vivienda familiar aislada y la agrícola, dando como resultado una gran incertidumbre jurídica en el régimen de la primera. Esta confusa regulación ha dado paso en Andalucía a una gran cantidad de viviendas ilegales en el Suelo No Urbanizable, habiéndose dictado para resolver este tema, de manera específica, el Decreto 2/2012, de 10 de enero por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía

Pero ¿La solución para la regularización de las edificaciones actualmente existentes en el SNU, por el Decreto 2/2012, ha ido más allá de lo regulado en la LOUA? ¿ha producido una amnistía encubierta?. Puede contestarse que no ha supuesto una amnistía para las edificaciones ilegales, puesto que no ha alterado los plazos para ejercer la acción de restauración del orden urbanístico infringido, que incluso, se han ampliado ahora a 6 años por la ley 2/2012. Y además el Decreto 2/2012 no ha producido una solución global de los problemas que origina la actividad residencial en el SNU, aunque si ha ofrecido una solución parcial para las edificaciones existentes, contra las que no cabe el ejercicio de las medidas de protección de la legalidad. Son

edificaciones que permanecen en una especie de limbo jurídico porque son inatacables jurídicamente, pero no están incorporadas plenamente a la legalidad y tienen problemas de dotación de infraestructuras, de servicios y registrales. Esta regularización se extiende igualmente a las edificaciones ilegales con imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física.

Intentando solucionar estas cuestiones, el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, (RDU) aprobado en 2010, ya incluyó algunas novedades para hacer frente a esta situación. No obstante, la rígida regulación que hizo de la situación de fuera de ordenación, y de asimilado a dicha situación, impidió que tuviera algún efecto positivo. El Decreto 2/2012, ha abordado la solución del problema de las edificaciones existentes en el SNU, a través del establecimiento de distintos tipos de vivienda y de su grado de adecuación al ordenamiento jurídico, utilizando el PGOU como instrumento clave para conseguir la regularización. Diferencia básicamente las edificaciones, según que su forma de implantación sea de Edificación aislada, Asentamiento Urbanístico y Hábitat Rural Diseminado. Y dentro de las edificaciones aisladas distingue tres regímenes jurídicos: Edificaciones legalizadas o legalizables, en situación legal de fuera de ordenación y de asimilación a la fuera de Ordenación. Por otra parte estarían las edificaciones existentes, pendientes de adopción de medidas de protección de la legalidad.

Como consecuencia del carácter residual de las edificaciones aisladas, es necesario la previa delimitación de los asentamientos urbanísticos existentes por el PGOU o por el Avance de Planeamiento con naturaleza jurídica de Ordenanza Urbanística. Por otra parte, los Ayuntamientos, mediante la revisión total o parcial del PGOU, incorporaran a la ordenación urbanística los terrenos de los asentamientos urbanísticos existentes en el suelo no urbanizable de su término municipal, que por el grado de consolidación de las edificaciones o por su integración con los núcleos urbanos existentes, resulten compatibles con el modelo urbanístico y territorial del municipio.

En todo caso, conviene resaltar que no procederá la incorporación, entre otros al planeamiento urbanístico de los asentamientos que se encuentren ubicados en suelo no urbanizable de especial protección por legislación específica que sean incompatibles con el régimen de protección, en suelo no urbanizable de especial protección por la planificación territorial, salvo que resulten compatibles con el régimen establecido por estos planes, en suelo no urbanizable protegido por el planeamiento urbanístico en vigor salvo que se acredite la inexistencia de los valores que determinaron la protección de dichos terrenos y siempre que la desaparición de esos valores no haya sido provocado por el propio asentamiento.

El Decreto 2/2012 parece considerar que los asentamientos que no deban ser incorporados a la ordenación establecida por el Plan General de Ordenación Ur-

banística, constituyen, de hecho, una parcelación ilegal. Y por ello establece que se adoptarán las medidas que procedan para el restablecimiento de la legalidad urbanística y del orden jurídico infringido sobre éstos. Aunque debe tenerse en cuenta que la no caducidad de la acción para restaurar el orden urbanístico en una parcelación ilegal en SNU, fue incorporada por la LOUA y por tanto, como es obvio, pueden existir estos asentamientos con anterioridad a la vigencia de ésta y puede por ello haber caducado, en ese caso, la acción de protección de la legalidad. Como decíamos en la 2ª edición de *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, conviene destacar “que no rige la limitación temporal de los cuatro años(actual de seis años) desde la terminación de la parcelación ilegal en el SNU para la reposición de la realidad física alterada”. Pero si conviene destacar que, en el caso, de edificaciones ilegales en el SNU que no sean de especial protección, si rige el plazo de seis años (art. 185.4 LOUA), para restaurar la legalidad.

Por ello se puede producir un grave problema de legalización de la actuación, en el caso, que hayan transcurrido los seis años y exista una edificación ilegal junto con una parcelación ilegal en un SNU que no sea de especial protección”. Porque en nuestra opinión habría caducado la acción para restaurar el orden urbanístico en el caso de las edificaciones, si el SNU no era protegido, pero no había caducado la acción para poner fin a la parcelación ilegal, por lo que la fórmula que proponíamos era la reagrupación en una parcela indivisible de todas las parcelaciones existentes y de las edificaciones existentes bajo el régimen del mantenimiento de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario de acuerdo con el art. 82 del RD 1093/1997.

Sin embargo, el desarrollo reglamentario no siguió el camino que habíamos indicado, sino que el artículo 49.2 RDUa estableció, refiriéndose a la resolución que ponga fin al procedimiento de reposición de la realidad física alterada en el caso de parcelaciones ilegales en el SNU que dicha resolución podrá adoptar las siguientes medidas que no tienen carácter excluyente:

“j) En el caso de parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, el restablecimiento del orden jurídico perturbado se llevará a cabo mediante la demolición de las edificaciones que la integren y reagrupación de las parcelas, a través de una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa parcelación”...

Con el objetivo abordar de manera diferente al RDU, la solución del problema planteado, se ha aprobado en el Parlamento de Andalucía la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. En su artículo único modifica los arts. 68.2, 183.3 y 185.2 de la LOUA.

Esta Ley de modificación de la LOUA, sí que es realmente una amnistía encubierta para unas determinadas edificaciones ilegales. En efecto, ello es así, porque sólo viene a resolver el problema de las edificaciones ilegales existentes dentro de una parcelación ilegal, para las que haya pasado el plazo de 6 años siguientes a su completa terminación, pero no resuelve el problema de las edificaciones ilegales en los Suelos No Urbanizables de Protección Territorial, que como hemos dicho, no tienen unos valores que conlleven una específica protección pero que como se le da el carácter de especial protección la acción para demoler no caduca nunca, por lo que salvo que se flexibilice en los Planes de Ordenación Territorial⁷ esta especial protección, la modificación de la LOUA por la Ley 6/2016, no servirá para mucho. En efecto, según el apartado tres de su artículo único esta excepción de limitación temporal de la caducidad de la protección de la legalidad, únicamente será de aplicación a la parcela concreta sobre la que se encuentre la edificación en la que concurren los citados requisitos, no comprendiendo al resto de parcela o parcelas objeto de la parcelación. No se resuelve el problema de la reposición física de las parcelaciones ilegales que se produzcan en el futuro, puesto que es indudable que se van a seguir produciendo, y la subsistencia de la regulación del art.49.2 j que comporta la restauración del orden urbanístico, a través de la demolición y la reagrupación de parcelas, no va a ser fácil de llevar a cabo en la práctica, y va a producirse un agravio comparativo con las “amnistiadas” por la Ley 6/2016.

II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELEVANTE ACERCA DE LA NULIDAD DE LOS PLANES GENERALES POR APLICACIÓN DEL DERECHO URBANÍSTICO DE ANDALUCÍA

1. Ideas generales

En relación con esta cuestión conviene poner de relieve en primer lugar, que es indudable que el desarrollo invertido y poco sistemático del proceso legislativo que hemos analizado anteriormente y la gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados incorporados a la legislación urbanística de Andalucía, a que hemos hecho referencia, ha tenido una clara influencia en una serie de Sentencias que han provocado la nulidad del planeamiento urbanístico, en unos casos y en otros la nulidad parcial o total de algunos instrumentos de la planificación del territorio de Andalucía. Entre estas Sentencias, estarían las Sentencias recaídas sobre el Plan General

⁷ Véase arts 70 y 71 de las Normas Urbanísticas del Plan de Ordenación Territorial de la Aglomeración Urbana de Málaga que regula la zona de protección territorial.

de Ordenación Urbanística de Marbella, destacando dentro de estas las SsTS 27-X-2015 rec. 313/2014, 27-x-2015 .rec. 2180/2014 y 28-X-2015 .rec. 1346/2014 y por otra parte estarían las siguientes: STS 272/2016 de 10 de febrero Jur/2016/36531 sobre el Algarrobico, y STS 404/2016 de 16 de febrero de 2016, sobre nulidad parcial del Plan de Ordenación Territorial de la Aglomeración Urbana de Málaga (PO-TAUM). Y las del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de febrero 2015 sobre nulidad parcial del Plan de Ordenación Territorial de la Aglomeración Urbana de Málaga por prevalencia de la Ley de Costa y la STS 4382/2015 que anula el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga por no dar respuesta a las alegaciones formuladas.

Y en segundo lugar, hay que destacar los efectos tan negativos que estas Sentencias han producido en la actividad socioeconómico de Andalucía, puesto que como consecuencia del carácter y naturaleza jurídica de la Planificación urbanística y territorial, los efectos jurídicos que se producen por su ilegalidad, sea la causa que sea, es el de la nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo que dispone el art. 62.2 de la ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común (La LPAC en vigor a partir del 2 de Octubre del año 2016 mantiene la misma regulación en su art.47.2).

En las páginas que siguen vamos a hacer un estudio de las principales causas que han provocado la nulidad de los planes urbanísticos y de los de ordenación territorial, así como las traumáticas consecuencias que se originan , sobre todo en orden a la demolición de las viviendas irregulares, realizando una reflexión final sobre las propuestas y soluciones para mitigar los efectos que se producen como consecuencia de las Sentencias que conllevan la nulidad de los planes generales de ordenación Urbanística.

2. Motivos nulidad

2.1- Limitación del PGOU y de la Planificación de Ordenación del Territorio por el Régimen del Suelo.- No está en manos del planificador alterar o desfigurar el concepto de SUC ni el de SNUEP.- Una de las limitaciones más importantes que tiene la discrecionalidad administrativa a la hora de aprobar los Planes urbanísticos es el respeto al régimen del Suelo, y dentro de ello, está el respeto al carácter reglado del suelo urbano (SU) y del Suelo No Urbanizable de especial protección. (SNUEP).

A) *Carácter reglado del Suelo Urbano.*- Como señalaba GONZÁLEZ PÉREZ⁸, el planificador no era libre para clasificar el suelo urbano sino que solo se podían clasificar unos terrenos como urbano cuando se daban las circunstancias del apartado a)

⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. «Comentarios a la Ley del Suelo». I. Cívitas 1993. Pág. 193.

del art. 10 del TR/1992, es decir, «Los terrenos a que el planeamiento general incluya en esa clase por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, debiendo tener estos servicios características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir». También se considerarán urbanos «los terrenos que tengan su ordenación consolidada por ocupar la edificación al menos dos terceras partes de los espacios aptos para la misma según la ordenación que el planeamiento general establezca»; o los del apartado b), «Los que en ejecución del planeamiento lleguen a disponer efectivamente de los mismos elementos de urbanización a que se refiere el párrafo anterior».

La jurisprudencia así lo había establecido al señalar que: «La inclusión o no por el Plan de unos terrenos como suelo urbano queda fuera de la esfera voluntarista de la Administración, es decir, que ésta se ha de limitar en este punto a contrastar la realidad física para declarar como suelo urbano el que según la Ley reúne los caracteres necesarios para ello» (STS de 30 de enero de 1991).

La STS de 21 enero 1992 señalaba que la clasificación de unos terrenos como suelo urbano exige no simplemente que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de aguas, evacuación de agua residuales y suministro de energía eléctrica, con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir, sino también que tales dotaciones procedan precisamente de los servicios y que el suelo esté inserto en la malla urbana, de modo que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y de energía eléctrica y de saneamiento de que puedan servirse los terrenos y estos, por su situación, no estén desligados completamente del entramado urbanístico ya existente.

Este criterio fáctico del suelo urbano, recogido jurisprudencialmente, también ha sido recogido normativamente, como es el caso de la legislación de Costas. Así, en la disposición transitoria tercera.³ de la Ley 22/1998, de 28 de julio, de Costas se estableció que “los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la presente ley estarán sujetos a las servidumbres establecidas en ella, con la salvedad de que la anchura de la servidumbre de protección será de 20 metros”. (Esto ha sido recogido de la misma manera en la Disposición transitoria décima del Reglamento General de Costas RD 876/2014). En el desarrollo de esta disposición, el Reglamento de Costas, aprobado por el Real Decreto 147/1989, de 1 de diciembre, (actualmente derogado por RD 876/2014 de 10 de Octubre por el que se aprueba el Reglamento General de Costas) acudió a criterios fácticos. Así la disposición transitoria séptima.³ estableció que en “los municipios que carezcan de instrumentos de ordenación se aplicarán íntegramente las disposiciones sobre las zonas de servidumbre de protección e influencia, salvo que se acredite que en la fecha de entrada en vigor de la citada ley

los terrenos reunían los requisitos exigidos por la legislación urbanística para su clasificación como urbano”. Y en la disposición transitoria novena.³ señalaba que a los efectos de la aplicación de la servidumbre de protección “se considera suelo urbano no solo el que tenga esta clasificación establecida por los instrumentos de ordenación vigentes en la fecha de entrada en vigor de la ley de Costas sino también cuando se trate de áreas urbanas en las que la edificación estuviera consolidada o los terrenos dispusieran de los servicios exigidos en la legislación urbanística en la citada fecha y la Administración urbanística competente les hubiera reconocido expresamente ese carácter”. (Esto se recoge igualmente por la Disposición transitoria décima apartado 3 del Reglamento 876/2014 de 10 de Octubre). Además la Disposición transitoria vigésimo segunda del Reglamento 876/2014 ha ampliado los supuestos fácticos para la consideración de suelo urbano en desarrollo de la DT primera de 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.

Existen sentencias específicas que recogen el carácter reglado del SU y que se refieren concretamente a la Ley de Costas, así la STS de 17 de noviembre de 2003, señala en su FD Primero que “No es acertado el razonamiento jurídico de la Sala de instancia y debemos por tanto, estimar el motivo de casación en que se sustenta este recurso, en el que se denuncia la infracción de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas y la jurisprudencia que ha consagrado el criterio de la fuerza normativa de lo fáctico para imponer la obligada consideración de un suelo como urbano”. En el FJ cuarto señala que es también demostrativo de que “el citado Reglamento no introduce la exigencia de una previa clasificación en tal sentido como necesaria para considerar un suelo como urbano, el tenor del número 3 de su Disposición Transitoria Séptima, en el que se prescribe: “3. En los municipios que carezcan de instrumentos de ordenación se aplicarán íntegramente las disposiciones de la Ley de Costas y de este Reglamento sobre las zonas de servidumbre de protección y de influencia, salvo que se acredite que en la fecha de entrada en vigor de la citada Ley los terrenos reunían los requisitos exigidos por la legislación urbanística para su clasificación como suelo Urbano”.

La Sentencia de 11 de Septiembre, de 2008 ha distinguido entre los dos caminos por los que se llega a adquirir el carácter urbano: la clasificación o la fuerza de lo fáctico.

A efectos de la norma debe considerarse reconocimiento expreso, tanto la resolución expresa de la Administración urbanística reconociendo la existencia del área urbana, como la resolución judicial reconociendo dicho carácter pese al criterio contrario de la Administración. Reconocimiento que por lo demás será declarativo, no

constitutivo, es decir, que la Administración deberá limitarse a declarar, en su caso, lo que “ex lege”, ya es suelo urbano.

B) La naturaleza reglada del SNU de especial protección.-Igualmente cabe afirmar que la calificación de un suelo como de especial protección escapa de la esfera voluntarista de la Admón. Como hemos señalado en otro lugar.⁹ La Jurisprudencia ha ido limitando la discrecionalidad de la Admón. para calificar un SNU como de especial protección. Así el TS en S de 8 de octubre de 1990 dice que «*la realidad de los hechos, por un lado, y la coherencia necesaria en el desarrollo de los criterios de planificación, por otro, determinan la conclusión de que la calificación litigiosa no se ajusta a las exigencias de racionalidad en la actuación administrativa*». El TSJ de Andalucía, en S de 14 de noviembre de 1994 señaló que la ausencia de cultivos en la franja donde se pretende construir, constatada mediante datos objetivos, no lesiona «*ninguno de los valores específicos que se pretenden proteger*». La STS de 15 de noviembre de 1995 ha señalado, por su parte, que la calificación del SNU de especial protección ecológica no está dentro del libre arbitrio del planificador, sino que ha de respetar el criterio real en su delimitación. Afirma, por tanto, que constituye «*uno de los supuestos, junto con la calificación de suelo urbano, en el que priva el criterio real en la delimitación*». En este sentido la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2000 considera incongruente una calificación de SNU de especial protección «*que resultaba absolutamente contradictoria con la realidad natural de los terrenos*». La sentencia nº 484/2001, de 21 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, establece la obligación de clasificar como suelo no urbanizable especialmente protegido de la zona Húmeda la Marjal, en el Municipio de Masamagrell. La STS de 14 de febrero de 2007, reitera la STS de 15 de noviembre de 1995, excluyendo la libertad del planificador para incluir o excluir de la categoría de especial protección la Montaña del Puig.

2.2. Análisis de la jurisprudencia que ha originado la nulidad del planeamiento territorial y urbanístico por incidir en el carácter reglado del Suelo Urbano y del SNU EP

A) PGOU de Marbella.- En relación con este tema, si analizamos alguna de estas cuestiones en las Sentencias del Tribunal Supremo, que han provocado la nulidad del PGOU de Marbella, podemos señalar que en ellas se establece en primer lugar que de acuerdo con esta consideración del carácter reglado del Suelo urbano, era improcedente considerar determinados terrenos como suelo urbano no consolidado por tratarse en realidad de Suelo Urbano consolidado.

La doctrina del Tribunal Supremo ha venido señalando que la diferenciación entre las dos categorías de suelo urbano consolidado y no consolidado estaba prevista

⁹ Urbanismo y Territorio en Andalucía. 3ª Edición. Pág. 498.

en la legislación estatal, en concreto en el art. 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV). En el apartado 1 del anterior artículo se dispensa de los deberes de equidistribución a los propietarios del suelo urbano consolidado. Está constitucionalmente validado por la STC 164/2001, la distinción establecida por la ley estatal (la LRSV, actualmente derogada) al señalar: “la exclusión de toda cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico en SUC no admite modalización alguna de origen autonómico”.

Según STS de 27 de Octubre de 2015, recurso 313/2014, si se establece esta diferenciación en la legislación autonómica, debe ser interpretado en compatibilidad con la legislación estatal, pero la interpretación del art.45.2.b.a)1) de la LOUA tendría que hacerse con arreglo al art. 9 del TRLS08 y no con arreglo al art. 14.1 que estaba derogado cuando se aprobó el PGOU de Marbella, aunque según el TC esta delimitación entre una y otra categoría de suelo urbano y el correspondiente régimen de deberes habrá de ejercerse “en los límites de la realidad”. Por ello el TS, a partir de la doctrina contenida en la STS de 23 de Septiembre de 2008, reiterada posteriormente en distintas Sentencias, mantiene que no resulta admisible que unos terrenos que indubitadamente cuentan no solo con los servicios exigibles para su consideración como suelo urbano, sino también con los de pavimentación de calzada, entado de aceras y alumbrado público, y que están plenamente consolidados por la edificación pierdan la consideración de suelo urbano consolidado, pasando a tener la de suelo urbano no consolidado, por la sola circunstancia que el nuevo planeamiento contemple para ellos una determinada transformación urbanística.”

Por ello, señala el TS, que conforme a lo expuesto, no resulta jurídicamente aceptable, constituyendo una técnica que debe censurarse, el 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 se haya podido incurrir con anterioridad a la Revisión de un PGOU. Y por ello, como señala la STS de 2 de octubre de 2013 (RC 3970/2010 (La Ley 152745/2013) “Quizá resulte aconsejable también que, aun en el caso de existencia de los servicios urbanísticos que denotan la pertenencia al urbano, cuando éstos proceden de ejecuciones irregulares, esto es, al margen del planeamiento, no se impone su clasificación como urbanos, ya que se llegaría al resultado, jurídicamente inadmisibles, de que las ilegalidades urbanísticas se impondrían por la fuerza de los hechos”.

Aunque no puede de dejar de considerarse que estas Sentencias del Tribunal Supremo no han tenido en cuenta que el art.12 TRLS08 exigía, para el suelo urbanizado que debía contar con las dotaciones y servicios requeridos por legislación autonómica y que se establecían en el propio TRLS08 deberes para transformación urbanística según art. 14.1.a)(reforma o renovación suelo urbanizado). Y que además,

en la actualidad el art.17.2 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 Octubre, (TRLRSRU) impone el régimen de equidistribución en actuaciones sobre el medio urbano. Y que también olvida que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el régimen de los deberes que han de llevarse a cabo “en los límites de la realidad sin admitir modalización autonómica alguna, contenida en la STC 164/2001, se ha vuelto a interpretar por el propio TC en su Sentencia 94/2014, de 12 de Junio de 2014, distinguiendo entre un suelo urbano no consolidado “el integrado por los suelos que, aun formando parte de la ciudad – consolidados por la edificación que carecen de una urbanización completa, es decir no cuentan con todos los servicios, urbanos. Son los denominados suelos urbanos no consolidados de primera urbanización, bolsa de suelo dentro de la ciudad ya formada, más o menos, edificados pero apenas urbanizados o no urbanizados por completo”. Y por otra parte, entre otro suelo que forma parte del suelo urbano, sin que la legislación estatal precise, si se trata de suelo urbano consolidado o no, por lo que puede ser cualquiera de los dos y que se definen como aquellos que “a pesar de contar con todos los servicios del suelo urbano, requieren de una operación de reforma o renovación interior. Son suelos urbanos consolidados por la urbanización para los que por diferentes causas (obsolescencias de los servicios, degradación del barrio, modificación del uso característico o eliminación de polígonos industriales en el centro de la ciudad, etc), el planeamiento impone su reurbanización integral.” Y su inclusión como suelo urbano consolidado o no depende de la legislación autonómica. Por lo que está claro para la doctrina constitucional actual, que el suelo destinado a las operaciones de regeneración, rehabilitación y renovación urbana, si permite modalización autonómica, aunque tenga las características de suelo urbano consolidado, pero sería mediante su transformación por la legislación autonómica en suelo urbano no consolidado.

B) Mantenimiento del carácter reglado en servidumbre de protección de la Zona Marítimo Terrestre.- El Suelo urbano mantiene el carácter reglado en la servidumbre de protección de la zona marítima terrestre. El plan de Ordenación Territorio de la Aglomeración Urbana de Málaga, aprobado por Decreto 308/2009 (POTAUM) remitía en su art.55 a la regulación de la utilización del DPMT a la Ley de Costas. En el art. 69.1.d) del POTAUM se recoge la ZMT dentro de la zona de protección ambiental y se dispone en su art. 69.2 que estos suelos tendrán en el PGOU la clasificación de SNU de especial protección. La Dirección General de Urbanismo estableció la clasificación del SNU para todo el DPMT y para la Servidumbre de Protección y solicitó al Ayuntamiento de Málaga que justificara las previsiones de ordenación de la ZMT. A tal efecto, se elaboró un informe de la Secretaria General y de la Gerencia de Urbanismo que señalaba sustancialmente que si el suelo urbano dispone de una realidad física urbana, escapa de la esfera voluntarista de la Administración. Tiene

conceptuación fáctica y reglada, como recoge la jurisprudencia específica. No siendo correcto clasificar como SNU aquellos casos en que el DPMT ha perdido las características que le sirve de protección puesto que por ser dominio público un bien no está adscrito a una determinada clasificación necesariamente. Y en concreto el Suelo de las Barriadas del Palo y Pedregalejo de Málaga, al ser urbano de facto y de iure, había sido clasificado en los anteriores PGOU al vigente como suelo urbano consolidado. La Sentencia Tribunal del Superior de Justicia de Andalucía, de 9 de febrero de 2015, reconoció que aunque era menor la trascendencia que había de reconocerse a esta polémica, como consecuencia de la aprobación de la modificación de la Ley de Costas y la exclusión de determinados núcleos de población del DPMT, como las Barriadas de El Palo y Pedregalejo, estimó correcta la clasificación de SNU de especial protección para el DPMT, aunque incorrecta dicha previsión para la zona de protección y acordó anular el art.55.2 del POTAUM, que imponía la clasificación para todo el suelo incluido en la zona de servidumbre de protección como suelo no urbanizable de especial protección, sin distinguir las singularidades de los núcleos urbanos consolidados.

C) Nulidad de planeamiento por no respeto del carácter de reglado del Suelo No Urbanizable de especial protección.

En cuanto a la nulidad del Planeamiento por la no consideración del régimen reglado del suelo no urbanizable de especial protección, nos sirven de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2.016, del Algarrobico y la Sentencia de 10 de febrero de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre el POT de Málaga.

En cuanto a la primera, la del Algarrobico, se aparta conscientemente de otra de la misma Sala S. de 11 de junio 2011, señalando que sobre contradicciones formales en el planeamiento urbanístico y PORN (clasificado como urbanizable en el primero y como no urbanizable en el segundo) prevalecen las características naturales de los terrenos que le hacen ser dignas de protección. Y prevalece el planeamiento medioambiental sobre el urbanístico (STC 102/95 de 26 de junio). Señala, además que “esa contradicción o incoherencia interna solo podía resolverse y clasificarse mediante el examen del problema sustantivo, es decir de la concurrencia o no de características naturales de los terrenos dignas de protección para su inclusión en el PORN, con independencia de las resoluciones judiciales sobre clasificación urbanística de los terrenos, pues esa clasificación debía ceder ante el PORN y no al contrario.” Es decir, prevalece la naturaleza reglada del SNU de especial protección.

En sentido contrario, estimando la descalificación como Suelo No Urbanizable de Especial Protección del suelo objeto de la litis, pero manteniendo el carácter reglado del SNU, la STSJA, de 10 de febrero de 2016 anula, en el POTAUM, la clasi-

ficación como SNU de especial protección, de determinadas fincas, porque es SNU, común y no de especial protección, por carecer de motivación dicha calificación, puesto que estos terrenos carecen de riesgo de inundabilidad, erosión, condicionantes ecológicos ambientales y paisajísticos que merezcan dicha protección. En definitiva, estas dos Sentencias, una del Tribunal Supremo y otra del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, referidas al ámbito de Andalucía, ponen de relieve la plena vigencia del carácter reglado de los Suelos No Urbanizables de Especial Protección, como límite a la potestad discrecional del Planeamiento.

2.3. Motivos nulidad: no corresponde al plan modular la legalización de lo ilegalmente construido. La potestad de ejecutar las Sentencias corresponde exclusivamente al poder judicial

La discrecionalidad inherente a la potestad planificadora no puede modular los efectos de las ilegalidades y fundamentar el nuevo planeamiento en función del carácter aprovechable de lo anterior. Como señala la STS de 27 de octubre de 2015, Rec 313/2.014, no es de recibo la “metodología seguida para la normalización urbanística” que lleva a cabo una valoración conjunta de las diversas infracciones obteniendo los denominados coeficientes de ponderación de la naturaleza de la infracción. Y ello es así porque estamos en una diferente regulación del art. 103.1 de la LRJCA, con respecto a la Ley 39/1956, que señalaba que “la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiese dictado el acto o la disposición objeto del recurso” y en cambio, en la vigente Ley 28/1998, se regula de una manera totalmente contraria, señalando de acuerdo con la CE, que “la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional.”

Por ello, sin alterarse los términos en que la disputa procesal fue planteada y resuelta, no puede pretenderse privar de efectos, posteriormente, al pronunciamiento judicial. Sólo es posible de acuerdo con el principio de congruencia, si concurren elementos que impidan física/jurídicamente la ejecución o la dificulten por circunstancias sobrevenidas impeditivas. En efecto, el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las sentencias en sus propios términos, como la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate (art.105.2 LJCA). Esto viene avalado constitucionalmente en las Ss.TC 58/1983, 87/1984, 149/1989 y 190/1992 para las que es plenamente constitucional una ejecución de sentencia que por razones atendibles, el fallo condenatorio es sustituido por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación. La STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de fecha 3-7-2000, recurso 2061/1995 nos dice que “la existencia de una modificación en aquel (se refiere al planeamiento) puede determinar la posterior adecuación de lo construido al mismo, y originar un supuesto

de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia dictada que ha de ser planteado en trámite de ejecución de sentencia y resuelto por el propio tribunal sancionador”.

Si bien no puede perderse de vista la postura jurisprudencial de que las legalizaciones posteriores por la vía de alteración del planeamiento vigente deben encontrar adecuada justificación en consideraciones y criterios de ordenación superiores a la simple voluntad de esa legalización, por todas ellas la STS de 6-6-1.995, recoge que “el *ius variandi* reconocido a la Administración por la legislación urbanística, se justifica en las exigencias del interés público, y que en la potestad modificatoria de los planes, la Administración no queda vinculada por ordenaciones anteriores, pudiendo establecer nuevas previsiones sobre clasificación y uso de los terrenos. Y efectivamente ello es así, aunque conviene recalcar que tal facultad innovadora de la Administración materializada en la ordenación territorial propia de un Plan de urbanismo, tiene unos límites propios derivados del necesario acatamiento a los estándares urbanísticos previstos en la legislación general sobre el suelo y su ordenación, no menos que a la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos dentro de una realidad social determinada”.

Por lo que si la modificación del planeamiento se lleva a cabo con la intención de que la sentencia no se ejecute, dicha innovación no conllevará la inexecución de la resolución judicial, (Ss.TS de 30 de noviembre de 1996, de 22 de enero de 1997 y de 25 de junio de 1998).

La STS de 29 de junio de 2002 admitió que se podía dejar sin efecto la demolición acordada, si las obras ejecutadas son habilitadas por las determinaciones de un nuevo planeamiento, habilitando la posibilidad de espera en el cumplimiento de la resolución adoptada en su momento a la aprobación del instrumento de planeamiento, cuando exista posibilidad de su legalización, dado que considera que este caso, el interés público no se ve gravemente afectado por la eventual tardanza en la materialización de la demolición si ello en su día se ratificara como procedente.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, había dictado una serie Autos referidos al PGOU de Marbella, como el de 11 de Enero de 2.008, en los que acordaba “aplazar la decisión sobre la procedencia de la demolición hasta el momento de la aprobación definitiva del Plan, que se encuentra tan solo aprobado inicialmente”.

Sin embargo la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de Enero de 2009, ha desautorizado esta línea jurisprudencial señalando que “la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la lega-

lizará, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos” y por ello “no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta”. La STC 254/2015 reitera la anterior doctrina constitucional señalando que las sentencias firmes de demolición de construcciones ilegales han de ser ejecutadas aun cuando resulten conformes con el planeamiento en tramitación.

En lo referente a la imposibilidad material, la actualidad de la técnica, determina que en puridad nada es imposible de ejecutar materialmente. Habrá de analizarse si esta imposibilidad material, se refiere más bien a actuación desproporcionada, costosa o dificultosa de la “restitutio in natura”. La STS de 17 de Diciembre de 2010 consideró de imposibilidad material, en el Municipio de Villaviciosa, la ejecución de la sentencia, por encontrarse la finca ya urbanizada, y ejecutadas las obras. En el mismo sentido la STS 25 de Septiembre de 2015, considera imposibilidad material la reposición a origen de una urbanización, totalmente ejecutada por el Ayuntamiento de Valladolid. Llegándose incluso, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla León, casada por el TS, a considerar, no sólo que era imposible la “restitutio in natura” de las fincas sino que no tendría ventaja para nadie, ni siquiera para quien la solicitaba, y “que bien podría decirse que al efectuar una solicitud de esa índole parte de la irreversibilidad o prácticamente irreversibilidad de unos hechos consumados para hacer un ejercicio abusivo de su derecho”. La Sentencia del TS de 23 de febrero de 2010, acerca de un convenio sobre el nuevo desarrollo de Anoeta (San Sebastián) deja claro, no obstante, el carácter restrictivo de este concepto, que no puede confundirse con una “mera dificultad técnico jurídica de reponer jurídicamente, la situación surgida como consecuencia de la incorrecta licitación, a la situación debida”

Por tanto, si para ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste tiene que llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo el art.118 CE, y en otro caso, el juez adoptará las medidas necesarias para su ejecución sin dilaciones indebidas. El art.103.2 de La LRJCA centra la obligación del cumplimiento de las Sentencias en las partes procesales. Pero la obligación de colaboración para su ejecución, según el artículo 118 CE y el art.103.3 LRJCA se amplía a todas las personas y entidades públicas y privadas. No obstante, el órgano jurisdiccional valorando las observaciones efectuadas, en relación con la imposibilidad legal o material de ejecución de las Sentencias, decidirá lo procedente en cada caso concreto, por lo que no se puede 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 de un órgano judicial.”

2.4. Motivos Nulidad: No procede exigir nuevas prestaciones que alteren el equilibrio del derecho de propiedad y que sean dependiente de la modulación de la legalización realizada por el planificador

La STS de 27 de octubre de 2.015, Rec. 313/2015, se pronuncia sobre compensaciones económicas dirigidas a financiar la adquisición de terrenos con uso público excluidos de las áreas de regulación pero adscritos a éstas, a efectos de gestión por integrarse en el mismo área de reparto y que se corresponde con exceso de aprovechamiento. El TS rechaza esta regulación porque no es correcto imponer una imputación de cargas y gravámenes individuales, incluso a quienes ya no sean propietarios, cuando lo que realmente se pretende es penalizar antiguas infracciones. No cabe, por ello, considerar legal la obligación supletoria de financiar la parte proporcional que corresponde a los diversos sectores y áreas de reforma interior para la ampliación y reforzamiento redes generales de la ciudad, exteriores a los mismos. Estas dotaciones no son necesarias por razón de la ordenación actual, sino por razón de la previa y anterior ilegalidad del planeamiento precedente: “no son dotaciones del nuevo PGOU sino penalizaciones por incumplimiento anterior PGOU”.

Y todo ello, se pretende llevar a cabo, sin respaldo en norma legal alguna, sin tramitar procedimiento individual alguno y sin la garantías previstas para este tipo de exacciones. Aunque por los demandantes se alega que se infringe el art.72.1 RPU, en realidad se infringe el RGU que regula las Unidades de Ejecución deficitarias, donde solo existen deberes para los propietarios y que se produciría la infracción del art.14 6/98 si no se acepta la fuerza de lo factico de “terrenos históricamente consolidados”. El Tribunal estima la nulidad pero por incumplimiento del art. 9.2.C) y 16.1 del TRLS08, que se refieren a las obligaciones del propietario, puesto que la ley 6/98 estaba derogada cuando se aprobó el PGOU.

Otra cosa diferente, que si hubiera procedido legalmente, en nuestra opinión, es que con el destino de las multas recogido en el art.197.2 de la LOUA, impuestas al sujeto que hubiese cometido la infracción, se podían mejorar las dotaciones y servicios.

2.5. Motivos Nulidad: No cabe proceder a la alteración por el planificador de mecanismos legales de la responsabilidad por incumplimiento deberes urbanísticos

La planificación urbanística, según el TS no puede alterar lo dispuesto en la Ley en lo relativo a la responsabilidad por los incumplimientos de los deberes urbanísticos.

Por ello, no cabe atribuir los deberes urbanísticos a anteriores propietarios en contra del art.19 TRLS08. Según el art. 19 del TRLS08, “La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la Ordenación Territorial y Urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidos frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico real”. (Actual art. 27.1 TRLSRU)

En consecuencia, según el TS, frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de adquirente de buena fe, amparado por el acceso de su derecho de propiedad al Registro, ya que conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares.

Los terceros adquirentes, no están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ni exentos de soportar las actuaciones materiales que sean necesarias para ejecutar la Sentencia. Los caminos a los que puede acudir para proteger su derecho son: dejar sin efecto, si aún fuera posible la ejecución de la Sentencia, resolver los contratos por los que adquirieron esta propiedad o obtener del responsable de la infracción urbanística o del incumplidor de los derechos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución.(STS 12 de mayo de 2006). No obstante, hay que tener en cuenta que la modificación del art. 51 del TRLS08 por el art. 25.2 del RDL 8/2011, de 1 de julio, ha abierto una nueva vía para el tercero adquirente de buena fe, como es la reclamación a la Administración competente, en el caso que ésta incoe expedientes de disciplina urbanística, en los supuestos previstos en dicho artículo, siempre que la Administración haya incumplido obligación de acordar la practica en el Registro de la propiedad de la anotación preceptiva y se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe. Esta misma regulación se contiene actualmente en el art. 28 TRLSRU.

2.6. Otros Motivos Nulidad Planeamiento Urbanístico y Ordenación Territorial por legislación Sectorial

A) La evaluación ambiental estratégica (EAE) no cumple con la Directiva 2001/42/CE ni con la Ley 9/2006 y no contiene evaluación de alternativas razonables aunque sea respetuoso con Decreto Autonómico 292/95 (STS 2180/2014 de 27 de octubre de 2014 FD 12 y 13).

Esta Sentencia entiende que la EAE del PGOU de Marbella infringe la Directiva 2001/42/CE y la Ley 9/2006 (actualmente derogada) porque no contiene la preceptiva identificación, descripción y evaluación de las alternativas razonables

dirigidas a fijar la Ordenación Urbana del Municipio. El art. 8.1 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, (derogada por la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental), decía: “En el informe de sostenibilidad ambiental, el órgano promotor debe identificar, describir y evaluar los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente que puedan derivarse de la aplicación del plan o programa, así como unas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, incluida, entre otras, la alternativa cero, que tengan en cuenta los objetivos y el ámbito territorial de aplicación del plan o programa. A estos efectos, se entenderá por alternativa cero la no realización de dicho plan o programa.” Y por ello este informe de sostenibilidad ambiental deberá contener una justificación de las alternativas previstas y los motivos de la elección. La Jurisprudencia del TS (Sentencia de 18 de septiembre de 2013, recurso de casación 5375/2010) pone de relieve que el procedimiento de EAE es independiente de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de proyectos, y por ello, aunque la ley 21/2013 de evaluación ambiental unifica la regulación de los dos procedimientos, se cuida muy bien de señalar en su exposición de motivos, que sobre la relación entre la evaluación ambiental estratégica y la de impacto ambiental debe señalarse que, de conformidad con las directivas comunitarias, la primera no excluye a la segunda, de forma que se mantiene la anterior regulación. Igualmente se mantiene el artículo relativo a la relación entre la evaluación de impacto ambiental y la autorización ambiental integrada, ya que esta regulación está contenida en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación.

Por otra parte, conviene señalar que este informe de sostenibilidad pasa, en la Ley 21/2013, a denominarse: estudio ambiental estratégico, mientras que la memoria ambiental pasa a ser declaración ambiental estratégica a semejanza del estudio de impacto ambiental y declaración de impacto ambiental.

Para el Tribunal, la evaluación ambiental estratégica pierde parte de su finalidad, de anticipar la protección ambiental antes de la toma de decisiones que puedan ser negativas para el medioambiente, cuando “La falta de estudios comparativo de alternativas razonables ambientalmente viables y la denominada alternativa cero vienen determinadas horizontalmente en la normalización de los efectos de las ilegalidades consecuencia de hechos anteriores y que “el documento ambiental que se hubiera podido emitir no podría, dada la situación preexistente, alcanzar su finalidad”.

B) Ausencia del informe de sostenibilidad económica del art. 15.4 del TRLS08 (STS 2180/2014 de 27 de octubre de 2014 Fj 15).- Según el TS, el concepto de sostenibilidad económica, recogido por el legislador estatal en el art. 15.4 del TRLS08 (actual 22.4 del TRLSRU) no debe confundirse con el de viabilidad económica ligado al estudio económico financiero que prevé el coste de ejecución de la actuación y las fuentes de financiación, el análisis de la sostenibilidad económica tiene que justificar la sosteni-

bilidad de la actuación para las arcas públicas desde que se inicia hasta que termina la responsabilidad para la Administración de las nuevas infraestructuras y servicios necesarios. Así pues, no puede entenderse subsumido en el estudio económico financiero del Plan porque persiguen finalidad distinta y su ausencia provoca la nulidad del PGOU (STS de 30 de marzo de 2015, Recurso 1587/2013)

C) Ausencia de respuesta a las alegaciones en el trámite de información pública y del informe evaluación de impacto por razón de género (STS 6-X-2015: nulidad POT Costa Sol Occidental).- La falta de respuesta a las alegaciones presentadas en el trámite de información pública, deja en papel mojado la participación ciudadana y nos hace retroceder a la Administración decimonónica, alejándonos de una administración electrónica y moderna. Por eso nos parece muy acertada la reiterada jurisprudencia del TS que señala que esta falta de respuesta “equivale a la privación del derecho de audiencia, lo que supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento, y a que el exacto cumplimiento de dicho trámite de información pública requiere no solo la mera formalización y recepción de las diversas alegaciones de los interesados, sino su atenta lectura y contestación específica sobre las razones que lleven a la aceptación o rechazo de tales alegaciones y exclusivamente así cabe tener por cumplido el trámite de información pública.” (SsTS de 25 de febrero de 2003 (recurso de casación 6876/1999, de 16 de febrero de 2009, recurso de casación 9414/2004 y 15 de marzo de 2012, recurso de casación 6335/2008).

En definitiva, por este motivo de nulidad, el TS por Sentencia de 6 de octubre de 2015, anuló el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga. No obstante, el recurso de casación se basaba en un segundo motivo, como es el haber omitido pronunciarse acerca de la impugnación del preceptivo informe del impacto de género en la elaboración del POT impugnado. Aunque el Tribunal en su Fundamento de Derecho Séptimo señala que la estimación del primer motivo de casación, al que nos hemos referido anteriormente, hace innecesario examinar este segundo. No obstante en su FD Sexto, manifestaba que no compartía la tesis de la Administración autonómica demandada, en el sentido que, “como no existen en dicho Plan determinaciones con incidencia en materia de género, resultaba innecesario el informe de evaluación de impacto de género, ya que sería en el informe a emitir donde se debería explicar tal circunstancia.” Y, por ello, según la Sala, esto determinaría la nulidad radical de la norma recurrida, como además ha declarado en otras ocasiones el Tribunal, en supuestos de falta del indicado informe preceptivo de género (Sentencias de fechas de 16 de Abril de 2013, recurso de casación 6470/2011 y 8 de enero de 2.014, recurso de casación 2651/2012).

D) No haber recabado el informe sectorial de telecomunicaciones. (Plan General de Laredo). El Tribunal de Justicia de Cantabria en reciente sentencia de Diciembre de 2016, ha

anulado el PGOU de Laredo por incumplir el art. 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de Mayo, General de Telecomunicaciones, por no haber recabado el informe preceptivo preceptivo y vinculante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que tenía que haber sido previo a la aprobación planeamiento urbanístico.

Establece que la consecuencia de la infracción es “la nulidad de pleno derecho en su totalidad” como consecuencia de su carácter de disposición general y de acuerdo con el art. 62 LRJPAC (actual art. 47.2 de la LPAC).

III. ALCANCE Y EFECTOS NULIDAD. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD

1. Efectos de la nulidad de los planes urbanísticos

1.1. Punto de partida: Naturaleza jurídica de Disposición General

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, prácticamente de manera unánime le atribuye a los Planes urbanísticos la naturaleza de Reglamento. Ello comporta que cualquier tipo de defecto jurídico en su tramitación o contenido, provoca la nulidad de pleno derecho de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.2 de la LRJPAC, para el que serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas. Tampoco cambia dicha situación con la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, puesto que mantiene la misma regulación en su artículo 47.2. Esta nulidad radical de pleno derecho comporta la imposibilidad de subsanación, convalidación o conservación de trámites y la imposibilidad de interposición de recurso de reposición de acuerdo con el art. 107.3 de la LRJPAC que se regula de la misma forma en el art. 112.3 de la Ley 39/2015.

Es indudable por tanto que con lo laborioso y complicado que es el procedimiento de tramitación de un PGOU, su nulidad arrastra unas consecuencias bastante traumáticas. Y la forma de remediarlo no suele ser fácil. Y aunque existen algunas voces que intentan apuntar hacia una atenuación de esa nulidad radical¹⁰ y hay tam-

¹⁰ Véase Santamaría Pastor, Juan Alfonso. “Muerte y transformación de la desviación de poder: Sobre las sentencias anulatorias de Planes Urbanísticos”. RAP nº195. 2.014. Y “Los Proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de Régimen Jurídico del Sector Público: Una primera Evaluación”. D.A. Nº 2 Enero-Diciembre 2015. Y Renau Faubell, Fernando. “La nulidad “radiactiva” de los planes urbanísticos por defectos en el procedimiento de aprobación”. Noticias Jurídicas 10-3-2016.

bién alguna legislación en derecho comparado que abre un camino para solucionar esta cuestión¹¹, lo cierto es que en el panorama jurídico español, el carácter de norma jurídica de los Planes Urbanísticos y las consecuencias que su invalidez comporta, se mantiene inalterable.

No obstante, conviene resaltar por su interés sobre lo anterior, la línea jurisprudencial recogida por la STS de 20 de Septiembre de 2012, RJ 2012/9755 (STS de 28 de Febrero de 2001; STS de 26 de Noviembre de 2008/RJ 2009/458), a propósito de la declaración de nulidad del Plan General de Parets del Vallés, por no haberse vuelto a sacar a nueva información pública, antes de la aprobación provisional, por haberse producido modificaciones sustanciales y en contestación a las alegaciones efectuadas sobre la necesidad de llevar a cabo una nueva tramitación del planeamiento desde el principio. El TS señaló que “no se puede permitir confundir lo que es la nulidad de planeamiento urbanístico por falta de haber agotado la tramitación preceptiva para equipararla a la nulidad de todos los trámites producidos en el procedimiento administrativo de su razón”. Deja claro que no era necesaria una nueva aprobación inicial del planeamiento general y que no debe producirse un acuerdo de convalidación, sino que estamos ante nuevas actuaciones, como son la información pública, la nueva aprobación provisional por el Ayuntamiento y la aprobación definitiva “que tienen valor por sí mismas”

1.2.-Efectos de la nulidad del Planeamiento.-A) *En el Planeamiento y Gestión.*- Las Sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectan por sí misma a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes que la anulación alcanzara efectos generales, salvo que como señala el art. 73 de la Ley 29/1998, el precepto suponga la exclusión o reducción de sanciones no ejecutadas completamente. De la misma manera, el art. 64.1 LRJPAC señala que la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.(La misma redacción tiene el art. 49.1 de la LPAC). En el mismo sentido, el art. 40.1 de la Ley 2383/1979 Orgánica del Tribunal Constitucional. Por tanto se produce la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando, como

¹¹ Véase el nuevo artículo L-600-9 del Código urbanístico francés. La ley francesa N° 2014-366, de 24 de marzo de 2014, ley para el acceso a la vivienda y un urbanismo renovado, introdujo en el Código Urbanístico francés el nuevo artículo L600-9. En la redacción vigente, establecida por la Ordenanza N° 2015-1174, de 23 de septiembre de 2015, posibilita al juez administrativo que conoce un recurso interpuesto contra un plan urbanístico, en el caso que el motivo alegado sea un vicio de procedimiento, puede subsanar ese defecto. Durante este plazo de subsanación el plan recurrido sigue en vigor. Subsanado por la Administración el defecto de procedimiento, el Tribunal resolverá el recurso.

señala Sanchez Goyanes¹², “la anulación o la derogación, en que los efectos son “ex nunc” y no “ex tunc”, si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable, una vez declarada nula la disposición general”.

La nulidad del Plan General de Ordenación Urbanística provoca la nulidad del Planeamiento secundario y de los actos de Ejecución y Gestión del propio PGOU. En efecto la STS de 28 de septiembre de 2012, recurso de casación 1009/2011 señala que “los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico”.

Igualmente como señala la STS de 25 de Septiembre de 2015, recurso 3.003/2013, es doctrina del TS (Ss 19 de Mayo y 6 de Junio de 1992, 11 de Noviembre de 1993 y 19 de Diciembre de 2003, entre otros), que “la anulación de los actos administrativos por los que se aprueba el planeamiento urbanístico del que trae causa la expropiación deja sin efecto ni valor alguno las declaraciones de utilidad pública y necesidad de ocupación desapareciendo la causa expropriandi y acarreado todo ello la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluido la determinación del justiprecio”.

B) *En las Licencias.*- Otra cuestión es lo referente a las licencias. En efecto como señala Escribano Testaut¹³ no ha sido exactamente la misma jurisprudencia, la recaída sobre los puros actos de aplicación del planeamiento, como son las licencias, que la recaída sobre el planeamiento.

En efecto como ya señalaba el TS en Sentencia de 25 de marzo de 1991 “la nulidad de un Plan de Ordenación no provoca siempre la de las licencias otorgadas a su amparo” sino que quedan “subsistiendo en principio las que sean firmes por aplicación de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo, dado el carácter normativo de los Planes y la condición de aplicación de ellos de las licencias urbanísticas”, aunque otra es la posición de las licencias no firmes, que quedan “solo ante el

¹² Sánchez Goyanes, Enrique. “Extinción jurídica de un plan y supervivencia de sus actos derivados: uniformidad en la diversidad jurisprudencial”. *Práctica Urbanística* N° 106, Sección Estudios, Julio 2011. Pag 16 Ed. La Ley.

¹³ Escribano Testaut, Pedro. “Las causas y los efectos directos y colaterales de la declaración de nulidad del PGOU de Ourense. *Práctica Urbanística* N° 121 Marzo-Abril 2013. Editorial La Ley.

resto de la normativa urbanística vigente, que podrá decidir si las mismas son nulas de pleno derecho, anulables o incluso válidas”.

¿Y qué ocurre por tanto con las licencias declaradas ilegales por nulidad del Planeamiento urbanístico? Como señala la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2015, recurso 313/2014: “Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por desconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquella sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución.” De acuerdo con el art. 5 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía cuando la ejecución de la Sentencia sea imposible legal o materialmente, se llevará a efecto su cumplimiento por equivalencia mediante la indemnización correspondiente. El apartado 2 del art. 53, señala que en ese caso quedarán los actos de uso del suelo y en particular las obras, instalaciones y construcciones y edificaciones, en situación de asimilación a la de fuera de ordenación.

En efecto, como hemos dicho anteriormente, si concurren causa de imposibilidad material o legal, el órgano obligado a su cumplimiento lo comunicará al Tribunal para que adopte las medidas para su mayor efectividad ejecutoria o en su caso la indemnización que proceda por la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno de acuerdo con el (art.105.2 ley 29/1998).

2. Propuestas para mitigar las consecuencias y efectos de la nulidad del Planeamiento Urbanístico y Ordenación del Territorio en Andalucía

2.1. Medidas en relación con el Planeamiento.- *A) Adaptación Parcial Planeamiento vigente a la LOUA de acuerdo con el Decreto 11/2008, de 22 de Enero*

La anulación de un PGOU, determinará, como regla general, la reviviscencia del anterior planeamiento vigente, al plan anulado, lo que provocará que se ponga nuevamente en vigor un PGOU que, en Andalucía, no estará como regla general adaptado a la LOUA y que al haber transcurrido cuatro años de la entrada en vigor de la LOUA, “no podrán aprobarse modificaciones del planeamiento general que afecten a las determinaciones propias de la ordenación estructural, a dotaciones o a equipamientos cuando dicho instrumento de planeamiento no haya sido adaptado a la presente Ley, al menos de forma parcial” (Disposición transitoria segunda 2. párr. 2º de la LOUA). Ésto entre otras cosas impedirá una reclasificación del suelo que dé lugar a operaciones urbanísticas no contempladas en el PGOU, no adaptado y en vigor. Por ello, la primera medida a adoptar en Andalucía para mitigar el extraordinario impacto que supone la nulidad de un PGOU en Andalucía, debiera ser la de acudir a la adaptación a la LOUA del PGOU que revive, tras la anulación de un Plan General de Ordenación Urbanística, al procedimiento de adaptación parcial

previsto en El Decreto 11/2008, cuya competencia de aprobación corresponde al Ayuntamiento. Este procedimiento es compatible con la revisión del mismo.

En el contenido y alcance de este documento destaca en primer lugar que, adecua las determinaciones del PGOU vigente a la LOUA, recogiendo, entre otras, las siguientes determinaciones:

- clasificación de la totalidad del suelo del municipio, delimitando las superficies adscritas a cada clase y categorías de suelo, pero no podrá:
- clasificar nuevos suelos urbanos, salvo los ajustes en la clasificación de suelo
- clasificar nuevos suelos como urbanizables.
- alterar la regulación del suelo no urbanizable, salvo que haya sobrevenido la calificación de especial protección.

Y lo que tiene más transcendencia, en segundo lugar, es que según lo que dice su Disposición adicional primera 2, una vez aprobada la adaptación parcial, los municipios podrán formular modificaciones que afecten a la ordenación estructural, a dotaciones o a equipamientos. Y que por tanto será posible que se puedan llevar a cabo modificaciones del planeamiento de carácter estructural a partir de la aprobación de la adaptación.

B) Subsiguientes modificaciones.- Una vez llevada a cabo la adaptación parcial del planeamiento anteriormente señalado, lo aconsejado es, que las operaciones de más interés para la ciudad y que cuenten con la garantía de su financiación podrán llevarse a cabo mediante modificaciones puntuales siempre que no excedan lo dispuesto en el art. 37.2 de la LOUA, que señala que se considera que una innovación trasciende del ámbito de la actuación, conllevando la revisión del planeamiento a los efectos de la sostenibilidad, cuando ésta determine por sí misma o en unión de las aprobadas definitivamente en los cuatro años anteriores a la fecha de su aprobación inicial, un incremento superior al veinticinco por ciento de la población del municipio o de la totalidad de la superficie de los suelos clasificados como urbanos, descontando de dicho computo los suelos urbanos no consolidados que se constituyan como vacíos relevantes.

C) Revisión parcial o general.- En este orden de actuaciones recomendadas para poner en marcha, lo más pronto posible, la actividad urbanística de la ciudad que sufre la anulación de un PGOU, en el caso de operaciones de mayor alcance sería el de acudir a revisiones parciales. Como señala el art. 37 de la LOUA “la revisión puede ser total o parcial según su ámbito o alcance. La revisión puede ser parcial cuando justificadamente se circunscriba a una parte, bien del territorio ordenado por el instrumento de planeamiento objeto de la misma, bien de sus determinaciones que forman un conjunto homogéneo, o de ambas a la vez. Y en última instancia para

una innovación integral estaría la revisión general. Ahora bien, habrá de tenerse en cuenta en la tramitación de la revisión parcial o general, los límites del planeamiento en cuanto al suelo de carácter reglado: Urbano y SNUEP, así como lo que hemos señalado en relación los informes sectoriales y los motivos de nulidad analizados, para no incurrir nuevamente en nulidad.

2.2. Medidas en relación con las licencias ilegales.- Como hemos dicho, las licencias ilegales otorgadas en base a un PGOU anulados que sean firmes, quedarán subsistentes. En resto de los casos habría que distinguir las siguientes situaciones:

A) Sin procedimiento judicial: Sólo administrativo.- Habría que diferenciar si existe o no una orden de demolición acordada. En el caso que no exista la orden de demolición acordada, y no hayan caducado las medidas de protección de la legalidad, es inexcusable el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad, salvo que exista imposibilidad legal o material de su ejecución. Si se hubiera producido la caducidad de las medidas de protección de la legalidad, sería posible, según proceda, la aplicación del régimen de fuera de ordenación o el de asimilada al de fuera de ordenación. (Art.3 1.B a) y b) del Decreto 2/2012, de 10 de Enero de Andalucía).

En segundo lugar, cuando exista una orden de demolición acordada por órgano administrativo pero no judicial, si no ha prescrito esta orden de demolición, debe ejecutarse inexcusamente¹⁴, salvo que existe una imposibilidad legal o material y así se acredite en un expediente individualizado, por el órgano administrativo competente, “sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, en los casos que haya recaído resolución judicial firme. Art.51.1 RDU).

La legislación urbanística no ha regulado la prescripción de esta orden de demolición y se aplicaba, mayoritariamente el plazo general de prescripción de 15 años del art.1964 CC a contar desde la firmeza (Sentencias Tribunal Supremo 11 julio 1985,5 de junio 1987,17 de febrero 2000. De manera minoritaria el Tribunal Superior de Justicia de Madrid señalaba aplicable el plazo quinquenal previsto para la demanda ejecutiva del art. 518 LEC. La STS 29, de diciembre 2.010, desestimó la anterior doctrina jurisprudencial del TSJM. Actualmente, la DT Quinta de la ley 42/2015 ha modificado el plazo de prescripción del Cc, reduciéndolo a 5 años. Y para el régimen transitorio se remite al art. 1939 Cc.

B) Con procedimiento judicial firme.- Deberá, como hemos señalado, cumplirse la ejecución de la sentencia en sus propios términos, salvo en los que así se determine, en el caso de imposibilidad legal o material, por el propio poder judicial. O bien haya

¹⁴ Véase Gutiérrez Colomina, Venancio. “La protección de la legalidad en el régimen urbanístico de Andalucía”. *Práctica Urbanística*. N°112. El Consultor.

prescrito el plazo de ejecución de la orden de demolición, referida en el apartado anterior.

Ha habido varios intentos en la legislación autonómica para alterar en alguna medida la competencia del poder judicial o las condiciones a que debe someterse la ejecución de sentencias que lleven aparejado el derribo de edificaciones ilegales. Así el art.65 bis.1 de la Ley cántabra 2/2001, añadido por la Ley 4/2013 de 20 de junio, estableció la posibilidad que el órgano municipal competente suspendiera provisionalmente las ordenes de demolición administrativas o judiciales, previa comprobación que resultaban conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación, La STC 254/2015 ha declarado nulo e inconstitucional el inciso “judicial”, dejando subsistente exclusivamente las administrativas. A su vez la Disposición adicional sexta de la Ley 8/2012 gallega reconoció, a los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado, el derecho a residir en el inmueble mientras no se determinase por la Administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización que pudiera corresponderles, al haber establecido que el acto administrativo o sentencia firme que determinara la anulación del título e implicara la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, llevaría consigo, como efecto legal necesario la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial. La STC 82/2014 de 28 de mayo declara nulo el inciso “o Sentencia” del apartado 2 de la DA sexta de la ley 8/2012, por lo que a partir de ésta, la DA sexta sólo regulará el procedimiento a seguir cuando la anulación del título, se produzca mediante acto administrativo firme y no por sentencia, puesto que aquel no afecta al ejercicio de la potestad jurisdiccional, ni a la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal (arts. 117.3 y 149.1.6 CE).

En el ámbito de la legislación estatal se han producido dos modificaciones que afectan decididamente a esta cuestión y que aumentan los problemas de ejecución de las sentencias urbanísticas sobre la demolición de edificaciones ilegales¹⁵. En primer lugar la del Código Penal, llevada a cabo, adicionando por el número ciento setenta y uno del artículo único de la L.O. 1/2015, un apartado 3 al art.319 que dice;

“3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso

¹⁵ Alonso Ibáñez, María Rosario “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones. Medidas Legales. Obra colectiva “Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor”. Iustel, Madrid 2014.

de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

En relación con esta innovación del Código Penal conviene destacar que la suspensión temporal de la demolición para la constitución de garantías para hacer frente a las indemnizaciones a terceros de buena fe, encomendada por el poder legislativo al judicial, tiene carácter facultativo y no imperativo. Y además, el Juez deberá hacerlo valorando las circunstancias y oída la Administración competente. Al no ser de aplicación automática, ni de carácter imperativo, en principio no parece censurable. Cuestión diferente es la llevada a cabo posteriormente, para adaptarse a esta modificación del Código Penal, por la Ley Orgánica del Poder Judicial, introduciendo el apartado 3 del art. 108 en la LJCA, que señala lo siguiente:

“3. El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

En este caso, el carácter imperativo para el juez de la exigencia de garantías suficiente para hacer frente al pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, plantea una cierta incertidumbre de constitucionalidad del precepto y su contenido deja irresueltas, entre otras cuestiones, la cuantía de las garantías, el plazo de suspensión y el sujeto a quien le corresponde hacer frente a las garantías y cuya determinación, obviamente, complicará y alargará el procedimiento de ejecución.

La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas¹

Irene Araguàs Galcerà

Universidad de Barcelona

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto el estudio de las novedades que, en los últimos años, se han producido en la regulación de la participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones generales y, en particular, los cambios que derivan de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Además de analizar las fórmulas o trámites de participación que, actualmente, prevé nuestro ordenamiento jurídico, se llevan a cabo algunas propuestas para lograr mayores niveles de participación, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo.

PALABRAS CLAVE: Participación, disposiciones generales, calidad normativa.

ABSTRACT: The object of this work is to analyze the legal development on citizen participation in rulemaking processes. Work focuses on the provisions of the Spanish Administrative Procedure Act adopted in 2015. After analyzing formulas of citizen participation under the current legal framework, we also propose improvements to achieve higher levels of participation.

KEY WORDS: Participation, rulemaking, better regulation.

¹ Este trabajo tiene su origen en la participación en la jornada internacional “Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción”, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 19 de octubre de 2016.

I. PLANTEAMIENTO: LA INTERVENCIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES COMO UNA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA. II. INNOVACIONES EN EL MARCO NORMATIVO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES. III. FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN LA ACTUALIDAD. 1. La iniciativa normativa. Especial referencia a la iniciativa popular respecto a los reglamentos autonómicos. 2. La consulta previa. 3. Los trámites de audiencia e información pública. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LUCES Y SOMBRAS DE LA REGULACIÓN ACTUAL Y DESAFÍOS DE LA PARTICIPACIÓN EN UN FUTURO INMEDIATO. V. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO: LA INTERVENCIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES COMO UNA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA

La intervención de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales resulta esencial para lograr una buena norma.

La anterior aseveración se basa, en primer lugar, en el incontestable hecho de que los ciudadanos son quienes conocen de primera mano los problemas o cuestiones que van a ser objeto de regulación, lo que exige una correcta comunicación entre éstos y los poderes públicos², para así lograr el acierto de la norma y su adecuación a la realidad en la que debe aplicarse (STS de 13 de octubre de 2011, Ar. 7254, Ponente: Santiago Martínez-Vares García). Esta circunstancia adquiere, además, especial relevancia en la elaboración de disposiciones normativas aprobadas a nivel estatal o autonómico y también por parte de otros entes públicos con potestades normativas que carecen del nivel de proximidad que, normalmente, ostentan las entidades locales.

En segundo lugar, debemos señalar que, en la denominada “sociedad de la información”, los poderes reguladores no pueden obviar que el conocimiento se encuentra disperso, por lo que es necesario que éstos se esfuercen en recabar aquellos datos e informaciones que se encuentran en distintas manos, para así poder elaborar,

² En este sentido, MONTORO CHINER señala que: “Si la norma pretende llegar al ciudadano y dirigir su conducta a las finalidades por ella deseadas, la norma debe irradiar poder de comunicación entre la autoridad normativa y el destinatario”. MONTORO CHINER, María Jesús (2001), *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, pág. 38.

de la manera más informada posible, cada concreta disposición normativa, lo que ha llevado a hablar de la función tecnocrática de la participación³.

Finalmente, ya desde la perspectiva de la aplicación de las normas y su cumplimiento, la participación de los potenciales destinatarios en su elaboración ayuda a su mejor comprensión y, por ende, también contribuye a su cumplimiento voluntario y a una menor impugnación⁴.

En este contexto, la participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones generales no sólo es un principio de actuación (art. 9 CE) y un derecho [así reconocido expresamente respecto a las disposiciones generales administrativas en el art. 105.a) de la Constitución]; sino que también se configura como una importante herramienta a disposición de los poderes públicos para ejercer mejor sus potestades normativas.

Pese a lo anterior, hay que indicar que, en nuestro país, la participación y, más en concreto, la falta de ella, ha sido uno de los mayores problemas suscitados en torno a la producción normativa⁵. Y es que, aun asumiendo que la participación es una institución “en crisis” respecto al conjunto de la actividad administrativa⁶, la falta de involucración de los ciudadanos en la elaboración de normas que les afectan resulta especialmente preocupante, pues los déficits que se producen en este ámbito

³ FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck y PÉREZ ALBERDI, María Reyes (2005), “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: El artículo 105 a) de la Constitución”, en *Gobierno y Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (Coord. P.L. MURILLO DE LA CUEVA), Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 504.

⁴ Esta cuestión es sumamente relevante si tenemos en cuenta el elevado número de recursos que se suscitan en torno a las disposiciones generales administrativas. Así, de acuerdo con estadísticas internas del Tribunal Supremo, durante el año 2013, ingresaron 116 recursos contencioso-administrativos contra disposiciones generales; que, en el año 2014, ascendieron hasta los 538. *Estadísticas internas del Tribunal Supremo 2013- 2014* (no publicadas).

⁵ En este sentido, el Profesor Alejandro NIETO señalaba como primera quiebra del proceso de producción jurídica la posibilidad de expresar la voluntad popular en las Cortes, como consecuencia de los filtros y limitaciones propios de una sociedad pluralista. NIETO, Alejandro (1975), “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *RAP* núm. 76. Pág. 13.

⁶ Hay que señalar que esta problemática no se reduce a la elaboración de normas; sino que alcanza, con carácter general, la actividad de la Administración en su conjunto. En este sentido, BARRERO RODRÍGUEZ señala cómo: “la participación ciudadana tan profusamente proclamada y ensalzada como pieza capital de un Estado auténticamente democrático, sigue mostrando evidentes carencias en su implantación como verdadero principio rector de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas”. BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción (2011), “De nuevo sobre la “crisis de la participación administrativa”, *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (Coord. F. LÓPEZ MENDUO), Ed. Iustel, Madrid, pág. 446. Sobre esta cuestión, vid. también: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; MUÑOZ MACHADO, Santiago (1987), “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, *RAP* núm. 84.

son de carácter cuantitativo pero también cualitativo; situación que contrasta con la existente en otros países como, por ejemplo, Estados Unidos, donde la participación ciudadana es uno de los pilares esenciales del ejercicio de las potestades de *rulemaking* por parte de las agencias administrativas⁷.

Así, aunque excede del objeto de este trabajo llevar a cabo un estudio exhaustivo de los problemas actuales que suscita la participación en la elaboración de disposiciones generales y las causas que han conducido a los mismos, no quisiéramos dejar señalar que, a nuestro juicio, se trata de una problemática compleja, en la que inciden diversos factores, siendo procedente destacar lo siguiente:

- En primer término, en la regulación de la participación en la elaboración de normas llevada a cabo por nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco, parecía subyacente la idea de que la intervención ciudadana en la producción normativa no era una oportunidad para mejorar las normas; sino más bien un estorbo para el correcto y eficiente ejercicio de las potestades normativas por parte de los poderes públicos.

En este sentido, sin perjuicio de alguna honrosa excepción, especialmente en materia urbanística⁸ y de medioambiente⁹, la participación no sólo no

⁷ LAVILLA RUBIRA, Juan José (1991) *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Ed. Civitas, Madrid; KERWIN, Cornelius M., FURLONG, Scott R. (2011) *Rulemaking. How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Fourth Edition, CQ Press, Washington D.C., pp. 72-75; DIVER, Colin S. (1981) "Policymaking Paradigms in Administrative Law", *Harvard Law Review* núm. 95; DELONG, James (1979), "Informal Rulemaking and the Integration of Law and Policy", *Virginia Law Review* núm. 65; ELLIOTT, Donald E. (1992) "Reinventing Rulemaking", *Duke Law Journal* núm. 41.

⁸ El urbanismo ha sido uno de los ámbitos de nuestro ordenamiento en el que se ha llevado a cabo una mayor reivindicación de la participación como manifestación del principio de urbanismo democrático. Resulta ilustrativo al respecto el hecho de que el Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLRHL), reconozca el derecho a participar "efectivamente" en diversos procedimientos vinculados a la actuación administrativa en materia urbanística, como son: la elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental. Este precepto, prevé diversos cauces para lograr esa participación efectiva, entre las que se encuentran, no sólo la presentación de alegaciones y observaciones; sino también las propuestas, reclamaciones y quejas, recalcando el derecho a obtener de la Administración una respuesta motivada. Sobre esta cuestión: TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (2016), *Derecho Urbanístico de Catalunya*, Ed. Atelier, Barcelona. Pp. 79 y ss.

⁹ En este sentido, la Ley 27/2006, de 18 de julio, de medioambiente, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en cumplimiento de los mandatos impuestos por el ordenamiento Comunitario y, en particular, por las Directivas que transpone (Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), incorporó importantes medidas para lograr una participación real y efectiva en "asuntos de carácter medioambiental", consagrando así la participación del público en la elaboración de determinados planes, programas y disposiciones de carácter general relacionados con el medio ambiente (arts. 16 a 18) y creó, asimismo, como órgano de participación

se fomentaba; sino que, además, la intervención de los ciudadanos en la producción normativa se articulaba a través de trámites que se auguraban complejos y rígidos para todos aquéllos ajenos a la actuación administrativa. Un claro ejemplo de ello lo hallamos en la regulación de la participación en la elaboración de reglamentos estatales contenida en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG) antes de su modificación por la Disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)¹⁰. El referido art. 24 LG circunscribía la intervención de los ciudadanos en la elaboración de reglamentos estatales a los trámites de audiencia e información pública, ignorando de esta manera las posibilidades brindadas por nuestra Carta Magna (GARCÍA DE ENTERRÍA – T.R. FERNÁNDEZ)¹¹; siendo los principales problemas suscitados por esta regulación: la excesiva formalidad de ambos trámites participativos frente a otros medios más flexibles de participación; los breves plazos para realizar aportaciones; la insuficiente documentación puesta a disposición de los ciudadanos para fundamentar los comentarios al

específico, el Consejo Asesor de Medioambiente. Analizando estas previsiones: LOZANO CUTANDA, Blanca (2007), “Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 37; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2007), *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente, Comentario Sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Aranzadi, Pamplona.

¹⁰ La aprobación de la LRJSP se ha aprovechado para introducir numerosas modificaciones en la LG (en particular, en doce de los veintiséis artículos que conforman esta norma); alteraciones que no sólo afectan a la regulación del ejercicio de la potestad legislativa y reglamentaria por parte del Gobierno, sino que también se inciden en el régimen de la organización y funcionamiento del Gobierno y de sus órganos de apoyo y colaboración. Esta cuestión fue criticada por el Consejo de Estado en su Dictamen 274/2015, que señala como: “(...) esta decisión resulta objetable en términos de buena técnica normativa y, en particular, contraviene los criterios fijados por las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005”, todo ello teniendo en cuenta que los preceptos que modifican el derecho vigente deben tener carácter excepcional y que las disposiciones modificativas empleadas, asimismo, de manera restrictiva. GALÁN VIOQUE, Roberto (2016), “Modificaciones introducidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (Disposición final tercera)”, en AAVV (Dir. H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El Consultor de los ayuntamientos Wolters Kluwer, Madrid. Pp. 476 y 477.

¹¹ Estos autores afirman que, tras la LPA de 1958, el mayor esfuerzo de la nueva regulación debía centrarse en la audiencia de los ciudadanos impuesta por el art. 105.a) CE; señalando, no obstante que: “Recoge aquí la LGO una jurisprudencia que no ha querido sustantivar la exigencia solemne del artículo 105 de la Constitución, por diferencia con lo dispuesto por otros Derechos, como el norteamericano (...)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2008), *Curso de Derecho Administrativo I, Curso de Derecho Administrativo I*, Decimocuarta Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, pág. 199.

texto; o la escasa utilización del trámite de información pública, de carácter facultativo¹².

- En segundo lugar, desde la perspectiva de los poderes públicos, no ha coadyuvado a la participación la aplicación e interpretación que éstos han realizado respecto a las previsiones legales en esta materia; siendo muestra de ello, respecto a las disposiciones generales administrativas, la alusión con demasiada frecuencia al presunto carácter organizativo o interno de las normas para excluir la participación¹³.

Adicionalmente, la Administración ha mostrado, por lo general, una actitud poco receptiva respecto a las aportaciones realizadas por los ciudadanos con motivo de los trámites participativos¹⁴, siendo casi anecdóticos los supuestos de incorporación de las alegaciones al texto finalmente aprobado¹⁵.

- Por último, desde el punto de vista de los ciudadanos, se observa un déficit importante de cultura participativa. Así, cuando la participación es posible,

¹² SANTAMARÍA PASTOR señala como esta regulación generaba: “un marco habitual de desconfianza recíproca”, que conlleva que, con frecuencia, se estén preparando “las armas para un posterior recurso contencioso que se prevé como inevitable -y que luego suele plantearse”. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004), “Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, Julio/Diciembre 2004, pág. 84.

¹³ Así, en el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Catalunya 110/13, de 14 de marzo, este órgano consultivo se pronunció sobre el Proyecto de decreto posteriormente aprobado como Decreto 148/2013, de 2 de abril, de los Premios Nacionales de Cultura de la Generalitat de Catalunya. Aunque en el preámbulo de la norma se hace referencia a estos premios como un símbolo y un reconocimiento público, así como a la valía y trascendencia de la cultura en la sociedad catalana, durante la elaboración de la norma no se realizaron los trámites de audiencia ni tampoco de información pública, siendo la justificación que la norma proyectada no afectaba derechos o intereses legítimos de los ciudadanos y que no había entidades afectadas por la regulación proyectada. La Comisión Jurídica Asesora señaló, acertadamente a nuestro juicio, que la norma traspasaba el ámbito puramente organizativo; aunque la falta de audiencia e información pública no se consideró un defecto procedimental de carácter esencial. Por su parte, el Consejo de Estado se refirió en su Memoria de 2011 a “audiencias incompletas”, reiterando muchas de las manifestaciones ya realizadas sobre esta cuestión en las Memorias de 1992, 1993, 1999, 2002 y 2008. Memoria del Consejo de Estado de 2011, pp. 239 y siguientes.

¹⁴ El Informe de la OCDE de 2011, *Mejora de la regulación en Europa*. España señala en este punto que: “Las partes interesadas también comunicaron una cierta reticencia de la Administración Pública para acometer un genuino diálogo, y declararon que el texto de las propuestas se modifica muy pocas veces tras la consulta”, matizando respecto a lo anterior que “dicha valoración varía según el caso y los Ministerios” (pág. 106).

¹⁵ Un ejemplo de ello lo encontramos en la Orden AAM/79/2013, de 6 de mayo, sobre el régimen de obtención de la cualificación de orientación energética de los terrenos forestales y agrícolas en el ámbito de Cataluña y la garantía de trazabilidad. Tal como puso de manifiesto la *Comissió Jurídica Assessora* en el Dictamen sobre esta norma (Dictamen 148/13, de 18 de abril), durante los trámites de audiencia e información pública, diversas personas y entidades cuestionaron los motivos que justificaban que la Administración aprobara esta disposición, y solicitaron que se modificara alguno de sus preceptos o, incluso, que se retirara el proyecto de disposición, por entender que la combustión de la biomasa generaría

son pocos los ciudadanos que intervienen¹⁶; y aquéllos que lo hacen realizan aportaciones que, habitualmente, no tienen el rigor necesario para que puedan incorporarse a la norma, ya sea como consecuencia del desconocimiento del propio funcionamiento del procedimiento de producción normativa o bien respecto a la materia que es objeto de regulación.

Respecto a esta última cuestión, hay que tener en cuenta el papel que juegan en la elaboración de normas los grupos de interés o *lobbies*, pues se considera que el decreciente nivel de interés o involucramiento de los ciudadanos en las políticas públicas coincide con el aumento de la actividad de diferentes grupos de presión¹⁷, esto es, sujetos de carácter privado y que, aunque ajenos al poder legislativo y ejecutivo, intentan influenciar su actuación de manera profesional o regular¹⁸. Y es que, en nuestro país, al margen de la actividad desarrollada por grupos de interés o *lobbies* que ya se encuentra “semi-institucionalizada”¹⁹, la actividad de estos sujetos se lleva a cabo, prácticamente en su totalidad, al margen de cualquier regulación. En el ámbito concreto de la elaboración de normas, respecto al cual la actividad de *lobbying* se lleva

contaminantes perjudiciales y que la norma serviría de estímulo a la deforestación. Dichas observaciones fueron motivadamente desestimadas, sin que ninguna de ellas fuera incorporada a la norma finalmente aprobada.

¹⁶ En este sentido, en la elaboración de normas con un gran número de potenciales destinatarios es frecuente que, aun abriéndose el trámite de información pública, no se reciban alegaciones, tal como sucedió en la tramitación del Decreto 121/2013, de 26 de febrero, por el que se regulan las hojas de queja, reclamación y denuncia en las relaciones de consumo, que sujeta a todos los profesionales colegiados a disponer de hojas de queja reclamación y denuncia, así como al régimen disciplinario que la legislación de consumo prevé en este ámbito (Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 131/13, de 4 de abril).

¹⁷ Así lo advirtió la Comisión de Venecia en el informe de 2013: *Report on the role of extra-institutional actors in the democratic system (lobbying)*, CDL-AD(2013)011, disponible en: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2013\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)011-e)

¹⁸ En este sentido, el “Libro Verde sobre la Transparencia Europea” [COM (2006) 194 final, de 3 de mayo de 2006], acuña una definición del concepto de *lobbying*, definiéndolo como: “una parte legítima del sistema democrático, independientemente de que esta actividad sea llevada a cabo por ciudadanos individuales, empresas, organizaciones de la sociedad civil así como por otros grupos de intereses o, incluso, firmas que trabajan en nombre de terceras personas, como responsables de relaciones institucionales, think-thanks u abogados”.

¹⁹ En efecto, son numerosas las normas que regulan la participación formal de los grupos de interés organizados en diferentes áreas políticas y generan redes de interacción específicas en los diferentes sectores, con ciertos órganos de participación institucional muy diversos como, por ejemplo, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Consumidores y Usuarios, el Consejo de Medio Ambiente o el Consejo de la Mujer, entre muchos otros. REVUELTA, Ana, VILLORIA, Manuel (2016), “La regulación de los grupos de interés como instrumento de prevención de la corrupción”, en: *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (Dir. M. VILLORIA MENDIETA, J.M. GIMENO FELIU, J. TEJEDOR BIELSA), Ed. Atelier, Barcelona, pp. 417 y 418. Sobre esta cuestión, *vid.* también el Informe elaborado en 2014 por Transparency International España: *Una evaluación del lobby en España: Análisis y Propuestas*.

a cabo con especial intensidad²⁰, este vacío determina, por un lado, una opacidad en la toma de decisiones o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de hacer el seguimiento de la denominada “huella normativa”; y, por otro lado, una falta de consideración igualitaria de todos los intereses a tener en cuenta²¹, pues los comentarios presentados por estos sujetos (que cuentan con importantes medios personales y económicos)²², son sumamente perfeccionados desde el punto de vista técnico y jurídico, lo que lleva, irremediablemente, a la captura o secuestro de la voluntad regulatoria por parte de estos actores, en detrimento de la satisfacción de los intereses generales.

Con este telón de fondo, en los últimos años y en el contexto de una renovada atención por la mejora de la técnica normativa en términos generales²³, nuestro ordenamiento ha mostrado una especial preocupación por reforzar la intervención de

²⁰ El Informe de la OCDE *Mejora de la regulación en Europa. España* (2011) señala como es habitual que las leyes creen consejos consultivos cuya misión es revisar los futuros reglamentos derivados de la misma. Asimismo, este informe señala como en la elaboración de normas, “la implicación de otros grupos de interés organizados, como ONG relacionadas con el medio ambiente, no deja de crecer” (pág. 107).

²¹ En este sentido se pronuncia el Informe elaborado en 2014 por Transparency International España: *Una evaluación del lobby en España: Análisis y Propuestas*, al analizar el Anteproyecto de ley del sector eléctrico (posteriormente aprobado como Ley 24/2013, de 26 de diciembre); y el Proyecto de reglamento referido al autoconsumo (aprobado como Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre).

²² A modo de ejemplo, en Estados Unidos, de acuerdo con los datos suministrados por parte de la Oficina del Senado respecto al ejercicio 2014, había 11.760 lobbies registrados; siendo la cantidad de dinero invertida en realizar actividades de *lobbying* superior a los tres mil millones de dólares.

En el caso de la Unión Europea, el Registro de organizaciones y personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea tiene en la actualidad más de 9.000 personas y entidades inscritas.

²³ Así lo indica FONT, que se refiere a la existencia de una tendencia hacia una “nueva cultura de la calidad normativa”, plasmada en el creciente interés doctrinal, normativo y jurisprudencial en relación a esta cuestión, que determina que todo el procedimiento de elaboración de normas se analice bajo nuevas ópticas, no sólo en lo referente a los elementos formales, sino también en cuanto a los mecanismos de adecuación del ejercicio de la potestad normativa como potestad discrecional. FONT I LLOVET, Tomàs (2009), “Los órganos consultivos y la calidad normativa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, pág. 135.

Como muestra del creciente interés doctrinal en esta cuestión y sin ánimo de exhaustividad, podemos hacer referencia a los siguientes trabajos: BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2010), *Mejorar la regulación. Una guía de las razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid; MIR PUIGPELAT, Oriol (2012), “Procedimiento de elaboración de reglamentos y better regulation”, en *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña* (Coord. J. TORNOS MAS), Ed. Iustel, Madrid; MUÑOZ MACHADO, Santiago (1986), *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Ed. Civitas, Madrid; NOGUERA DE LA MUELA, Belén (2015), “La buena legislación en los contratos del sector público: una necesidad inaplazable”, *Die gute Rechtsetzung. Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung*, University Speyer, 2015; RAZQUIN LIZARRAGA, Juan Antonio (2007), “Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos” en *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro* (Coord. J.F. ALENZA GARCÍA y J.A. RAZQUIN LIZARRAGA), Ed. Aranzadi, Navarra; SAINZ MORENO, Fernando (1995), “Problemas actuales de la técnica normativa” en *Anuario Jurídico de La Rioja*.

los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de normas, tanto legales como reglamentarias, y hallar soluciones a los problemas suscitados en este ámbito.

Atendiendo a lo anterior, este trabajo tiene por objeto analizar las principales novedades en la regulación de la participación en la elaboración de disposiciones generales a través de distintas leyes, destacando las previsiones básicas de la LPACAP referidas a esta cuestión. Como consecuencia de estas normas, la participación se ha flexibilizado desde el punto de vista subjetivo, objetivo y formal. En este sentido, cauces de participación preexistentes como la audiencia y la información pública se han extendido a la elaboración de normas legales y, además, se han visto reforzados, a la vez que también se han incorporado nuevos trámites participativos como la consulta previa. Respecto a la iniciativa normativa, aunque no hay modificaciones respecto a la iniciativa relativa a normas con rango de ley y reglamentos de competencia municipal, algunas leyes autonómicas han regulado recientemente los requisitos y el procedimiento para que los ciudadanos propongan la adopción de reglamentos de carácter autonómico; cuestión que, para los reglamentos estatales, sigue careciendo, no obstante, de cualquier regulación.

Pese a los avances señalados, estamos en un ámbito en el que aun restan muchas cuestiones susceptibles de mejora. Es por ello que, en el último apartado de este trabajo, se esbozan las líneas que, a nuestro juicio, deberían marcar las futuras reformas en materia de participación, entre las que incluimos: la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación en el desarrollo de los trámites participativos; el establecimiento de plazos apropiados para participar; el diseño de medidas que incrementen la cantidad y la calidad de las aportaciones de los ciudadanos; la adecuada valoración por parte de los poderes públicos de las alegaciones recibidas; y la regulación de la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales.

II. INNOVACIONES EN EL MARCO NORMATIVO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

La participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones normativas es una cuestión que, tradicionalmente, ha sido objeto en nuestro ordenamiento de una regulación escasa y escueta que no ha dado satisfacción al principio constitucional recogido en el art. 9 de nuestra Carta Magna y, aun menos, al mandato expreso que efectúa el art. 105.a) CE respecto a las disposiciones generales administrativas²⁴;

²⁴ En este sentido, la doctrina ha afirmado que la regulación de la participación en la elaboración de disposiciones generales por parte de las leyes estatales y autonómicas no ha correspondido la “exigencia

circunstancias que, sin lugar a dudas, han incidido en la problemática que padecemos actualmente.

Sin embargo, en los últimos años esta situación se ha intentado revertir a través de diversas reformas legislativas. Así, uno de los primeros pasos en esa dirección se produjo con la aprobación de la Ley 2/2011, de 11 de marzo, de Economía Sostenible (LES). El Capítulo I del Título I de esta Ley, hoy derogado por la LPACAP (Disposición derogatoria única apartado 2 letra c), estaba dedicado a la mejora de la calidad de la regulación y, en particular, el art. 5.2 LES instaba a las Administraciones Públicas a prestar la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de proyectos normativos, fomentando la participación en las iniciativas normativas con el objetivo de mejorar la calidad de la norma²⁵.

Por su parte, la legislación de transparencia también ha incidido en esta cuestión. Así, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG) obliga a que se difundan, por los medios propios de la publicidad activa, los Anteproyectos de Ley y proyectos de Decretos Legislativos, los proyectos de reglamentos y también las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos [art. 7.b), c) y d) LTBG]²⁶; previsiones que contribuyen, sin lugar a dudas, a conseguir una participación más informada²⁷. La mayoría de leyes autonómicas de transparencia han ido más allá de la legislación estatal y, además de la publicidad activa de las informaciones señaladas, incorporan otras medidas tendentes a incrementar o mejorar la participación en la elaboración de disposiciones generales, pudiendo destacar: la regulación

solemne” contenida el art. 105.a) CE. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2008), *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimocuarta Edición, Aranzadi, Navarra, Pág. 199.

SANTAMARÍA PASTOR va más allá y habla de un tratamiento “vergonzante” de la participación ciudadana en la legislación del gobierno. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004) “Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas” *Revista Española de la Función Consultiva*, Julio/Diciembre 2004, Pág. 83.

²⁵ Sobre el impacto de esta norma en relación a la elaboración de normas: REVUELTA PÉREZ, Inmaculada (2014), “Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria”, *RAP* núm. 193; BELLO PAREDES, Santiago A. (2011), “Los organismos reguladores”, en *Comentarios a la ley de economía sostenible* (Dir. S.A. BELLO PAREDES), La Ley, Madrid.

²⁶ Se trata de informaciones que se enmarcan en la categoría amplia de “información de relevancia jurídica” que debe ser objeto de publicidad activa. Respecto a esta cuestión: FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María (2014), *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Ed. Aranzadi, Navarra. Pp. 119-125.

²⁷ Hay que indicar, no obstante que, en relación a la elaboración de reglamentos, el art. 7.c) LTBG concreta que la divulgación de la información señalada no conlleva, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública.

de la iniciativa normativa respecto a las disposiciones generales administrativas²⁸; la inclusión de la valoración de los trámites de información pública y participación ciudadana entre las informaciones que deben ser objeto de publicidad activa²⁹; la incorporación de períodos más largos para presentar alegaciones³⁰; la utilización de los medios electrónicos y telemáticos en el desarrollo de los trámites participativos³¹; la creación de consejos de participación ciudadana³²; o el reconocimiento expreso de la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales³³. La normativa catalana de transparencia, incluso, prevé expresamente la posibilidad de presentar propuestas o sugerencias desde el inicio del procedimiento de elaboración de la norma, en un trámite distinto de la audiencia y la información pública (art. 69 Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) que, como veremos, guarda muchas similitudes con la consulta previa que recoge el art. 133 LPACAP.

Asimismo, la preocupación por reforzar la participación también ha quedado reflejada en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM). En particular, el Capítulo III de esta Ley (Garantía de la cooperación entre Administraciones Públicas) prevé una batería de medidas dirigidas a garantizar la cooperación entre Administraciones Públicas y entre éstas y los operadores económicos a la hora de elaborar proyectos normativos. En este sentido, el art. 12 LGUM prevé la creación de conferencias sectoriales que analicen y propongan modificaciones normativas relacionadas con las finalidades de la Ley, estableciendo que, en los trabajos de dichas conferencias, pueden contribuir los operadores económicos, a través de consultas a sus entidades representativas.

Finalmente, con la aprobación de la LPACAP, que dedica su Título VI a la iniciativa legislativa y a la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones³⁴, se ha

²⁸ Art. 33.1.a) Ley de la Región de Murcia 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana; art. 41.1 y 2 Ley de Extremadura 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; art. 70.2 Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; art. 45.1 y 2 Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra.

²⁹ Art. 10.d) de la Ley catalana 19/2014.

³⁰ Así, un mes como mínimo, de acuerdo con el art. 35.1.c) Ley Foral 11/2012.

³¹ Disposición adicional segunda Ley de Extremadura 4/2013.

³² Disposición final segunda Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; y art. 49 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

³³ Art. 47.2 Ley catalana 19/2014.

³⁴ Analizando esta regulación, podemos referirnos a los siguientes trabajos: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016), "Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas", *REDA* núm. 175, Enero-Marzo 2016; FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel (2016), "De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejora regulatoria" en *Instituciones de procedimiento administrativo. Novedades de la Ley 39/2015*

producido la consolidación de la tendencia hacia el refuerzo de la participación, pues el establecimiento de “unas garantías mínimas de participación” es, precisamente, uno de los motivos que ha justificado la aprobación de este Título³⁵. En concreto, el art. 133 LPACAP (Participación de los ciudadanos en la elaboración de normas con rango de ley y reglamentos) regula los términos en los que se deben desarrollar la audiencia y la información pública, incorporando algunas novedades relevantes en este ámbito; y establece también un nuevo trámite participativo: la consulta previa. Estas previsiones, que se aplican, no sólo a las disposiciones generales administrativas, sino también a las normas con rango de Ley, tienen carácter básico, por lo que, a nivel estatal, ya se ha modificado el Título V de la LG (Disposición final tercera LRJSP) y se prevé que, a nivel autonómico, esta adaptación se produzca en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (Disposición final quinta LPACAP)³⁶.

En virtud de todas las normas anteriores y, en especial, como consecuencia de la aprobación de la LPACAP, la participación en la elaboración de disposiciones generales ha adquirido, en los últimos tiempos, unos nuevos tintes que se manifiestan en los concretos cauces a través de los cuales los ciudadanos pueden intervenir en la producción de una norma. Las nuevas reglas existentes en este ámbito se analizan en las siguientes páginas.

(Dírs. R. RIVERO ORTEGA, M^a D. CALVO SÁNCHEZ, M. FERNANDO PABLO, M.), Juruá Editorial, Curitiba-Paraná; ORDUÑA PRADA, Enrique (2016), “Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa* núm. 2; GALÁN VIOQUE, Roberto (2016); MORA RUIZ, Manuela (2016), “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (Dir. H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO), El Consultor de los ayuntamientos Wolters Kluwer, Madrid.

³⁵ De conformidad con la MAIN del Anteproyecto de Ley de Procedimiento de las Administraciones Públicas (pág. 2), se parte de la premisa que: “*aunque hasta ahora existían desarrollos legales de estos principios y derechos constitucionales que corresponden a todos los ciudadanos respecto de la actividad administrativa, éstos se venían refiriendo esencialmente al ejercicio de la potestad administrativa de autotutela sin que se contara con una legislación básica que desarrollara adecuadamente estas garantías mínimas de participación en el ejercicio de la potestad reglamentaria e iniciativa legislativa*”.

³⁶ Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el Gobierno de Cataluña y el Gobierno de Canarias han interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad contra el Título VI LPACAP, admitidos a trámite por providencias del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2016.

III. FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN LA ACTUALIDAD

Tal como acabamos de señalar, en los últimos años se han producido importantes innovaciones en la regulación de las vías o cauces de participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales.

De acuerdo con el marco normativo actual, la intervención de los ciudadanos en el ejercicio de las potestades normativas no se circunscribe a un único trámite participativo. Por el contrario, existe una pluralidad de fórmulas para articular la participación, las cuales tienen un ámbito subjetivo diferenciado, se desarrollan en distintos momentos procedimentales y permiten obtener distintos tipos de aportaciones.

1. La iniciativa normativa. Especial referencia a la iniciativa popular respecto a los reglamentos autonómicos

La iniciativa normativa supone el reconocimiento de la intervención de los ciudadanos en el mismo origen o nacimiento de una norma, al permitir que éstos propongan (no de manera individual pero sí colectivamente) la adopción de una disposición general a los poderes públicos competentes para ello, normalmente con el objetivo de llegar a cubrir un vacío o laguna del ordenamiento jurídico³⁷.

Esta es una cuestión que nuestra Constitución reconoce expresamente en relación a las disposiciones generales con rango de Ley (art. 87.3 CE); precepto que se encuentra desarrollado a nivel estatal en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular; y que también ha sido objeto de regulación a nivel autonómico, después de reconocerse en los respectivos Estatutos de Autonomía³⁸.

Por su parte, en el ámbito local, ya hace años que también se reconoció la posibilidad de que aquellos vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las

³⁷ En este sentido, la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, establece en su Preámbulo que: “la iniciativa legislativa popular permite, de un lado, instrumentar la directa participación del titular de la soberanía en la tarea de elaboración de las normas que rigen la vida de los ciudadanos, y posibilita, de otra parte, la apertura de vías para proponer al poder legislativo la aprobación de normas cuya necesidad es ampliamente sentida por el electorado, pero que, no obstante, no encuentren eco en las formaciones políticas con representación parlamentaria”.

³⁸ En este sentido, podemos referirnos a las siguientes normas: Ley núm. 1/2006, de 16 de febrero, de Iniciativa Legislativa Popular en Catalunya; Ley del País Vasco 10/2016, de 30 de junio, de Iniciativa Legislativa Popular; Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de Iniciativa legislativa Popular de la Comunidad Valenciana; Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Popular de Andalucía; Ley 4/2001, de 4 de julio, de Iniciativa Legislativa Popular de Castilla y León; Ley 7/1984, de 4 de julio, de Iniciativa Legislativa Popular de Aragón; Ley 2/1985, de 8 de mayo, de Iniciativa Legislativa Popular de Castilla – La Mancha; la Ley

elecciones municipales puedan presentar propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal (art. 70 bis Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, incorporado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno)³⁹.

En este contexto, los reglamentos estatales y autonómicos son el único resquicio de la producción normativa que se ha resistido a la implantación con carácter general de la iniciativa popular, lo cual constituye, ciertamente “anomalía”⁴⁰ que suscita en la actualidad importantes problemas⁴¹.

Estamos ante una cuestión que no ha sido abordada en la LPACAP, a pesar de que esta norma tenía el sustrato idóneo para regular este cauce participativo, al

4/1984, de 5 de junio, de Iniciativa Legislativa Popular de Asturias; Ley 6/1985, de 5 de julio, de Iniciativa Legislativa Popular de Cantabria; Ley 4/1991, de 13 de marzo, que regula la iniciativa legislativa popular de Illes Balears; Ley 7/1985, de 26 de noviembre, de Iniciativa Legislativa Popular de Extremadura; Ley 9/1984, de 22 de noviembre, de Iniciativa Legislativa Popular de la Región de Murcia; Ley 3/1985, de 20 de mayo, de Iniciativa Legislativa Popular de La Rioja; Ley 10/1986, de 11 de diciembre, de Iniciativa Legislativa Popular de Canarias; Ley Foral 3/1985, de 25 de marzo, de Iniciativa Legislativa Popular de Navarra.

³⁹ Hay que tener en cuenta asimismo que, en el ámbito urbanístico, con frecuencia se reconoce a los particulares la iniciativa privada en la formulación de planes cuya tramitación y aprobación es competencia del Ayuntamiento, como es el caso de los planes especiales urbanísticos, los planes de mejora urbana y planes parciales urbanísticos. Así, en Cataluña, se refieren a esta cuestión los arts. 101 y 102 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña. TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (2016): pp. 136 y ss.

⁴⁰ La iniciativa normativa se encuentra ampliamente extendida, no sólo en nuestro ordenamiento; sino también en el Derecho comparado. Así, en el contexto de las políticas de la Unión Europea, la iniciativa ciudadana se encuentra prevista en el Reglamento núm. 211/2011, de 16 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana.

Asimismo, en el ordenamiento estadounidense, la Sección 553(e) de la *Administrative Procedure Act* reconoce el derecho de cualquier persona de solicitar la adopción, enmienda o la derogación de una norma. Esta Ley no detalla, no obstante, los términos en que puede ejercerse este derecho, por lo que la solicitud de regulación seguirá distintos cauces según la agencia administrativa a la que vaya dirigida. Así, mientras que en algunos casos existe una Ley federal que regula el proceso de solicitud de adopción de una regulación [*Laminators Safety Glass Ass'n v. Consumer Product Safety Commission*, 578 F.2d 406 (D.C. Cir. 1978)], en otros supuestos, la agencia se rige únicamente por prácticas estándar en este ámbito.

⁴¹ Los órganos consultivos han señalado como la falta de regulación respecto a la iniciativa ciudadana no es óbice para que cualquier ciudadano pueda solicitar al Gobierno, estatal o autonómico, que ejerza la potestad reglamentaria sobre una determinada materia; aunque de esta solicitud, no se deriva ninguna obligación para la Administración, incluso en aquellos casos en los que existe una norma legal que remite a la Administración su desarrollo reglamentario (Dictamen del Consejo de Estado 403/1996, de 22 de febrero).

Por su parte, la doctrina ha planteado la posibilidad de poner en marcha un recurso de inactividad; o bien entender que estamos ante un supuesto de ilegalidad por omisión, aunque los Tribunales han afirmado que la aplicación de esta figura debe llevarse a cabo de manera restrictiva. MUÑOZ MACHADO, Santiago (1982), *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, Civitas, Madrid, pág. 961; BLANQUER CRIADO, David (1998), *El control de los reglamentos arbitrarios*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 92 y siguientes.

tratar conjuntamente la elaboración de disposiciones generales de cualquier rango. Ante este silencio de la regulación básica, debemos señalar que, mientras que la LG no prevé expresamente la iniciativa normativa en los reglamentos estatales, sí hay diversas normas de transparencia autonómicas que se refieren expresamente a la posibilidad de que los ciudadanos puedan presentar propuestas de tramitación de iniciativas de carácter reglamentario, consagrando así la participación ciudadana en la génesis del procedimiento de elaboración de reglamentos.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que la regulación de la iniciativa normativa respecto a las normas con rango de Ley y las ordenanzas locales, ya hace años que está vigente y por ello ha sido objeto de diferentes estudios⁴², consideramos que es procedente, al objeto de este trabajo, centrarnos en el análisis de los rasgos más relevantes respecto a la iniciativa normativa en la elaboración de reglamentos autonómicos que, como decimos, ha sido regulada recientemente por algunas leyes de transparencia autonómicas.

Así, todas estas normas coinciden en exigir que, desde el punto de vista objetivo, las iniciativas reglamentarias versen sobre materias en las que la Administración autonómica tenga atribuidas competencias; y, como es lógico, no pueden recaer sobre materias que se encuentren excluidas de la iniciativa legislativa popular [art. 33.1.a) Ley de la Región de Murcia 12/2014; art. 41.1 y 2 Ley de Extremadura 4/2013; art. 70.2 Ley catalana 19/2014; art. 45.1 y 2 Ley Foral 11/2012].

Desde el punto de vista subjetivo, hay algunas normas que exigen que las iniciativas reglamentarias versen sobre materias que afecten a los derechos e intereses legítimos de quienes las presenten (art. 41.1 Ley de Extremadura 4/2013; y art. 45.1 Ley Foral 11/2012); mientras que este requisito no es exigido ni por la Ley de la Región de Murcia 12/2014 ni tampoco por la Ley catalana 19/2014. En cualquier caso, sí se exige que la iniciativa ciudadana venga respaldada por un número mínimo de firmas bastante significativo⁴³.

Desde el punto de vista formal, diversas normas autonómicas imponen al ciudadano la necesidad de que éste presente una propuesta de texto que, además, vaya

⁴² En concreto, respecto a la iniciativa legislativa, vid. ARAGÓN REYES, Manuel (1986), “La iniciativa legislativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 16; ASTARLOA VILLEN, FRANCISCO (2002-2003), “La iniciativa popular en España”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11; BIGLINO CAMPOS, Paloma (1987), “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 19; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1985), “Artículo 87”, en *Comentarios a la Constitución* (Dir. F. GARRIDO FALLA), Ed. Civitas, Madrid. Analizando la regulación de la iniciativa legislativa en Andalucía: MEDINA GUERRERO, Manuel (2011), “La ampliación de la iniciativa legislativa popular”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 80.

⁴³ En particular, el art. 41.3 Ley de Extremadura 4/2013 y el art. 45.1 Ley Foral 11/2012 exigen 2.000 firmas; el art. 33.1.c) Ley de la Región de Murcia 12/2014, 6.000 firmas; y el art. 70.3 Ley catalana 19/2014, 15.000 firmas.

acompañada de “una memoria justificativa con explicación detallada de las razones que aconsejan la tramitación y aprobación de la iniciativa” (art. 41.3 Ley Extremadura 4/2013; y art. 45.3 Ley Foral 11/2012); equiparando así la iniciativa normativa referida a un reglamento a aquélla que versa sobre una norma legal. Estas previsiones, bajo nuestro punto de vista, resultan excesivas, especialmente si tenemos en cuenta que, en la mayoría de casos, a la iniciativa de un reglamento le precede una norma legal que prevé expresamente su futuro desarrollo reglamentario y es posible, incluso, que concrete los aspectos que deben ser desarrollados y el plazo para hacerlo. Así, al menos en estos supuestos, entendemos que sería suficiente con exigir a los ciudadanos que especificaran la temática concreta respecto a la cual se solicita que la Administración elabore y apruebe una norma reglamentaria; y que alegaran, de forma sucinta, los motivos legales que justificarían su adopción y, en su caso, los principales aspectos a abordar por la futura regulación. En estos términos, la iniciativa ciudadana podría ser un mecanismo, no sólo participativo, sino también de control, que contribuiría a poner fin a los frecuentes incumplimientos de los plazos fijados para aprobar reglamentos, y evitar así las posibles situaciones de litigiosidad, de responsabilidad de la Administración u otras consecuencias perjudiciales que de ello se pudieran derivar.

En el caso de que se cumplan los requisitos objetivos, subjetivos y de forma señalados, debe dictarse una resolución en la que se determine si prospera, o no, la iniciativa normativa; previéndose en algunos casos la realización de un informe en el que se valoran los intereses de los afectados y la oportunidad que, para el interés público, representa la regulación propuesta (art. 41.3 Ley Extremadura 4/2013; y art. 45.3 Ley Foral 11/2012)⁴⁴.

En cualquier caso, es común a todas las regulaciones autonómicas citadas prever que la resolución que, de forma expresa o presunta⁴⁵, resuelva que la iniciativa normativa no prospera, sólo puede ser objeto de impugnación en lo relativo al ejercicio de este derecho, pero no en relación a la oportunidad de la decisión de iniciar, o no, la tramitación de la iniciativa (art. 70.6 Ley catalana 19/0214; y art. 41.5 Ley Extremadura 4/2013; art. 45.5 Ley foral 11/2012). Al respecto, entendemos que ésta última regla debe ser matizada, pues en el supuesto en que una norma con rango legal prevea de forma expresa el desarrollo reglamentario de todas o parte de sus

⁴⁴ El art. 70.4 de la Ley catalana 19/2014 determina que son aspectos a valorar por el órgano competente para iniciar el procedimiento: la necesidad de la norma, los costes que comportaría, la oportunidad de la regulación para el interés público y los efectos que produciría sobre el sector y los intereses afectados.

⁴⁵ El art. 70.4 de la Ley catalana 19/2014 prevé que, transcurridos tres meses sin que se adopte por parte del órgano competente una resolución sobre la iniciativa normativa, ésta debe entenderse desestimada por silencio administrativo.

previsiones; y una vez superado el plazo máximo que, en su caso, prevea la Ley para aprobar el reglamento correspondiente, ya no estamos ante una cuestión de oportunidad, sino de mera legalidad. Lo mismo cabe decir de aquellos casos en los que la aprobación de la iniciativa normativa está prevista en el Plan Normativo que, anualmente, deben elaborar todas las Administraciones Públicas (art. 132 LPACAP)⁴⁶.

Atendiendo a lo anterior, las normas autonómicas que recogen la posibilidad de que los ciudadanos propongan a la Administración la adopción de reglamentos, aun siendo mucho más recientes que la regulación referida a la iniciativa legislativa popular, mantienen un mismo modelo, caracterizado por unos requisitos que, en ocasiones, resultan excesivos. Esta circunstancia, junto con la falta de controles aplicables a la decisión de no tramitar la norma, impiden que la iniciativa normativa se configure, en la actualidad, como un mecanismo verdaderamente útil para canalizar la participación⁴⁷.

2. La consulta previa

La consulta previa es un trámite participativo regulado con carácter básico en el art. 133.1 LPACAP con el que se persigue recabar la opinión de los sujetos potencialmente afectados por el futuro reglamento y de las organizaciones más representativas acerca de: los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma; la necesidad y oportunidad de su aprobación; los objetivos de la norma; y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

⁴⁶ Hay que tener en cuenta que, aunque la LPACAP, por su carácter de regulación básica, no concreta muchos aspectos relativos a este instrumento de planificación; la LG ha otorgado al Plan Normativo un carácter cuasi vinculante, al prever que su cumplimiento será una de las cuestiones a valorar en el Informe Anual de evaluación al que se refiere el art. 28 LG y que la Administración debe justificar la aprobación de normas no previstas en el Plan.

⁴⁷ Como muestra del deficiente funcionamiento en la práctica de este mecanismo de democracia directa, hay que indicar que, a nivel estatal, desde la entrada en vigor de la LO 3/1984, se han presentado en torno a unas noventa iniciativas, de las cuales sólo ha prosperado una relativa a la reclamación de deudas comunitarias presentada en 1995 y que, en la siguiente legislatura, acabó subsumida en otra proposición de ley, suponiendo una modificación de un precepto de la Ley de Propiedad Horizontal. Asimismo, más de treinta iniciativas caducaron por no alcanzar las 500.000 firmas requeridas.

Esta situación contrasta con la existente en Suiza, paradigma de la democracia directa, donde en el mismo período han sido admitidas a trámite 133 iniciativas. https://www.admin.ch/ch/f/pore/va/vab_2_2_4_2.html

Estamos, por tanto, ante un trámite participativo distinto de la audiencia y la información pública (a los que nos referiremos en el siguiente apartado), y que reviste las siguientes notas:

- a) En primer lugar, sus *destinatarios* son los sujetos y organizaciones representativos “potencialmente afectados” por la futura norma.

No se trata, por tanto, de un trámite circunscrito sólo a los interesados, tal como sucede con el trámite de audiencia; pero tampoco se abre la participación a todos los ciudadanos, como sucede en relación al trámite de información pública, lo que permite llevar a cabo cierta delimitación en los destinatarios de este trámite⁴⁸.

Pese a lo anterior, hay que indicar que, los términos en los que se configura la consulta previa, tanto en la LPACAP como en la LG, nos remiten a un trámite participativo con un ámbito subjetivo amplio; por lo que consideramos que las posibilidades de limitar la intervención en el mismo deben interpretarse de manera restrictiva y que, en cualquier caso, deben responder a criterios objetivos que guarden relación, por ejemplo, con la materia sobre la que versa la norma o su ámbito de aplicación territorial⁴⁹.

- b) En segundo lugar, es importante el *momento procedimental* en el que se lleva a cabo la consulta, pues tiene carácter previo a la elaboración del proyecto normativo; y no se lleva a cabo, como sucede con la audiencia y la información pública, en el momento procedimental inmediatamente anterior a la aprobación de la disposición normativa.
- c) En tercer lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, el *objeto* de la consulta previa no es realizar alegaciones respecto a medidas concretas incorporadas a un proyecto de texto articulado; sino “recabar la opinión” sobre la propia conveniencia de que se apruebe la norma o respecto a las

⁴⁸ MORA RUIZ señala al respecto que: “el aspecto más complejo de la consulta pública es la identificación por la Administración promotora de la norma de «los sujetos y las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma», puesto que, en función de cuáles sean estas organizaciones o la identificación de quienes se consideren destinatarios más directos de las normas, puede correrse un cierto riesgo de lo que se ha dado en llamar “captura de intereses” en lo que constituye una auténtica fase informal del procedimiento de elaboración de normas, condicionando la evolución y tramitación del proceso, especialmente en orden a concretar el contenido inicial de la futura norma”. MORA RUIZ, Manuela (2016): pág. 542.

⁴⁹ Como argumento favorable esta interpretación, podemos indicar como la MAIN el Anteproyecto de Ley de Procedimiento de las Administraciones Públicas señala como una de las medidas que incorpora la ley para dar impulso a la mejora de la calidad normativa (pág. 10): la garantía con carácter básico de “la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas a través de la consulta pública con carácter previo a la elaboración de las normas”.

diversas opciones regulatorias o no regulatorias, esto es, cuestiones que no tendría sentido plantear en los trámites de audiencia e información pública, que se llevan a cabo cuando la norma ya ha seguido, prácticamente, toda su tramitación.

La participación que se lleva a cabo a través de este trámite participativo resulta, por tanto, muy flexible, al no estar constreñida por un texto preexistente, versando sobre aspectos muy generales de la materia que se quiere regular. Todo ello determina que, en función del resultado de la consulta, puede que no se llegue a aprobar ninguna norma o que ésta sea elaborada en unos términos radicalmente distintos a los que, inicialmente, tenía en mente la Administración.

- d) En cuarto término, y respecto a la *forma* en la que se desarrolla la consulta previa, el art. 133.1 LPACAP prevé que ésta se sustancie a través del portal web de la Administración competente.

Además, el art. 133.3 LPACAP añade que la consulta previa, al igual que el trámite de audiencia e información pública, deberá realizarse de tal forma que todos los potenciales destinatarios de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual se tienen que poner a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse. Este precepto no prevé, no obstante, la antelación con la que deberá suministrarse a esta información; plazo que en el ámbito estatal ha quedado fijado en un mínimo de quince días naturales (art. 26.2 in fine LG).

- e) Finalmente, en relación al *carácter preceptivo*, o no, de este trámite, el mismo es, en principio, de observancia obligatoria, aunque no se sitúa al mismo nivel que la audiencia y la información pública, pues se puede omitir su realización cuando se trate de normas presupuestarias u organizativas; si concurren graves razones de interés público que justifiquen que no se lleve a cabo; en aquellos supuestos en que se considere que la propuesta normativa no tiene un impacto significativo en la actividad económica, no impone obligaciones relevantes a los destinatarios o regula aspectos parciales de una materia y también cuando la norma se tramite por la vía de urgencia si así se prevé en la Ley respectiva (la LG recoge esta posibilidad en el art. 27.2.b). Aunque la concurrencia de estas circunstancias debe justificarse en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que se elabore con motivo de la norma (art. 133.3 y 4 LPACAP y art. 26.2 LG), no podemos ignorar que estas excepciones se formulan con un carácter excesivamente amplio pues, además de la indefinición en la Ley de lo que debe entenderse por “impacto

significativo” u “obligaciones relevantes”⁵⁰, cuesta siquiera imaginar alguna norma, especialmente reglamentaria, que pueda llevar a cabo una regulación “no parcial” de una materia.

Atendiendo a lo anterior, gracias a la consulta previa se generaliza la realización de un trámite participativo distinto y más flexible que la audiencia y la información pública, importando a todos los procedimientos de elaboración de normas las experiencias positivas que, en materia de participación, tenían lugar sólo en algunos ámbitos de la actividad pública, la cual nos acerca a aquellos ordenamientos jurídicos con una cultura participativa más desarrollada.

Y es que la consulta previa en la elaboración de disposiciones generales guarda muchas similitudes con las consultas llevadas a cabo en los momentos iniciales de ciertos procedimientos ambientales⁵¹; y con el denominado “avance de planeamiento”, trámite participativo dirigido a garantizar la participación ciudadana en la fase inicial de formulación de los planes urbanísticos, previsto también en algunos supuestos para la revisión o modificación⁵². Con carácter general, sólo se había regulado un trámite similar en la Ley catalana 19/2014, que en su art. 69.3 prevé que las “personas” (en este caso, no se limita a los potencialmente afectados) pueden remitir sus propuestas y sugerencias en relación a las iniciativas normativas que correspondan antes del trámite de audiencia e información pública. Esta posibilidad se configura como un auténtico derecho que, de conformidad con el art. 69.1 de la Ley catalana “puede ejercerse con relación a las iniciativas normativas en que, por

⁵⁰ En este sentido, señala también MORA RUIZ que: las dificultades mayores de la aplicación de estas previsiones derivan, sin duda, del abuso de conceptos jurídicos indeterminados que conceden un amplio margen de apreciación de la Administración en orden a suprimir estos otros canales alternativos de participación”. MORA RUIZ (2016): pág. 544.

⁵¹ Especialmente a nivel autonómico son diversas las normas que se refieren a las “consultas” como trámite alternativo a la audiencia y la información pública; las cuales se llevan a cabo en las etapas iniciales de elaboración de los planes, en la fase técnica de redacción e, incluso, en un momento anterior a ésta, pudiendo citar, a estos efectos, los arts. 22 y 28 de la Ley 11/2006, de 14 de septiembre, de Impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica de las Islas Baleares; los arts. 22 y 30 de la Ley de Andalucía 7/2007, de 9 de julio, de Gestión integrada de la calidad ambiental; el art. 7 de la Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación ambiental en Castilla-La Mancha. Sobre esta cuestión, vid: BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción (2011): pp. 436 y 437.

⁵² Así, en Cataluña, el avance de planeamiento es obligatorio para la modificación o revisión de los planes de ordenación urbanística municipal (art. 106.4), trámite que se lleva a cabo en el momento en que los trabajos de elaboración del plan han adquirido suficiente grado de desarrollo. En ese momento, la corporación u organismo que tuviesen a cargo la formulación, deben anunciar en el Boletín Oficial de la Provincia y en uno de los periódicos de mayor circulación de la misma la exposición al público de los trabajos, al objeto que durante un plazo razonable puedan formularse sugerencias y, en su caso, otras alternativas de planeamiento por corporaciones, asociaciones y particulares (art. 23 RLUC). En los municipios de más de 10.000 habitantes, esta información se ha de dar a conocer y ha de ser consultable mediante procedimientos telemáticos. TRAYTER, JIMÉNEZ, Joan Manuel (2016): pp. 84 y 85.

su importancia o por la materia que regulan, la Administración pública considera pertinente abrir este proceso participativo desde el inicio de la tramitación del procedimiento administrativo”. Bajo nuestro punto de vista, el trámite del art. 69 de la Ley catalana y la consulta previa del art. 133 LPACAP deben subsumirse en un único trámite pues, aunque con distintos redactados, ambos responden a una misma finalidad: instaurar una vía de participación en la génesis del procedimiento que permite a los poderes públicos conocer el parecer de los ciudadanos sin un texto que condicione las aportaciones. Llevar a cabo ambos trámites generaría duplicidades que no quedan justificadas, pues con ello no se aportaría ningún valor añadido al procedimiento de elaboración del texto⁵³.

Este tipo de participación nos remite, a su vez, a aquélla que tiene lugar en el procedimiento informal de *rulemaking* (también denominado de *notice and comment*), empleado por defecto por las agencias estadounidenses⁵⁴. Siguiendo los cauces de este procedimiento, cada agencia tiene que hacer público que va aprobar una norma dirigida a regular una determinada materia (*notice*), dando oportunidad a aquéllos que lo deseen de realizar comentarios (*comment*) desde el inicio de la elaboración de

⁵³ Y es que las previsiones del art. 69 de la Ley catalana de transparencia y la regulación de la consulta previa que, con carácter básico, lleva a cabo el art. 133 LPACAP no son contradictorias; sino más bien complementarias, todo ello por los siguientes motivos: 1) Ambos trámites se llevan a cabo en el mismo momento procedimental. Mientras que el art. 133.1 LPACAP establece expresamente que la consulta previa se sustancia antes de la elaboración del proyecto de reglamento, el art. 69.1 de la Ley catalana indica que el proceso participativo que contempla este artículo se abre “desde el inicio de la tramitación del procedimiento administrativo”; inicio que no presupone la existencia de un texto, de acuerdo con lo previsto en el art. 61.1 de la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Catalunya. 2) El objeto de los dos cauces de participación también es compartido, pues a través de la consulta previa “se recabará la opinión”, mientras que, a través del trámite participativo contemplado en la Ley 19/2014, se recogen propuestas y sugerencias, sin que en ningún momento se hable de “alegaciones”, tal como sí se sucede respecto a los trámites de audiencia e información pública. 3) Finalmente, en cuanto a la obligatoriedad del trámite, como ya hemos dicho, el art. 133 LPACAP establece el carácter preceptivo de la consulta previa (aunque con unas excepciones más amplias que aquéllas predicables de los trámites de audiencia e información pública) y la Ley autonómica se remite, por su parte, a la “importancia de la iniciativa” o a la “materia”; cuestiones a valorar por la Administración en base a un criterio de pertinencia (no de oportunidad). ARAGUÁS GALCERÀ, Irene (2016), *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, pp. 53 y 54.

⁵⁴ Para elaborar una norma, las agencias también pueden acudir al procedimiento formal, en el cual la participación se lleva a cabo a través de audiencias “trial-type”, esto es, audiencias de tipo probatorio, muy similares a las que se llevan a cabo en procedimientos judiciales; y que vinculan a la agencia, en el sentido de que la norma resultante de este procedimiento se basa únicamente en aquellos hechos o circunstancias probados durante la audiencia. La inherente lentitud del procedimiento formal ha provocado que el mismo sólo se utilice cuando así lo exija expresamente una Ley, deviniendo así una excepción recurrir al mismo.

la norma; requisitos procedimentales que sólo pueden ser objeto de modulaciones en supuestos excepcionales⁵⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, la consulta previa es un trámite que merece, necesariamente, una valoración positiva, aunque su éxito depende, esencialmente, de que la Administración sepa emplearlo adecuadamente⁵⁶. La virtualidad de la consulta radica, precisamente, no sólo en que la Administración no disponga de un texto (cuestión que ya de por sí choca con la práctica administrativa habitual); sino también en que ésta se muestre flexible a variar aquellas ideas preconcebidas que, aun no estando plasmadas en un borrador, condicionan la manera de regular la materia de que se trate. En este contexto, es importante que, al definir las cuestiones que serán objeto de consulta, esto es: los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de la norma, los objetivos y las posibles soluciones alternativas, la Administración no lo haga de tal manera que se influya en exceso las aportaciones de los ciudadanos. La Administración, en este caso, debe actuar como moderador del debate, y no como parte en el mismo, lo que la obliga a plantear las materias de la manera más objetiva posible⁵⁷.

Lo anterior no exime, no obstante, de que se identifiquen los aspectos sobre los que los ciudadanos pueden pronunciarse; pues no les corresponde a ellos determinar cuáles son los problemas que se pretenden solucionar con la norma ni sus objetivos,

⁵⁵ Así, de acuerdo con la Sección 553 de la *Administrative Procedure Act* apartado (b)(3), letras A y B, la agencia puede eludir la realización de estos trámites en aquellos casos en que, por una “buena causa” (*good cause*), se considere que el anuncio y la publicidad del procedimiento son impracticables, innecesarias o contrarios al interés público; o bien si las normas a aprobar tienen carácter organizativo o guardan relación con asuntos militares o de seguridad interior. Sobre el desarrollo de la participación en el procedimiento informal con carácter general y la excepción de *good cause*, *vid in totum*: LAVILLA RUBIRA, Juan José (1992).

⁵⁶ Así lo indica también SANTAMARÍA PASTOR, que considera que es “una de las más reseñables novedades” de la nueva legislación; y valora la utilidad de este trámite para mejorar y racionalizar las normas. El autor destaca, sin embargo, como principales inconvenientes u obstáculos a la utilidad de este trámite, el sistema de realización (a través de medios informáticos) y lo inusual de esta forma de actuar en la práctica de las Administraciones Públicas, en la que el primer paso consiste en la elaboración de un borrador articulado. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016): Pp. 39 a 42.

⁵⁷ La primera de las consultas previas llevada a cabo desde la entrada en vigor de la LPACAP, relativa a un Proyecto de Real Decreto, de carácter básico, referido al funcionamiento de la Administración electrónica, no cumple con estas premisas. En este sentido, en el apartado relativo a la necesidad y oportunidad de la aprobación, la Administración indica que “para mayor seguridad jurídica, resulta necesario acometer un desarrollo reglamentario (...)”. En la misma línea, al pronunciarse sobre las posibles alternativas regulatorias y no regulatorias, después de indicar que se valoró no llevar a cabo ningún desarrollo reglamentario o modificar el reglamento existente (el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre) se afirma que: “resulta más aconsejable, para una mayor seguridad jurídica, acometer la elaboración de un real decreto de nueva planta (...)”.

aspectos que deben perfilarse mínimamente por la Administración⁵⁸. La consulta previa no es un foro abierto para pronunciarse sobre cualquier cuestión; sino que debe ir enfocada a obtener aportaciones relevantes sobre la futura norma. En este punto, resulta esencial que, tal como exige el art. 133.3 LPACAP, se pongan a disposición de los ciudadanos los documentos necesarios para que tengan la posibilidad de emitir su opinión, los cuales serán claros, concisos y reunirán la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia. A estos efectos, entendemos que la Administración debe facilitar a los ciudadanos informes o estudios que pongan de relieve el alcance de la problemática o, en su caso, los resultados obtenidos en aplicación de la normativa vigente.

3. Los trámites de audiencia e información pública

La audiencia y la información pública son los trámites que, tradicionalmente, han servido para canalizar en nuestro ordenamiento la participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones generales administrativas y que, ya estando recogidos en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, se trasladaron posteriormente a la regulación de esta cuestión llevada a cabo por la LG para los reglamentos estatales; las diversas leyes autonómicas de gobierno y de procedimiento, respecto a los reglamentos autonómicos⁵⁹; y la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL) respecto a las ordenanzas locales.

De conformidad con las normas anteriores, las principales diferencias entre ambos trámites tenían que ver con su ámbito subjetivo y con el carácter preceptivo,

⁵⁸ En la referida consulta previa sobre el Proyecto de Real Decreto, de carácter básico, referido al funcionamiento de la Administración electrónica, no consideramos que estas cuestiones se hayan tenido en cuenta. En este sentido, no sólo no se ha puesto a disposición de los ciudadanos ninguna documentación, sino que los problemas que se pretenden solucionar con la nueva normativa y los objetivos de la iniciativa se definen de manera excesivamente genérica.

Así, los problemas a solucionar se “identifican” con: “Resolver algunas dudas de aplicación que se han planteado respecto del uso de ciertos medios electrónicos, como las funcionalidades de la sede electrónica, precisiones sobre el uso de los diferentes medios de identificación y firma electrónica, especificar el funcionamiento de algunas de las herramientas de relación electrónica entre las distintas Administraciones Públicas, entre otros aspectos”. Por su parte, los objetivos de la regulación se definen en los siguientes términos: “El principal objetivo de acometer este desarrollo reglamentario es lograr una mayor seguridad jurídica en las relaciones electrónicas de ciudadanos y empresas con todas las Administraciones Públicas, concretando algunos preceptos de las citadas leyes, así como lograr ganancias de eficiencia en el funcionamiento electrónico de las Administraciones reduciendo cargas administrativas y costes de gestión”

⁵⁹ Respecto a los trámites de audiencia e información pública en la elaboración de reglamentos, con carácter general, podemos citar, entre otros: DE LA CRUZ FERRER, Juan (1988), “Hacia la garantía jurisprudencial de la Audiencia en la elaboración de reglamentos”, *Poder Judicial*, núm. 9, pp. 129-140; DELGADO BARRIO, Javier (1994), “Participación ciudadana y disposiciones generales”, Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito contencioso administrativo, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid; EZQUERRA HUERVA, Antonio (1994), “En torno a la participación ciudadana en el

o no, de su realización. Así, el trámite de audiencia iba dirigido a los interesados y su realización tenía carácter obligatorio, so pena de nulidad de la norma aprobada sin realizarlo (STS de 31 de enero de 2005, Ar. 5125, Ponente: Juan García-Ramos Iturralde)⁶⁰; mientras que el trámite de información pública se dirigía, en cambio, a todos los ciudadanos y su apertura tenía carácter facultativo para la Administración estatal y autonómica, aunque su realización sí era obligatoria en el ámbito local (art. 49 LBRL).

La regulación básica de los procedimientos de elaboración de disposiciones generales que lleva a cabo la LPACAP y, en particular, el art. 133 de esta Ley, mantiene ambos trámites participativos, que ahora se hacen extensivos también a los procedimientos de elaboración de normas con rango de Ley. Adicionalmente, se incorporan algunas novedades relevantes que podemos sintetizar del siguiente modo:

- a) Se mantiene una distinción respecto a los destinatarios del trámite de audiencia e información pública, aunque con algunas diferencias respecto a la regulación anterior. Así, la audiencia se dirige a los “ciudadanos afectados”; previéndose en el art. 133.6 LPACAP que: “asimismo, podrá recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen las personas cuyos derechos o intereses se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto”. Parece, por tanto, a tenor de la redacción transcrita, que elegir si la apertura del trámite de audiencia se lleva a cabo directamente con los ciudadanos o bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por ley que los agrupan o los representen ya no es, como sucedía hasta hace poco, una elección del órgano que abra este trámite⁶¹; sino que, en todo

procedimiento de elaboración de reglamentos por las comunidades autónomas”, *Autonomies* núm. 18, pp. 335-380; MELERO ALONSO, Eduardo (2004), “La “democracia orgánica” y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos”, *Revista de estudios políticos*, núm. 126, pp. 237-264; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (1998), “Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dir. Ó. ALZAGA VILLAAMIL), Tomo VIII, Artículos 97 a 112, EDERSA, Madrid; REBOLLO PUIG, Manuel (1988), “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *Revista de Administración Pública* núm. 115; RODRÍGUEZ PONTÓN, Francesc (1996), “Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones”, *Autonomies* núm. 21; SALA ATIENZA, Pascual (2008), “El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RAP* núm. 177, pp. 247-263.

⁶⁰ TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (1992), *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Ed. Tecnos, Madrid, pp. 23 a 25.

⁶¹ REBOLLO PUIG, Manuel (1988): pp. 99 y siguientes.

caso, los ciudadanos afectados deben tener la posibilidad de participar de forma directa.

Por su parte, el trámite de información pública tiene como destinatarios a las demás personas o entidades, respecto a los cuales se obtendrán “cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse”.

- b) Ambos trámites tienen carácter preceptivo⁶². Este es uno de los cambios más relevantes derivados de la LPACAP pues el art. 133.4 de esta Ley sitúa la audiencia y la información pública en un mismo nivel, estableciendo que sólo podrá prescindirse de los mismos en el caso de normas presupuestarias u organizativas o cuando concurran razones de grave interés público que lo justifiquen.

A la vista de estas previsiones, es obvio que el trámite de información pública sale reforzado tras la aprobación de la LPACAP pues, como hemos señalado, su realización en la regulación anterior no era preceptiva ni para los reglamentos estatales ni para los reglamentos autonómicos. Como contrapartida, no obstante, se amplían las excepciones en las que justifican que se omita el trámite de audiencia. En este sentido, si antes sólo podía prescindirse del mismo por “graves razones de interés público”, ahora se añade la excepción referida a “las normas presupuestarias u organizativas”.

- c) Respecto a la forma en que deben sustanciarse estos trámites, el art. 133.2 LPACAP prevé que, con el objeto de realizarlos, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente⁶³; previsión que, necesariamente, debe complementarse con lo que dispone el apartado 3 del mismo precepto, que establece que los trámites participativos deben realizarse de tal forma que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión,

⁶² Hay que señalar que algunos autores consideran que en el trámite de audiencia se ha producido un “retroceso claro” respecto a la regulación anterior, al configurarse ahora como un trámite potestativo que se entiende subsumido en la genérica realización del trámite de información pública [GALÁN VIOQUE, Roberto (2016): pág. 543]. Bajo nuestro punto de vista, aunque existe sin duda una deficiente redacción del art. 133 LPACAP, ambos trámites participativos mantienen su identidad. En este sentido, la MAIN del Anteproyecto de Ley de Procedimiento de las Administraciones Públicas (pág. 35) señala precisamente que se dotan de carácter básico varios preceptos para, entre otras finalidades: “aclarar cuándo debe efectuarse el trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración normativa (artículo 105 a) CE) y clarificar sus diferencias con respecto al trámite de información pública”.

⁶³ SANTAMARÍA PASTOR llama la atención sobre el hecho de que la publicación en las páginas web de las distintas Administraciones y organismos públicos (y de sus departamentos) pueda ser insuficiente para que los ciudadanos queden informados de la apertura de estos trámites participativos, observación que hace también extensiva a la consulta previa. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016): Pp. 40 y 41.

para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

Atendiendo a lo anterior, la normativa básica no se pronuncia sobre los medios a través de los cuales se pueden hacer llegar las aportaciones ni tampoco el plazo para realizarlas. Esta última cuestión sí está prevista para los reglamentos estatales en el art. 26.6 LG que establece que el plazo mínimo de la audiencia y la información pública es de quince días hábiles, que podrá ser reducido hasta un mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen; y también cuando se aplique la tramitación urgente de iniciativas normativas, la cual está sometida a los límites del art. 27.2 LG⁶⁴.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LUCES Y SOMBRAS DE LA REGULACIÓN ACTUAL Y DESAFÍOS DE LA PARTICIPACIÓN EN UN FUTURO INMEDIATO

A la vista de las distintas leyes que, en los últimos años, han incidido en la involucración de los ciudadanos en la elaboración de normas y la configuración de los cauces de participación que, actualmente, recoge nuestro ordenamiento jurídico, podemos concluir que se han solventado algunos de los problemas que se detectaban en este ámbito y que, con carácter general, la participación se ha visto reforzada.

Y es que, en el nuevo contexto normativo, la participación ciudadana no sólo se permite; sino que también se fomenta. Para ello, los trámites participativos se flexibilizan desde el punto de vista subjetivo, objetivo y procedimental. En efecto, se permite que participen más ciudadanos, cuestión que se pone de relieve en el trámite de información pública, ahora de carácter preceptivo; y también respecto al trámite de consulta previa, dirigido a los potencialmente afectados por la norma. También se amplía el objeto de los trámites participativos o, lo que es lo mismo, las cuestiones sobre las que se pueden pronunciar los ciudadanos, que ahora siempre están limitadas por la existencia de un texto articulado preexistente pues, como hemos visto, el trámite de consulta previa se lleva a cabo antes de elaborar el proyecto normativo. Desde el punto de vista formal, se prevé que la información o documentos necesarios

⁶⁴ De conformidad con el art. 27.2 LG, la tramitación urgente queda circunscrita a aquellos supuestos en que fuere necesario para que la norma entre en vigor en el plazo exigido para la transposición de directivas comunitarias o el establecido en otras leyes o normas de Derecho de la Unión Europea; o a la concurrencia de otras circunstancias extraordinarias que, no habiendo podido preverse con anterioridad, exijan la aprobación urgente de la norma. Adicionalmente, tramitar la norma por esta vía es una cuestión que debe ser acordada por el Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento al que corresponda la iniciativa normativa.

para pronunciarse sobre la futura norma se puedan consultar en la sede electrónica de la Administración correspondiente, lo que facilita su acceso por parte de todos los ciudadanos.

Sin embargo, no es oro todo lo que reluce, y en esta nueva regulación también hallamos algunos aspectos dignos de reflexión, cuanto no de crítica. Así, al margen de las mejoras que se podrían haber introducido y que el legislador ha decidido relegar a un momento más propicio, cuestión a la que nos referiremos a continuación, debemos señalar que la LPACAP incorpora, casi de refilón, un nuevo elemento que puede limitar de forma significativa la participación en la elaboración de normas, y que no es otro que el referido al impacto de las disposiciones proyectadas en la actividad económica.

En el conjunto del Título VI de la LPACAP se refleja la preocupación (a nuestro juicio excesiva) del legislador por el elemento económico de la regulación, cuestión que se hace patente en los títulos competenciales en los que se fundamenta el Título VI, entre los que se encuentra el art. 149.1-13 (Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica)⁶⁵; en la configuración de los principios de buena regulación y, en concreto, en el principio de eficiencia, que exige que la iniciativa normativa facilite que se eviten “cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos” (art. 129.6 LPACAP); o en la evaluación normativa, que obliga a la Administración a comprobar en qué medida estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en las normas y a promocionar el análisis económico de las normas para evitar introducir restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica (art. 130 LPACAP). Este sesgo economicista alcanza también a la participación pues, de acuerdo con el art. 133 LPACAP, parece que la participa-

⁶⁵ El Consejo de Estado en su Dictamen 274/2015, ya citado, descartó que la regulación del Título VI de la LPCAP pudiera ampararse en este título en los siguientes términos: “A juicio del Consejo de Estado, la invocación de este título no puede en modo alguno amparar desde el punto de vista competencial la regulación proyectada, habida cuenta de que tal título se refiere a una competencia que alcanza a la regulación de la estructura, la organización interna y el funcionamiento de los sujetos económicos, así como a su actividad (STC 1/1982), de tal modo que en él “tienen cabida las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector” (STC 235/1999, de 16 de diciembre). No es éste el caso del anteproyecto consultado, que no tiene por objeto disciplinar ningún sector concreto de la economía ni ordenar la actividad de los agentes que en ella intervienen, sino, en lo que aquí interesa, establecer unos principios de obligado respeto por las Administraciones Públicas que ejerzan la iniciativa legislativa o la potestad reglamentaria que tienen reconocidas, principios que escapan al ámbito al que en rigor se extiende dicha competencia, cuyo sentido y alcance podrían quedar desvirtuados si se empleara como título en el que fundamentar cualquier actuación normativa del Estado que sólo de forma indirecta o remota tuviera relación con las materias que realmente han de ampararse en él”, (pp. 52 y 55).

ción tenga un mayor predicamento en relación a aquellos reglamentos que tengan un impacto significativo en la actividad económica. Respecto a este tipo de reglamentos, son preceptivos los tres trámites participativos que contempla la legislación básica (consulta previa, audiencia e información pública), recibiendo así un trato privilegiado respecto a los reglamentos en los que no concurre esta circunstancia, pero que tampoco son reglamentos meramente organizativos o presupuestarios.

Ante la indefinición de lo que debe entenderse por “impacto significativo en la actividad económica”, surge la duda si estamos, realmente, ante una nueva clasificación de las normas jurídicas, tal como sucede en el ordenamiento jurídico estadounidense, en el que las “actuaciones regulatorias significativas” (*significant regulatory action*)⁶⁶, tienen algunas especialidades en materia de procedimiento y de participación que las distinguen del resto de reglamentos que, sin ser “significativos”⁶⁷, tampoco tienen la consideración de *interim final rules* o *direct final rules*, categorías éstas últimas respecto a las cuales la participación se ve reducida significativamente⁶⁸.

A la espera de que el concepto de normas con un impacto significativo sea acotado en un futuro, ya sea a través de su desarrollo normativo o por la propia práctica

⁶⁶ De conformidad con la Orden Ejecutiva 12.866, son actuaciones regulatorias significativas [Sec. 3 (f)] aquellas actuaciones regulatorias que probablemente tendrán como resultado una norma que:

a) Tendrá un efecto anual en la economía de 100 millones de dólares o más; o producirá efectos adversos, desde un punto de vista material, en la economía o un sector de ésta, en la productividad, en la competitividad, en la ocupación, el medio ambiente, la salud pública, la seguridad o la administración o las comunidades estatales, locales o tribales.

b) Podrá crear una inconsistencia grave o una interferencia de otro tipo con una actuación adoptada o planeada previamente por una agencia.

d) Tendrá un impacto presupuestario en derechos, becas, cobros a usuarios o programas de préstamo, o bien en los derechos u obligaciones de los sujetos que los reciben:

e) Supondrá la asunción de nuevas atribuciones normativas o políticas que se encuentren fuera del mandato legal, difieran de las prioridades del Presidente o de los principios de regulación previstos en la propia Orden Ejecutiva 12.866.

⁶⁷ Así, mientras que la Orden Ejecutiva 12.866 prevé que, en relación a las actuaciones regulatorias significativas el plazo de participación mínimo es de 60 días, para el resto de reglamentos, no hay un período mínimo para remitir comentarios, siendo una cuestión que la agencia determina caso por caso, siendo revisable por la jurisprudencia.

⁶⁸ Las denominadas “*interim final rules*” son normas en las que la agencia considera que existe una buena causa que justifica que éstas se aprueben sin antes publicar la propuesta de norma. Este tipo de reglamentos son efectivos desde el momento en que se aprueban. En la mayoría de casos la agencia establece que modificará la norma reglamentaria en el caso de que reciba diversos comentarios en este sentido. En el caso de que la agencia decida no realizar cambios en la “*interim rule*” se publica un breve anuncio en el Registro Federal confirmando la norma publicada.

Por su parte, en las “*direct final rules*”, la agencia considera que no es necesario publicar una proposición de norma porque se trata de materias que resultan rutinarias o incontrovertidas, por lo que publica, de manera directa, la norma aprobada en el registro federal. En este caso, la agencia establece que la norma entrará en vigor en una determinada fecha, excepto en el caso de que reciba comentarios

de las Administraciones Públicas, y de poder valorar la incidencia de este aspecto en el desarrollo de los trámites participativos, no quisiéramos dejar de señalar que, en nuestra opinión, el impacto económico de las normas es un aspecto importante a tener en cuenta en las nuevas regulaciones, pero no hasta el extremo de actuar como centro de gravedad de toda la producción normativa. En este sentido, si bien es cierto que en España, el ejercicio de las potestades normativas ha determinado, en muchas ocasiones, la imposición de trámites y requisitos sin suficiente reflexión acerca del coste derivado de los mismos, tanto para la Administración como para los particulares⁶⁹, en la elaboración de disposiciones generales concurren muchos otros intereses. Hay muchas normas que, a pesar de no tener impacto económico (o de que éste sea escaso) pueden incidir de manera relevante en el día a día de los ciudadanos o tener un importante impacto social por lo que limitar la participación por la falta de impacto económico de la misma debe ser, a nuestro juicio, una posibilidad excepcional.

Adicionalmente, y sin perder de vista lo anterior, queremos también hacer referencia a una serie de cuestiones vinculadas a la participación que la LPACAP ha dejado pasar y que, bajo nuestro punto de vista, marcan la dirección en la que seguir avanzando en un futuro próximo.

En este sentido, consideramos que la consecución de una participación plena, que nos acerque a los sistemas más avanzados en esta materia, pasa por que se adopten las siguientes medidas:

- 1) Es necesario que, en el desarrollo de los trámites participativos, se produzca una *plena incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación* (TIC).

A pesar del avance que supone que el proyecto normativo y la documentación relativa al mismo puedan consultarse de manera telemática como consecuencia de las obligaciones de publicidad activa impuestas por la legislación de transparencia, se echa en falta que la participación se lleve a cabo, efectivamente, por medios electrónicos.

Esta cuestión se ha planteado como prioritaria en Estados Unidos, donde las agencias federales canalizan la participación a través de una plataforma

adversos relevantes durante el período de comentarios. En el caso de que no reciba comentarios adversos, publicará esta circunstancia en el Registro Federal; mientras que, si los recibe, la agencia tiene que empezar de nuevo el procedimiento por los trámites convencionales o bien finalizar definitivamente el procedimiento de aprobación de la norma.

⁶⁹ GAMERO CASADO, Eduardo (2014), “La simplificación del procedimiento administrativo como categoría jurídica”, en *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (Coord. E. GAMERO CASADO), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 33 y 34.

electrónica (Regulations.gov)⁷⁰. Sin excluir que los ciudadanos puedan hacer llegar sus alegaciones a la norma “en papel”, esta plataforma actúa como un foro virtual en el que los ciudadanos pueden “publicar” sus comentarios y leer también las aportaciones realizadas por otras personas⁷¹. Desde la puesta en marcha del Portal en enero de 2003, no tardaron en ponerse de manifiesto los importantes efectos positivos derivados de su utilización⁷², configurándose como una herramienta que ha tenido una gran acogida por parte de los ciudadanos⁷³. Ello ha llevado a que, en los últimos años, se haya dado una vuelta de tuerca más, adoptándose una serie de iniciativas y recomendaciones dirigidas a conseguir que el procedimiento de *e-rulemaking*

⁷⁰ Se trata de una web pública común a un gran número de agencias reguladoras (más de 170 entidades, pertenecientes a más de 15 Departamentos de Gabinete distintos), a través de la cual se publican los anuncios y se permite también remitir comentarios. BLOMBERG BRINGHAM, Lisa (2010) “The next generation of Administrative Law: Building the Legal infrastructure for collaborative governance”, *Wisconsin Law Review*, pág. 314.

⁷¹ Cuando los comentarios se realizan a través de la web, éstos son accesibles por el resto de los ciudadanos casi de inmediato; pues los mismos son “posteados” en un plazo aproximado de ocho horas laborables desde su sumisión en la página Regulations.gov. Si los comentarios se remiten en papel, son escaneados por la agencia para que así también estén disponibles en formato electrónico. Al respecto, *vid.* BALLA, Steven J. (2011), *Public Commenting on Federal Agency Regulations: Research on Current Practices and Recommendations to the Administrative Conference of the United States*, 15 de Marzo de 2011, Pág. 15. El trabajo está disponible en: <http://www.acus.gov/sites/default/files/documents/Consolidated-Reports-%2B-Memoranda.pdf>.

⁷² Las principales ventajas que, según la doctrina estadounidense, se predicen del procedimiento de *electronic rulemaking* son esencialmente tres. En primer lugar, la información en formato electrónico resulta mucho más accesible y fácil de encontrar que la información en papel, lo cual permite que las agencias amplíen el contenido del anuncio que se publica y, por ende, superar permitido superar los déficits respecto a la información de la que disponían los ciudadanos para realizar sus comentarios.

En segundo lugar, la canalización del procedimiento de elaboración de reglamentos a través de medios electrónicos ha contribuido reducir los costes de la participación, en la medida en que la gestión de los comentarios y aportaciones en formato electrónico requiere de menos recursos materiales y personales. En tercer lugar, la creación de un foro virtual para la realización de comentarios ha incrementado notablemente la calidad y utilidad de los mismos, pues resulta mucho más fácil que los ciudadanos encuentren, lean y respondan los comentarios realizados previamente por otras personas, lo que ayuda a centrar el objeto del debate y que la Administración identifique aquellas cuestiones que pueden resultar potencialmente conflictivas.

Sobre el tema, *vid.*: LUBBERS, Jeffrey S. (2010) “A Survey of Federal Agency Rulemaker’s Attitudes About E-Rulemaking”, *Administrative Law Review* núm. 62, pp. 454 y ss.; BRANDON, Barbara H., CARLITZ, Robert D. (2002), “Online rulemaking and other tools for strengthening our civil infrastructure”, *Administrative Law Review*, núm. 54, pág. 1442

⁷³ Así se puso de manifiesto con motivo de la iniciativa *Regulations.gov Exchange*, puesta en marcha en 2003, a través de la cual los ciudadanos podían presentar propuestas y comentarios dirigidos a mejorar el procedimiento de *rulemaking*. Según los datos ofrecidos por este mismo portal, durante un período de cinco años, la plataforma recibió más de 110 millones de visitas y 580.000 comentarios. <http://www.whitehouse.gov/open/innovations/Regulations-gov-Exchange>

sea aún más social y colaborativo, erigiéndose como un auténtico procedimiento 2.0⁷⁴.

Teniendo en cuenta el ejemplo sentado por las agencias estadounidenses, consideramos que, en nuestro país, sería de gran utilidad que, no sólo se permita la remisión de las alegaciones de manera electrónica; sino que se implanten auténticas plataformas electrónicas de participación, a través de las cuales los ciudadanos puedan ver las alegaciones remitidas con anterioridad por otras personas e interactuar con los poderes públicos; siendo este un sistema que, en nuestro país, cuenta ya con algunas experiencias pioneras a nivel legislativo que han funcionado con éxito⁷⁵.

2) *Los plazos para participar en la elaboración de una norma deben ser adecuados*⁷⁶.

En nuestro país, los plazos para presentar comentarios se han demostrado, en muchas ocasiones, excesivamente breves para que los ciudadanos puedan estudiar toda la documentación que acompaña un proyecto normativo y preparar adecuadamente sus aportaciones.

Respecto a esta cuestión, a pesar que la LPACAP prevé que los trámites participativos deben realizarse de tal forma que los potenciales destinatarios de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión (art. 133.3), es un ámbito en el que parece van a imponerse los viejos hábitos. Así, a nivel estatal, aunque el art. 26.2 *in fine* LG establece que se proporcionará a los

⁷⁴ JOHNSON, Stephen M. (2013) "Beyond the usual suspects: ACUS, Rulemaking 2.0, and a vision for broader, more informed and more transparent rulemaking", *Administrative Law Review* núm. 65, pp. 104 y siguientes; FARINA, Cynthia R. (2011) "Rulemaking 2.0", *University of Miami Law Review* núm. 65, 2011, pág. 406; COGLIANESE, Cary (2006) "Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and future", *Duke Law Journal* núm. 55, pp. 952-954, 956-958.

⁷⁵ Podemos así referirnos al portal Escó136 creado por el *Parlament de Catalunya*, el cual se configura como un espacio de participación ciudadana, en el que los ciudadanos pueden realizar aportaciones, comentarios o sugerencias sobre los proyectos y proposiciones de ley que se están tramitando. Dichas aportaciones se ponen a disposición de los órganos tramitadores, que pueden contestarlas en ese mismo foro. Tanto las aportaciones como las respuestas son visibles en el espacio participativo y el resultado del debate es utilizado durante el trabajo de los órganos tramitadores, además de quedar reflejado en una memoria anexa a las iniciativas tramitadas, en la que se destacan las aportaciones finalmente incorporadas al texto <http://www.esco136.cat/>

⁷⁶ A nivel Comunitario, en cambio, esta cuestión ha sido tenida en cuenta como una de las medidas para fomentar la participación. Así, en cumplimiento de los compromisos asumidos en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea [COM (2001) 428 final, de 12 de octubre de 2001], se adoptó la Comunicación de la Comisión "Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas" [COM (2002) 704 final, de 11 de diciembre de 2002]. Entre estas normas mínimas, se establece que la Comisión debe dar suficiente tiempo para planificar y responder a las invitaciones y contribuciones que se realicen por escrito, debiendo conceder un plazo de, al menos ocho semanas, para recibir respuestas.

destinatarios de los trámites participativos “tiempo suficiente”, se mantienen los mismos períodos previos a la reforma, esto es: quince días naturales como período mínimo, reducibles a siete cuando el reglamento se tramite por la vía de urgencia.

En este punto, consideramos que es necesario encontrar un equilibrio entre la garantía de la participación ciudadana y la agilidad en la toma de decisiones que requieren, en ocasiones, los procedimientos de producción normativa. La conciliación de ambos intereses entendemos que podría lograrse fácilmente si se fijara un plazo mínimo para participar, aunque incentivando a los poderes reguladores a establecer plazos mayores, atendiendo a la complejidad de la norma, la importancia de la materia o el volumen de la documentación que justifica la propuesta o el plazo del que dispone la Administración para aprobar la norma (fijado por ejemplo, en una Directiva comunitaria o en una Ley respecto a un reglamento). El plazo finalmente elegido sería mas una cuestión a justificar en las memorias de análisis de impacto normativo o documentos equivalentes.

Asimismo, también podría preverse la posibilidad de abrir un doble período de comentarios, tal como sucede en Estados Unidos, donde es una práctica común a muchas agencias que el período de comentarios “ordinario” vaya seguido de un período de “réplica”⁷⁷ en el que sólo pueden participar aquellas personas que ya hubiesen realizado comentarios durante el primer período de participación y en el que se exige, además, cierto grado de interrelación o continuidad entre los comentarios realizados. En nuestro país, la posibilidad de un segundo período para presentar alegaciones podría configurarse como una cuestión a valorar, caso por caso, según el número de alegaciones recibidas y las cuestiones suscitadas en las mismas.

- 3) Deben incorporarse *medidas que contribuyan a estimular la participación* y a lograr que los comentarios realizados por los ciudadanos sean de mejor calidad y, por ende, de mayor utilidad para la Administración.

Aunque es sumamente relevante la reciente consagración del carácter informado de la participación, esta medida no aumenta el conocimiento que tienen los ciudadanos respecto al desarrollo de los procedimientos de elaboración de normas en términos generales; pues estamos ante procedimientos

⁷⁷ Aunque la APA no se refiere a este doble trámite participativo, esta cuestión sí se recoge en algunas leyes especiales, aplicables por razón de la materia sobre la que versa la regulación, como, por ejemplo, la *Clean Air Act* [42 U.S.C. 7607 (d)(5)] o la *Toxic Substances Control Act* [15 U.S.C. 2605 (c)(3)(A)], entre otras.

complejos que, normalmente, resultan incomprensibles y opacos para los ciudadanos, lo cual dificulta su participación⁷⁸.

Para solventar esta situación, consideramos que los poderes públicos con competencias normativas deberían realizar guías o libros blancos de participación, en los que se hicieran recomendaciones sobre la mejor manera de remitir alegaciones e, incluso, se pusieran a disposición de los ciudadanos formularios tipo para que éstos pudieran presentar sus observaciones⁷⁹. Y es que la falta de directrices que existe en nuestro ordenamiento sobre la manera de participar supone para los ciudadanos, más que una ventaja, un auténtico quebradero de cabeza, teniendo en cuenta la inexperiencia con la que, normalmente, éstos afrontan la posibilidad de intervenir en la elaboración de una disposición general.

- 4) Los poderes públicos tienen que *valorar de manera adecuada las aportaciones* que los ciudadanos lleven a cabo sobre la norma que se está elaborando.

Partiendo del carácter esencial que tiene la participación en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales, su realización no puede quedar reducida a una formalidad. Para ello, consideramos que debería consagrarse la publicidad sobre las alegaciones recibidas en relación a cada proyecto normativo y su impacto en el texto finalmente aprobado, debiendo concretarse por parte de los poderes públicos cuáles son los motivos que han llevado a incorporar unas alegaciones y a rechazar otras⁸⁰.

Esta medida, ya prevista en algunas normas autonómicas, tanto de procedimiento como de transparencia⁸¹, debería entenderse integrada en el carác-

⁷⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003), *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, pp. 116 y ss.

⁷⁹ En Estados Unidos, la *Administrative Conference of the United States* (ACUS) ha adoptado diversas iniciativas que apuntan en esa dirección. Podemos destacar así la Recomendación acerca de los comentarios realizados en el procedimiento de elaboración de reglamentos de 16 de junio de 2011, en la que se exhorta a las oficinas de gestión de proyectos de cada agencia a elaborar un documento en el que se especifiquen los comentarios que se consideren más valiosos; y también una lista de buenas prácticas para los ciudadanos participantes en el procedimiento de elaboración de normas.

⁸⁰ En el sistema estadounidense, esta valoración de las aportaciones recibidas en los procedimientos de *rulemaking*, denominada "*consideration*", es un elemento esencial del mismo, lo que comporta que se declare la nulidad de la norma cuando la agencia no haya considerado suficientemente los comentarios; pues entonces su actuación se considera "arbitraria y caprichosa" [*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)], especialmente cuando a través de las alegaciones realizadas se proponen alternativas a la regulación proyectada.

⁸¹ En particular, el art. 64.5 Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico de las administraciones públicas de Cataluña dispone: "El expediente debe incluir una memoria de las observaciones y alegaciones presentadas en los trámites de consulta interdepartamental, audiencia, información pública e informes, si

ter informado de la participación; pues ello permitiría que los ciudadanos conozcan, en términos generales, cuáles son las aportaciones que tienen un mayor valor para la Administración.

- 5) *Debe regularse la intervención de los grupos de interés en la elaboración de disposiciones generales*, garantizando el conocimiento y el control de la actividad desarrollada por estos sujetos.

Partiendo de que son pocas las normas que se aprueban sin que se consulte a los principales grupos de interés o *lobbies* afectados por la misma⁸², es evidente que estos sujetos disponen de una serie de medios personales y técnicos para preparar sus aportaciones de las que carecen el resto de ciudadanos, cuestión que adquiere especial relevancia cuando la participación de unos y otros se lleva a cabo por los mismos cauces⁸³.

Por el momento, en nuestro país, la actividad desarrollada por grupos de interés o *lobbies* es una cuestión que sólo se encuentra regulada, a nivel autonómico, por la Ley catalana 19/2014, que dedica su Título IV al Registro de Grupos de Interés (arts. 47 a 53)⁸⁴. En esta regulación autonómica no se ignora que, entre las actuaciones desarrolladas por grupos de interés, se en-

procede, así como de las razones que han conducido a la desestimación de las mismas, si se da el caso”. En el mismo sentido, el art. 10.d) de la Ley catalana 19/2014 prevé que serán objeto de publicidad activa la valoración de los procedimientos de información pública y participación ciudadana.

Por su parte, el art. 5.2.e) de la Ley foral 11/2012 reconoce el derecho “A que se haga público el resultado definitivo del procedimiento en el que ha participado y se le informe de los motivos y consideraciones en los que se basa la decisión adoptada, incluyendo la información relativa al proceso de participación pública”; previsión idéntica a la que contiene la Ley Canaria 5/2010 en su art. 18.3.

⁸² Al respecto, SANTAMARÍA PASTOR afirma: “en la actualidad, ningún responsable político dotado de una mínima sensatez osa poner en marcha el procedimiento de elaboración de una norma relevante sin tomar un contacto directo con algunos de los actores económicos y sociales dotados de mayor influencia de los que van a ser afectados por la norma (...)”. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004): pág. 84.

⁸³ En Estados Unidos, país pionero en regular el fenómeno del *lobbying*, se ha puesto de manifiesto que la mayoría de comentarios recibidos durante los procedimientos de elaboración de normas provienen de grupos de interés, en lugar de ciudadanos individuales; y que, además, la Administración, se muestra más receptiva a aceptar o introducir las aportaciones realizadas por estos sujetos.

Sobre el tema: COGLIANESE, Cary (2006), “Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and future”, *Duke Law Journal* núm. 55. El autor pone como ejemplo de esta tendencia los procedimientos de elaboración de normas consideradas como significativas que la EPA llevó a cabo entre 1989 y 1991, en los cuales sólo el 6% de los comentarios, aproximadamente, fue llevado a cabo por parte de ciudadanos a título individual (pág. 951).

Vid también: MARTINO GOLDEN, Marissa (1998), “Interest Groups in the Rule-Making Process: who participates? Whose Voices Get Heard?”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, Abril 1998.

⁸⁴ En 2016 se ha creado también un Registro de grupos de interés específico para las actividades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; aunque la regulación de dicho Registro, efectuada

cuentra su participación en los procedimientos de elaboración de reglamentos. Es por ello que el art. 47 de la Ley catalana 19/2014 incluye de forma expresa en el ámbito de aplicación subjetivo del Registro aquellas personas y organizaciones que, con independencia de su forma o estatuto jurídico, en interés de otras personas u organizaciones, lleven a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración de disposiciones generales. Desde un punto de vista objetivo, el mismo precepto se refiere a las actividades llevadas a cabo con la finalidad de influir, directa o indirectamente, en los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas, incluyendo a estos efectos la participación voluntaria en “consultas oficiales” sobre propuestas normativas⁸⁵, las cuales deben ser objeto de inscripción en el Registro creado por la Ley (art. 49). Estas previsiones se tienen que poner en relación con lo previsto en el art. 10.d) de la misma Ley 19/2014, que prevé que será objeto de publicidad activa la relación y valoración de los documentos originados por la intervención de los grupos de interés en la elaboración de proyectos normativos.

A nivel estatal, aunque sin entrar a regular las actuaciones de *lobbying* con carácter general, la LGUM reconoce expresamente la intervención de los operadores económicos en los trabajos que desarrollan las conferencias sectoriales (art. 12 LGUM); aunque el trabajo de estas conferencias, en consonancia con los objetivos perseguidos por la Ley, queda circunscrito a la detección de las distorsiones que se producen en la unidad de mercado.

Atendiendo a lo anterior, y pese al avance que suponen las previsiones citadas, que parten de un vacío absoluto en la regulación del fenómeno del *lobbying* en nuestro país, consideramos que las normas citadas no llegan a solventar la problemática señalada respecto a la intervención de los grupos de interés en la elaboración de normas y su incidencia en la participación ciudadana. En este sentido, la Ley catalana no trata cuestiones tan importantes

a través de un Acuerdo de su Presidente de 26 de febrero de 2016, no aspira a ser, como en el caso de la Ley catalana, una regulación completa de este fenómeno.

⁸⁵ Bajo este concepto entendemos que se incluyen las posibles alegaciones o aportaciones que los grupos de interés presenten durante los trámites de audiencia, información pública, consulta previa o cualesquiera otros trámites participativos que se lleven a cabo. Se trata, no obstante, una terminología que no casa con los trámites que, en la actualidad, integran los procedimientos de elaboración de reglamentos, y que entendemos deriva de la gran influencia que, en la redacción del Título IV de la Ley 19/2014, ha tenido el Acuerdo del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea relativo al Registro de transparencia sobre organizaciones y personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea de 16 de abril de 2014. Este último acuerdo incluye en su ámbito de aplicación aquellas actuaciones cuyo objeto sean “las contribuciones voluntarias y la participación en consultas oficiales o audiencias sobre actos legislativos u otros actos jurídicos previstos de la Unión o en otras consultas abiertas”.

como el momento procedimental en el que los grupos de interés pueden intervenir en la elaboración de una disposición general; los cauces oportunos para hacerlo (además de la ya referida participación voluntaria en consultas oficiales); o el instrumento a través del cual la Administración dará cuenta al resto de ciudadanos del impacto que la actuación de estos sujetos ha tenido en la norma finalmente aprobada. El mismo vacío se produce respecto a las conferencias sectoriales contempladas en la LGUM, pues esta ley resulta imprecisa respecto a la forma de conocer y atender los planteamientos de los operadores económicos⁸⁶.

Teniendo en cuenta cuanto antecede, consideramos que las especialidades que reviste la intervención de los grupos de interés en los procedimientos de elaboración de normas justifican la existencia de una regulación específica, que vaya más allá de la obligación de inscribir la actuación de *lobbying* en el registro correspondiente. En esta línea, es necesario en primer lugar que los poderes reguladores hagan públicas las aportaciones realizadas por *lobbies* a un determinado proyecto normativo, la valoración de las mismas y su impacto en la norma finalmente aprobada. Estas cuestiones deberían ser objeto de una memoria específica, que tendría que difundirse a través del Portal de la Transparencia correspondiente, tal como sucede con el resto de memorias e informes que integran los expedientes de elaboración de textos normativos [art. 7.1.d) LTBG].

Asimismo, y en segundo lugar, procede establecer unos cauces de participación diferenciados para los “ciudadanos de a pié”, por un lado, y para los grupos de interés o *lobbies*, por otro. La finalidad de todo ello es evitar que las aportaciones llevadas a cabo por los grupos de interés diluyan el posible impacto que los comentarios realizados por el resto de ciudadanos pueden tener en el contenido de la norma finalmente aprobada. De este modo, se permitiría que ambos comentarios no fueran valorados con una misma vara de medir y que, de los trámites participativos, se puedan extraer dos tipos diferenciados de aportaciones: por un lado, aquellas realizadas

⁸⁶ En este sentido, el Informe del Consejo de la Unidad de Mercado del año 2015, al valorar la actividad desarrollada por las 20 conferencias sectoriales convocadas en el momento de emitirse el Informe, señalaba que el método de trabajo de cada Conferencia Sectorial requiere de una mayor institucionalización con el fin de garantizar su continuidad; y que sería oportuno precisar en cada Conferencia Sectorial el método a seguir, en su caso, para conocer y atender los planteamientos de los operadores económicos, garantizando que sus contribuciones puedan ser valoradas y tenidas en cuenta por las Administraciones competentes, tal como establece la LGUM. Informe del Consejo de la Unidad de Mercado de 27 de enero de 2015 [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/INFORME_CUM-Enero_2015.pdf]. Pág. 26.

por grupos de interés o *lobbies*, probablemente más perfeccionadas desde un punto de vista técnico y jurídico, aprovechando el conocimiento en manos de estos sujetos; y, por otro lado, aquéllas realizadas por ciudadanos, en virtud de las cuales se obtiene una visión de la materia a regular que sólo tienen aquéllos a los que la misma afecta en su día a día, satisfaciendo así la función garantista de la participación.

En este contexto, consideramos que, tal como hace la LGUM y también se prevé en otros ordenamientos⁸⁷, sería oportuno optar por un sistema de participación caracterizado por la transacción entre los grupos de interés y los poderes públicos⁸⁸. En este sentido, la elaboración de un proyecto normativo podría ir precedida de un trámite de negociación con los principales grupos afectados mediante su integración en grupos de trabajo o comisiones *ad hoc*; práctica que, en la actualidad, resulta habitual⁸⁹ pero que carece de cualquier regulación. Se trataría de fijar en una norma los supuestos en los que procede la negociación del proyecto normativo⁹⁰, la manera de determi-

⁸⁷ Así, en Estados Unidos, el denominado procedimiento negociado de elaboración de normas está regulado en la *Negotiated Rulemaking Act* (NRA) y en la *Administrative Dispute Resolution Act*, ambas de 1990. En aplicación de estas leyes, se crean comisiones *ad hoc* formadas por representantes de la Administración y del sector privado que negocian los términos de la futura norma. Al respecto, hay que destacar que no estamos propiamente ante un procedimiento de elaboración de normas autónomo, pues las negociaciones de la comisión no culminan con la aprobación de una norma; sino con una propuesta o proyecto, que después seguirá los cauces del procedimiento de elaboración de normas que correspondan (normalmente, el de *notice and comment*). Sobre el tema, *vid*: LANGBEIN, Laura I., KERWIN, Cornelius M. (2000) “Regulatory Negotiation versus Conventional Rule Making: Claims, Counterclaims and Empirical Evidence”, *Journal of Public Administration Research and Theory*.

En Alemania también se sigue un sistema similar en relación a la elaboración de normas con rango de Ley, pues el Reglamento Común de los Ministerios Federales (GGO) de la República Federal, prevé que en todos los proyectos de ley importantes debe haber una toma de contacto con los grupos de interés afectados. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Luis (2012), *La influencia de los grupos de interés en el proceso legislativo socioeconómico*, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, pág. 88.

⁸⁸ En el mismo sentido: PONCE SOLÉ, Juli (2015), *Negociación de normas y lobbies*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015; DEL OLMO ALONSO, Jesús (1998), “El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos”. *RVAP* núm. 52.

⁸⁹ A modo de ejemplo, por Acuerdo del Gobierno español de 5 de julio de 2013, se nombró una Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario. Dicho Comisión, realizó un análisis del sistema existente con el fin de preparar un conjunto de propuestas de reforma que se incorporaron en un informe, que se presentó en febrero de 2014 (<http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>).

⁹⁰ Entendemos que debería implantarse un sistema similar al estadounidense, en el que la apertura del trámite de negociación tiene carácter potestativo, por lo que la agencia reguladora debe valorar, en cada caso, si ésta procede, o no, teniendo en cuenta, entre otros criterios: la materia a regular; la facilidad para identificar los principales grupos de interés afectados; y la posibilidad de crear comisiones u órganos de negociación con una composición equilibrada.

nar la composición de los órganos de negociación, las reglas aplicables a su funcionamiento o el régimen de publicidad aplicable a sus trabajos.

En definitiva, las medidas propuestas tratan de llevar la participación en la elaboración de normas a otro nivel. Los progresos producidos en los últimos años son relevantes y, aunque es necesario digerirlos e integrarlos adecuadamente en la forma de hacer de nuestros poderes públicos, no lo es menos seguir innovando e incorporando nuevas fórmulas para involucrar a los ciudadanos en la formación del ordenamiento jurídico.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, Manuel (1986), “La iniciativa legislativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 16.
- ARAGUÀS GALCERÀ, Irene (2016), *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, Ed. Atelier, Barcelona.
- ASTARLOA VILLENA, Francisco (2002-2003), “La iniciativa popular en España”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11.
- BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción (2011), “De nuevo sobre la “crisis de la participación administrativa”, *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (Coord. F. LÓPEZ MENUDO), Ed. Iustel, Madrid.
- BELLO PAREDES, Santiago A. (2011), “Los organismos reguladores”, en *Comentarios a la ley de economía sostenible* (Dir. S.A. BELLO PAREDES), La Ley, Madrid.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2010), *Mejorar la regulación. Una guía de las razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma (1987), “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 19.
- BLANQUER CRIADO, David (1998), *El control de los reglamentos arbitrarios*, Ed. Civitas, Madrid.
- BLOMBERG BRINGHAM, Lisa (2010) “The next generation of Administrative Law: Building the Legal infrastructure for collaborative governance”, *Wisconsin Law Review*.
- BRANDON, Barbara H., CARLITZ, Robert D. (2002), “Online rulemaking and other tools for strengthening our civil infrastructure”, *Administrative Law Review*, núm. 54.
- COGLIANESE, Cary (2006) “Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and future”, *Duke Law Journal* núm. 55.
- CUTANDA, Blanca (2007), “Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 37.

- DE LA CRUZ FERRER, Juan (1988), “Hacia la garantía jurisprudencial de la Audiencia en la elaboración de reglamentos”, *Poder Judicial*, núm. 9.
- DELGADO BARRIO, Javier (1994), “Participación ciudadana y disposiciones generales”, Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito contencioso administrativo, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid.
- DELONG, James (1979), “Informal Rulemaking and the Integration of Law and Policy”, *Virginia Law Review* núm. 65.
- DIVER, Colin S. (1981) “Policymaking Paradigms in Administrative Law”, *Harvard Law Review* núm. 95.
- ELLIOTT, Donald E. (1992) “Reinventing Rulemaking”, *Duke Law Journal* núm. 41.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio (1994), “En torno a la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos por las comunidades autónomas”, *Autonomías* núm. 18.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Luis (2012), *La influencia de los grupos de interés en el proceso legislativo socioeconómico*, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona.
- FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck y PÉREZ ALBERDI, María Reyes (2005), “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: El artículo 105 a) de la Constitución”, en *Gobierno y Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (Coord. P.L. MURILLO DE LA CUEVA), Tirant lo Blanch, Valencia
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María (2014), *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- FONT I LLOVET, Tomàs (2009), “Los órganos consultivos y la calidad normativa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11.
- FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel (2016), “De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejora regulatoria” en *Instituciones de procedimiento administrativo. Novedades de la Ley 39/2015* (Dir. R. RIVERO ORTEGA, M^a D. CALVO SÁNCHEZ, M. FERNANDO PABLO, M.), Juruá Editorial, Curitiba-Paraná.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2016), “Modificaciones introducidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (Disposición final tercera)”, en AAVV (Dir. H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El Consultor de los ayuntamientos Wolters Kluwer, Madrid.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2014), “La simplificación del procedimiento administrativo como categoría jurídica”, en *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración* (Coord. E. GAMERO CASADO), Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2008), *Curso de Derecho Administrativo I, Curso de Derecho Administrativo I*, Decimocuarta Edición, Ed. Aranzadi, Navarra.

- JOHNSON, Stephen M. (2013) “Beyond the usual suspects: ACUS, Rulemaking 2.0, and a vision for broader, more informed and more transparent rulemaking”, *Administrative Law Review* núm. 65.
- KERWIN, Cornelius M., FURLONG, Scott R. (2011) *Rulemaking. How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Fourth Edition, CQ Press, Washington D.C.
- LANGBEIN, Laura I., KERWIN, Cornelius M. (2000) “Regulatory Negotiation versus Conventional Rule Making: Claims, Counterclaims and Empirical Evidence”, *Journal of Public Administration Research and Theory*.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José (1991) *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Ed. Civitas, Madrid.
- LUBBERS, Jeffrey S. (2010) “A Survey of Federal Agency Rulemaker’s Attitudes About E-Rulemaking”, *Administrative Law Review* núm. 62.
- MARTINO GOLDEN, Marissa (1998), “Interest Groups in the Rule-Making Process: who participates? Whose Voices Get Heard?”, *Journal of Public Administration Research and Theory*.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (2011), “La ampliación de la iniciativa legislativa popular”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 80.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2004), “La “democracia orgánica” y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos”, *Revista de estudios políticos*, núm. 126.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2012), “Procedimiento de elaboración de reglamentos y better regulation”, en *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña* (Coord. J. TORNOS MAS), Ed. Iustel, Madrid.
- MONTORO CHINER, María Jesús (2001), *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona.
- MORA RUIZ, Manuela (2016), “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (Dir. H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO), El Consultor de los ayuntamientos Wolters Kluwer, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1982), *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1986), *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Ed. Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1987), “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, *RAP* núm. 84.
- NIETO, Alejandro (1975), “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *RAP* núm. 76.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén (2015); “La buena legislación en los contratos del sector público: una necesidad inaplazable”, *Die gute Rechtsetzung, Forschungsinstitut für öffentliche, Verwaltung*, University Speyer.

- DEL OLMO ALONSO, Jesús (1998), “El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos”. *RVAP* núm. 52.
- ORDUÑA PRADA, Enrique (2016), “Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa* núm. 2.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (1998), “Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dir. Ó. ALZAGA VILLAAMIL), Tomo VIII, Artículos 97 a 112, EDESA, Madrid.
- PONCE SOLÉ, Juli (2015), *Negociación de normas y lobbies*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2007), *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente, Comentario Sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Aranzadi, Pamplona.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Juan Antonio (2007), “Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos” en *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro* (Coord. J.F. ALENZA GARCÍA y J.A. RAZQUIN LIZARRAGA), Ed. Aranzadi, Navarra.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1988), “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *Revista de Administración Pública* núm. 115.
- REVUELTA, Ana, VILLORIA, Manuel (2016), “La regulación de los grupos de interés como instrumento de prevención de la corrupción”, en: *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (Dir. M. VILLORIA MENDIETA, J.M. GIMENO FELIU, J. TEJEDOR BIELSA), Ed. Atelier, Barcelona.
- REVUELTA PÉREZ, Inmaculada (2014), “Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria”, *RAP* núm. 193.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francesc (1996), “Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones”, *Autonomies* núm. 21.
- SAINZ MORENO, Fernando (1995), “Problemas actuales de la técnica normativa” en *Anuario Jurídico de La Rioja*.
- SALA ATIENZA, Pascual (2008), “El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RAP* núm. 177.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), *La participación del ciudadano en la Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1985), “Artículo 87”, en *Comentarios a la Constitución* (Dir. F. GARRIDO FALLA), Ed. Civitas, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004), “Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas”, *Revista Española de la Función Consultiva*, Julio/Diciembre 2004.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016), “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *REDA* núm. 175.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003), *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (1992), *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia.?*, Ed. Tecnos, Madrid.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (2016), *Derecho Urbanístico de Catalunya*, Ed. Atelier, Barcelona.

La tributación de la vivienda vacía en el ámbito autonómico y local. Algunas reflexiones a la luz del artículo 6.3 LOFCA

Lucía Urbano Sánchez

Área de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL GRAVAMEN DE LA VIVIENDA DESOCUPADA. EN PARTICULAR, SU COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA. 1. Las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional a los denominados tributos “extrafiscales”. 2. La compatibilidad de la tributación de la vivienda vacía con el principio de capacidad económica. III. EL IMPUESTO CATALÁN SOBRE LAS VIVIENDAS VACÍAS. 1. Introducción. 2. El régimen jurídico del Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías. A. Algunos elementos esenciales del impuesto: el hecho imponible y el ámbito objetivo. B. A vueltas con el ámbito subjetivo del impuesto. C. Otros aspectos relativos a su configuración. IV. EL RECARGO POR VIVIENDA DESOCUPADA EN EL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES. 1. Consideraciones previas. 2. Hecho imponible distinto del que da lugar a la exacción del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. 3. La necesaria existencia de desarrollo reglamentario estatal para su aplicación. V. ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD DEL IMPUESTO CATALÁN SOBRE LAS VIVIENDAS VACÍAS CON EL RECARGO DEL ARTÍCULO 72.4 TRLRHL. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN. Este artículo trata de ofrecer una visión general sobre la tributación de la vivienda vacía en España a nivel autonómico y local mediante el análisis de los distintos gravámenes que sobre la misma están previstos en sendos niveles territoriales del Estado Español. El presente trabajo se centra, fundamentalmente, en el estudio del único impuesto de este tipo creado por una Comunidad Autónoma de

régimen común, a saber, el Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías, y en el análisis del conocido como “recargo sobre viviendas desocupadas” del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Asimismo, se comentan las observaciones que han sido realizadas al respecto por la doctrina y la jurisprudencia, y se reflexiona sobre la compatibilidad entre los citados gravámenes a la luz del artículo 6.3 LOFCA.

PALABRAS CLAVE: vivienda vacía, renta potencial, función social de la vivienda, impuesto catalán sobre viviendas vacías, recargo sobre el IBI.

ABSTRACT: This article seeks to provide a general overview on taxation of empty housing at the regional and local level, through the analysis of some taxes that are provided for by these two territorial levels of the Spanish State. This work mainly focuses on the study of the only tax of this type created by a common regime Autonomous Community, namely the Catalan vacant housing tax, and, besides, in the study of the taxation known as “surcharge on unoccupied housing” over the municipal property tax. In addition, observations that have been made by legal doctrine and jurisprudence are exposed in this work, as well as a reflection about the compatibility among these aforementioned taxes in the light of article 6.3 of the Law on Financing of Autonomous Communities.

KEYWORDS: empty dwelling, potential income, social function of housing, Catalan vacant housing tax, surcharge over the municipal property tax.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país cuenta con un considerable parque de viviendas vacías compuesto por aproximadamente 3,4 millones de viviendas de los 25,2 millones de viviendas totales existentes en España, según el Censo de Población y Viviendas realizado en el año 2011 por el Instituto Nacional de Estadística¹.

Estos datos hay que interpretarlos dentro de un contexto en el que conviven realidades claramente opuestas y en el que, tras la crisis económica imperante en nuestro país desde 2008, dicho contraste se ha agravado. El panorama al que aludimos lo conforman, por una parte, un importante stock de viviendas vacías que no se ofrecen y que, en gran parte, pertenecen a personas jurídicas (fundamentalmente, entidades financieras, filiales inmobiliarias y entidades de gestión de activos²). Y, por

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: «Censos de Población y Viviendas 2011. Edificios y viviendas. Datos provisionales», *Notas de prensa INE*, 18 abril 2013, pág. 1.

² NAVARRO GARCÍA, A.: «Medidas fiscales para garantizar el Derecho de Acceso a la Vivienda: el recargo del IBI y otras medidas tributarias sobre las viviendas desocupadas», *Tributos Locales*, núm. 123, diciembre 2015-enero 2016, pág. 48.

otra parte, la creciente demanda social de viviendas en alquiler asequible, o simplemente en alquiler, de un sector de la población que encuentra serias dificultades para acceder a la vivienda debido a la falta de recursos para su adquisición en propiedad y a los impedimentos, asimismo, existentes para acceder a ella por la vía del alquiler (porque o bien no se ofrecen viviendas en alquiler, pese a estar vacías, o el precio del alquiler no es módico). Nos estamos refiriendo a los colectivos más vulnerables y, entre ellos, especialmente a las personas desahuciadas en estos últimos años por no haber podido hacer frente a sus préstamos hipotecarios.

En aras de mejorar esta coyuntura, son diversas las medidas que pueden ser adoptadas. Entre ellas, y sin ánimo de exhaustividad, podemos encontrar: por un lado, las medidas de flexibilización del mercado del alquiler de viviendas -como las introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio³-. Por otro lado, también es posible la adopción de medidas de política fiscal, ya sea de incentivos fiscales al alquiler o de gravámenes sobre la desocupación de la vivienda. Y, en fin, incluso han sido empleadas a tal efecto técnicas de intervención administrativa basadas en el alquiler forzoso de la vivienda desocupada o consistentes en la imposición de sanciones cuando no se da efectiva habitación a la misma⁴.

En concreto, ha habido Comunidades Autónomas que han establecido medidas de expropiación forzosa dirigidas a facilitar el acceso a la vivienda. Un ejemplo de ello es la medida que adoptó el Parlamento de Cataluña en el art. 42.6 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, que establecía la posibilidad de que la Administración pudiera declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad y, por consiguiente, acordar el alquiler forzoso de las viviendas desocupadas injustificadamente en ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada. No obstante, cabe indicar que actualmente esta medida no se encuentra vigente ya

³ GARCÍA CALVENTE, Y.: «Incidencia de la política económica en el diseño del IRPF. Especial referencia al tratamiento fiscal de la vivienda» en AA.VV. (Coord. PATÓN GARCÍA, G.): *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, CISS, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 344.

⁴ Constituyen infracciones de este tipo las tipificadas en los arts. 53.1 a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía; y 106 i) de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda en Canarias; actualmente sin aplicación por mantener suspendidos el Tribunal Constitucional, entre otros, los preceptos de las respectivas leyes que dan nueva redacción -en el caso de Andalucía-, o bien, introducen -en el supuesto de Canarias- los artículos mencionados (AATC 32/2015, de 15 de febrero; y 135/2015, de 21 de julio). Asimismo, la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su art. 123.3 a) bis, califica como infracción muy grave en materia de vivienda de protección oficial “[n]o adoptar, una persona jurídica, en el transcurso de un año natural a contar desde la adquisición de la vivienda, ninguna de las medidas tendentes al cumplimiento efectivo y legal de la obligación de destinarlo a residencia habitual y permanente de personas físicas” [en relación con este precepto, véase MARÍN-BARNUEVO, D.: «Medidas para disuadir la tenencia de viviendas desocupadas», *idl-blog*, septiembre 2015. Disponible en: <http://www.idluam.org/blog/?p=352> (consultado por última vez el día 10/12/2016)].

que el art. 161 de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica derogó los apartados 6 y 7 del art. 42 de la Ley 18/2007.

Esta medida resultaba polémica a todas luces porque, aunque iba dirigida a garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada establecido en el art. 47 CE, podía poner en entredicho otro derecho también constitucional, a saber, el derecho a la propiedad privada garantizado en el art. 33 CE⁵. Asimismo, dentro de la doctrina hubo quien consideró que la citada medida no superaba el test de proporcionalidad basándose en que la misma no era necesaria dada «la existencia de alternativas menos gravosas para los derechos de los propietarios e igualmente beneficiosas para la sociedad»⁶ como son los incentivos fiscales al arrendamiento de vivienda, es decir, las medidas dirigidas a mejorar la fiscalidad tanto de los arrendatarios como de los arrendadores.

Con la misma finalidad de estas controvertidas medidas de expropiación forzosa, pero con ciertas diferencias en su configuración, encontramos la Disposición Adicional primera de la Ley andaluza 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda⁷; y la Disposición Adi-

⁵ ÁLVAREZ BARBEITO, P.: «Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda vacía en España», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 2008, pág. 23. Ahora bien, es oportuno indicar que el derecho a la propiedad privada consagrado en la Constitución no puede entenderse hoy en día como «una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil» (STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9). En efecto, el art. 33.2 CE establece que: «[l]a función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes» y el apartado 3 que: «[n]adie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». El máximo intérprete de la Constitución, en la STC 93/2015, de 14 de mayo, interpreta este art. 33 CE entendiendo que el derecho constitucional de propiedad privada «se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2)» (FJ 13). Asimismo, el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 37/1987, de 26 de marzo reconoce que «es claro que la regulación constitucional de la expropiación no supone una negación del derecho de propiedad privada, sino sólo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores, con respeto del contenido económico del derecho sacrificado, que se transforma en el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho del que el titular ha sido forzosamente privado» (FJ 4). Por lo expuesto, y en virtud de otros pronunciamientos del Tribunal más recientes, podemos concluir que para que el derecho a la propiedad privada quede a salvo en estos casos de expropiación forzosa es imprescindible que se conceda al afectado la correspondiente indemnización o contraprestación económica por la privación del pleno dominio de su vivienda y que en ella exista «un “proporcional equilibrio” [STC 166/1986, fundamento jurídico 13 B)] entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida» (STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9).

⁶ MARÍN GARCÍA, I.; MILÁ RAFEL, R.: «El alquiler forzoso de la vivienda desocupada», *Revista InDret*, núm. 2, 2007, pág. 17.

⁷ La Disposición Adicional primera de la Ley andaluza 4/2013, de 1 de octubre, dispone que: «[s]e declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia

cional cuarta de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda. Sin embargo, ninguna de estas medidas tiene virtualidad en la práctica ya que el Tribunal Constitucional ha resuelto mantener la suspensión de las mismas solicitada en los respectivos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra las disposiciones indicadas (AATC 32/2015, de 15 de febrero, en el caso de Andalucía; y 135/2015, de 21 de julio, en el de Canarias).

Algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña, además han optado por la creación de impuestos propios que gravan la desocupación de las viviendas y que tienen como objetivo reducir el stock de viviendas vacías al que nos referíamos anteriormente mediante la puesta en alquiler de las mismas. Y este es precisamente el tema objeto de este trabajo, pues la creación de estos impuestos ha suscitado serias dudas sobre su constitucionalidad respecto de las cuales todavía no se ha pronunciado el máximo intérprete de nuestra Constitución, pero que a día de hoy merecen especial atención a raíz de que el Tribunal Constitucional levantara el pasado mes de septiembre la suspensión cautelar que recaía sobre la Ley que crea y regula el Impuesto sobre las Viviendas Vacías de la Generalidad de Cataluña, a saber: la Ley 14/2015, de 21 de julio, del Impuesto sobre Viviendas Vacías y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012 (en adelante, LIVV)⁸.

Además, con motivo de la aparición de estos gravámenes autonómicos, ha resurgido un problema que ya se planteó años atrás, y que no es otro que el relativo a la

social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años, a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente». Sin duda alguna, tanto esta medida como la que establecía el derogado art. 42.6 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, tratan de asegurar la efectividad del derecho a una vivienda digna y adecuada. Pero, a diferencia de ésta última, la Disposición Adicional primera de la ley andaluza ahora aludida no exige como condición para que se acuerde la expropiación forzosa del uso de la vivienda que se declare el incumplimiento de la función social de la propiedad. Esta previsión consiste, básicamente, en la expropiación temporal a las entidades financieras, a sus filiales inmobiliarias y a las entidades de gestión de activos, del uso de las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instados por ellas mismas a fin de que las personas afectadas puedan continuar ocupando su vivienda por un plazo máximo de tres años (Preámbulo de la Ley 4/2013, de 1 de octubre). A propósito de este inciso, conviene advertir que si bien es cierto que esta medida se mantiene suspendida y pendiente de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, no debemos ignorar que ya en la STC 93/2015, de 14 de mayo, el máximo intérprete de la Constitución declaró inconstitucional y nula la disposición a la que sustituye, a saber, la Disposición Adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda -hoy derogado-, por constituir «un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica que el Estado disciplina en la Ley 1/2013 y, por tanto, (...) menoscaba[r] la competencia estatal ex. art. 149.1.13» (FJ 18).

⁸ En relación con las medidas adoptadas en Cataluña para disuadir la desocupación de las viviendas -en concreto, el Impuesto sobre las Viviendas Vacías y la infracción del art. 123.3 a) bis de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre- MARÍN-BARNUEVO considera «jurídicamente reprochable que se

aplicación del recargo sobre las viviendas desocupadas con carácter permanente en el ámbito del IBI (art. 72.4 TRLRHL).

Básicamente, éstas son las razones que han motivado la elaboración de este trabajo cuyo objetivo es, en primer lugar, el estudio de la constitucionalidad del gravamen de la vivienda desocupada -juicio de constitucionalidad en abstracto- a la luz del principio de capacidad económica consagrado en el art. 31.1 CE y en el que se incluyen consideraciones de índole extrafiscal. Y, en segundo lugar, una vez comprobado que tal gravamen es respetuoso con las exigencias constitucionales, proporcionar una panorámica actual de la tributación de la vivienda vacía en el ámbito de las Comunidades Autónomas de régimen común (donde encontramos como único ejemplo el citado impuesto catalán), así como en el ámbito local⁹. Por último, examinaremos la posible coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico *ex art. 6.3 LOFCA* de estos dos gravámenes sobre la vivienda vacía previstos en sendos niveles territoriales del Estado.

superpongan descoordinadamente distintas medidas que tienen una misma estructura y persiguen el mismo resultado, desnaturalizando la naturaleza y función de los tributos y, además, permitiendo que una conducta tipificada como infracción constituya al mismo tiempo el presupuesto de hecho de un impuesto» [MARÍN-BARNUEVO, D.: «Medidas para disuadir la tenencia de viviendas desocupadas», *idl-blog*, septiembre 2015. Disponible en: <http://www.idluam.org/blog/?p=352> (consultado por última vez el día 10/12/2016)].

⁹ Pese a que no es objeto de nuestro trabajo el estudio de la tributación de la vivienda vacía en los Territorios Forales, interesa señalar que encontramos otro caso de impuesto autonómico sobre la vivienda vacía en el Territorio Histórico del País Vasco, donde su Parlamento ha aprobado la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, que dedica los arts. 56, 57, 58 y 59 (Sección 1ª del Capítulo IX) a regular el canon de vivienda deshabitada. Asimismo, en el ámbito foral y en la misma línea de la previsión contenida en el TRLRHL, encontramos que en el País Vasco, el art. 14.5 de la Norma Foral 12/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, modificado por la Norma Foral 4/2012, de 4 de julio, por la que se introducen determinadas modificaciones en la tributación local, faculta a los Ayuntamientos para exigir un recargo de hasta el 150 por 100 de la cuota líquida del IBI sobre los bienes inmuebles de uso residencial que no constituyan la residencia habitual del sujeto pasivo o de terceros por arrendamiento o cesión de su uso. Por su parte, en la Comunidad Foral de Navarra, la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, tras su modificación por la Ley Foral 31/2013, de 31 de octubre, de modificación del artículo 132 y del Capítulo VIII del Título II de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, establece y regula en el Capítulo VIII del Título II (arts. 184-191), no ya un recargo, sino un impuesto -en el sentido estricto del término- sobre viviendas deshabitadas, de exacción obligatoria por los Ayuntamientos de Navarra.

II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL GRAVAMEN DE LA VIVIENDA DESOCUPADA. EN PARTICULAR, SU COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA

1. Las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional a los denominados tributos “extrafiscales”

La tributación de la vivienda vacía posee una finalidad marcadamente extrafiscal, pues su razón de ser no es otra que la de «facilitar el acceso de todos los ciudadanos al disfrute de una vivienda digna» (Exposición de Motivos de la Ley 51/2002 de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales), lo que en la práctica, como han venido señalando algunos Tribunales, se traduce en «propiciar la oferta de las viviendas vacías en alquiler o venta»¹⁰.

Esto nos lleva a reflexionar sobre la constitucionalidad del gravamen de la vivienda desocupada, ya se trate del Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías (en adelante, IVV) o del recargo del IBI sobre viviendas desocupadas, habida cuenta de que nos encontramos ante un tributo -cualquiera que sea su regulación legal concreta- cuya finalidad principal es claramente extrafiscal y no recaudatoria, como es consustancial a las prestaciones tributarias.

Del art. 31.1 CE deducimos que la finalidad principal de los tributos es contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. No obstante, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, «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 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13; 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 7; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4; y 179/2006, de 13 de junio, FJ 3)» [STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 a)].

Más recientemente, el máximo intérprete de la Constitución -en la STC 53/2014, de 10 de abril- ha definido la “extrafiscalidad” como la finalidad que poseen aquellos tributos «que persig[ue]n, bien disuadir o desincentivar actividades que se consideren nocivas (por ejemplo, para el medio ambiente), bien, en sentido positivo, estimular actuaciones protectoras de determinada finalidad, todo ello sin perjuicio de que la citada finalidad extrafiscal no sea incompatible con un propósito recaudatorio, aunque sea secundario, lo que es consustancial al propio concepto de tributo, que no es otro que aquel cuya finalidad es contribuir “al sostenimiento de los

¹⁰ STSJ de País Vasco de 26-11-2014 (JUR 2015\35746), FJ 4.

gastos públicos” (art. 31.1 CE)» [FJ 6 c)] y ha conceptualizado el “impuesto extrafiscal” como aquél que trata de «modificar comportamientos o al menos hacer pagar por ello (...) y que exige que la estructura del tributo arbitre instrumentos dirigidos a la consecución de la finalidad perseguida, gravando la capacidad económica» [FJ 6 c)].

De este acervo jurisprudencial extraemos la conclusión de que el Tribunal Constitucional admite que los tributos puedan perseguir, junto con la finalidad recaudatoria, otros fines extrafiscales. Pero para ello es necesario, por un lado, que estos últimos ««estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza»» [STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 a)]¹¹ y, por otro, que el tributo respete el principio de capacidad económica, es decir, que el tributo grave un hecho imponible revelador de riqueza¹².

La tributación de la vivienda desocupada, como sabemos, pretende, fundamentalmente, hacer efectivo el derecho contenido en el art. 47 CE, a saber, el derecho de todos los españoles (y extranjeros residentes en algún municipio de España) al disfrute de una vivienda digna y adecuada. Se trata de uno de los principios rectores de la política social y económica¹³ ubicados en el Capítulo III del Título I de nuestra Carta Magna, que además encuentra su protección en el artículo 53.3 CE y en la cláusula de Estado Social del art. 1.1 CE¹⁴, por lo que no cabe duda que cumple con la exigencia relativa al «cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos» garantizados por la Constitución.

Por su parte, el respeto del principio de capacidad económica constituye una de las principales exigencias que ha de observar, de conformidad con el art. 31.1 CE, cualquier tributo -también, por tanto, los de carácter “extrafiscal”- y una de las primeras dudas de constitucionalidad que pueden plantearse *en abstracto* respecto de cualquier prestación tributaria establecida *ex novo* por el legislador.

¹¹ En este sentido, asimismo, el art. 2.1 LGT que establece que: «[L]os tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución».

¹² Por todas, SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 a); y 53/2014, de 10 de abril, FJ 6 c).

¹³ Según PORRAS NADALES, los principios rectores de la política social y económica «son un conjunto de derechos y principios que están directamente vinculados a la definición de nuestro Estado como Estado Social y que poseen un especial desarrollo en el ámbito autonómico. Tratan de asegurar determinadas condiciones materiales de vida y de bienestar para todos, para así cumplir el mandato constitucional contenido en el art. 9.2 CE y el objetivo programático de un “orden económico y social justo” comprendido en el Preámbulo de la Constitución» (PORRAS NADALES, A.: «Los principios rectores de la política social y económica», en AA.VV.: *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 689 y 690).

¹⁴ ROVIRA FERRER, I.: «La constitucionalidad del Impuesto catalán sobre Viviendas Vacías», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 110, 2015, pág. 39.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de capacidad económica presenta dos manifestaciones: como *fundamento de la imposición* y como *criterio o medida de la imposición*. Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional alude a la capacidad económica al abordar la cuestión de la extrafiscalidad de un tributo se está refiriendo a la primera de estas manifestaciones -al principio de capacidad económica como *fundamento* de la imposición-, por resultar predicable esta exigencia de todos los tributos que conforman el sistema tributario¹⁵.

En relación con esta primera proyección, para que el principio de capacidad económica quede a salvo, el tributo debe gravar un hecho imponible revelador de riqueza, real o potencial -pero nunca inexistente o ficticia-, indicativa de capacidad económica en la generalidad de los casos¹⁶.

Respecto al principio de capacidad económica como *criterio o medida* de la imposición, el Tribunal Constitucional ha señalado que supone una exigencia dirigida al legislador para que module «la carga de cada contribuyente en la medida -en función- de la capacidad económica» (STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 8; y AATC 118/2006, de 28 de marzo, FJ 4; 117/2006, de 28 de marzo, FJ 4; 71/2008, de 26 de febrero, FJ 5, entre otros). En cuanto a su alcance, ésta proyección del principio de capacidad económica «sólo resulta predicable del “sistema tributario” en su conjunto» (ATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 5), de manera que no es exigible de todas las prestaciones tributarias que componen el sistema tributario, sino únicamente de aquellos tributos «que por su entidad cualitativa o cuantitativa constituyen pilares estructurales de nuestro sistema tributario, lo cual sucede únicamente con los impuestos, y no con todos ellos»¹⁷.

2. La compatibilidad de la tributación de la vivienda vacía con el principio de capacidad económica

Sentado que el principio de capacidad económica como *fundamento* de la imposición se aplica a todos y cada uno de los tributos, el gravamen de la no ocupación

¹⁵ En relación con el alcance del principio de capacidad económica como fundamento de la imposición, véanse, entre otras, las SSTC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 5, y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 4 b).

¹⁶ Entre las principales, STC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 5, y ATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 5.

¹⁷ AGUALLO AVILÉS, A.; BUENO GALLARDO, E.: «Observaciones sobre el alcance de los principios constitucionales del art. 31.1 CE», en AA.VV. (Coord. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.): *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson-CEU Universidad San Pablo, Madrid, 2007, pág. 81. Uno de estos “pilares estructurales” [STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 d)] del sistema tributario es el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que «por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario. Se trata

de un inmueble por su titular ha de respetar, indefectiblemente, esta manifestación del principio.

Pues bien, aplicando la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional podemos afirmar, sin lugar a dudas, que dicho gravamen respeta esta manifestación del principio, ya que la imposición sobre la vivienda vacía recae sobre una *renta potencial*. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en la STC 295/2006, de 11 de octubre, en la que declaró inconstitucional y nulo el párrafo primero del apartado b) del art. 34 de la derogada Ley 18/1991, de 6 de junio, por contravenir el principio de igualdad tributaria consagrado en el art. 31.1 CE¹⁸. De acuerdo con el máximo intérprete de nuestra Constitución, este precepto establecía una “renta potencial” -en concreto, una imputación de renta calificada en aquel momento como rendimiento del capital inmobiliario- que incurría en una discriminación carente de una justificación razonable al imputar un rendimiento distinto a sujetos pasivos que ostentaban la titularidad de bienes inmuebles idénticos (misma superficie, situación, valor catastral y valor de mercado), en función de la adquisición más o menos reciente de aquéllos, discriminación que, a todas luces, resultaba contraria al art. 31.1 CE (FJ 8).

Antes de proceder a examinar la compatibilidad con el principio de igualdad tributaria del citado art. 34 b), el Pleno del Tribunal Constitucional enjuició si con el gravamen de la imputación de rentas inmobiliarias se sometía a tributación una manifestación de riqueza, habida cuenta de que «el examen de la igualdad tributaria *presupone indefectiblemente la existencia de un índice o manifestación de riqueza susceptible de ser sometido a imposición*»¹⁹. Y a este respecto, el Tribunal concluyó que los rendimientos derivados de bienes inmuebles urbanos no arrendados ni subarrendados «integran la

(...) de un tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución española propugna (...) y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 9; en el mismo sentido, SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 137/2003, de 3 de julio, FJ 7; 108/2004, de 30 de junio, FJ 8, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 8)» (ATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 5).

¹⁸ RAMOS PRIETO, junto con gran parte de la doctrina tributarista, no comparte la tesis del Tribunal Constitucional plasmada en la citada sentencia en relación con el contenido del principio de capacidad económica como fundamento de la imposición, inclinándose más por «la tesis de que estamos en presencia de una ficción legal, que se traduce en el sometimiento a tributación de una renta virtual, es decir, de una manifestación de riqueza ficticia e inexistente». Además, pone de relieve el desacierto que supone que se graven rentas potenciales mediante un tributo como el IRPE, «donde se hacen más patentes los principios de generalidad y capacidad económica del artículo 31.1 de nuestra Norma Fundamental» y donde hay que exigir mayor rigor en el cumplimiento de este último principio constitucional (RAMOS PRIETO, J.: *La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2008, págs. 212 y 223).

¹⁹ STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5. La cursiva es nuestra.

manifestación de una capacidad económica que si bien no deriva de una renta real -no hay un ingreso efectivamente producido- sí conecta con una renta potencial: cabe razonablemente entender que, en la medida en que tales inmuebles son susceptibles de generar un rendimiento al que “renuncia” su titular -el que podría obtenerse mediante su arrendamiento- estamos ante una “renta potencial” susceptible de ser sometida a imposición por el impuesto sobre la renta de las personas físicas» (STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 6).

A pesar de que esta afirmación del Tribunal Constitucional versa específicamente sobre la imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF, entendemos que resulta aplicable también al gravamen de la vivienda vacía en términos generales, entendiéndolo éste en abstracto, pues se trata de gravar una renta potencial, como es la renta que se podría obtener del arrendamiento de la vivienda pero que, sin embargo, no obtiene su titular al mantenerla desocupada. Dicho de otro modo, el común denominador de cualquier impuesto que se aplique a la vivienda vacía podría ser su hecho imponible: “la desocupación de la vivienda por su titular”, sin perjuicio de la configuración concreta que del mismo haga el legislador en su regulación legal.

A esto hay que añadir que para que se respete esta manifestación del principio basta con que el hecho imponible sea revelador de riqueza en la *generalidad* de los casos. Con carácter general, el titular de un inmueble que lo mantiene desocupado renuncia voluntariamente a la renta que podría recibir al arrendarlo. No obstante, es posible que en algún supuesto puntual la vivienda se encuentre desocupada, no por voluntad de su propietario, sino por la imposibilidad que encuentra éste para conseguir el alquiler o la venta del inmueble (especialmente, en períodos de crisis económica como el actual).

Esto, empero, no es óbice para entender respetado el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición pues «el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes debe hacerse tomando en consideración el caso normal y no las posibles excepciones a la regla prevista en la norma» (ATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 5)²⁰. De esta posible vulneración del principio de capacidad económica en el caso concreto sólo podría conocer el Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo²¹, pero dicho principio consagrado en el art. 31.1 CE carece de tal tutela

²⁰ Pese a que esto no impide que se entienda respetado el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición, el canon sobre la vivienda deshabitada del País Vasco tiene esta circunstancia en cuenta y establece que cuando el titular de una vivienda la mantiene en oferta de venta o alquiler a precios de mercados la desocupación está justificada (art. 56.2 Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda).

²¹ El recurso de amparo puede interponerse frente a actos de los poderes públicos que lesionen los derechos reconocidos en el artículo 14 CE, en la Sección Primera del Capítulo II del Título I (arts. 15 a 29 CE) y en el artículo 30.2 CE (arts. 53.2 CE y 41 LOTC). El Tribunal Constitucional en la STC 27/1997, de 11 de febrero, puntualiza que «el recurso de amparo no posee una función meramente preventiva o cautelar,

«a tenor de lo dispuesto en los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC» (STC 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3), por lo que únicamente es posible el juicio abstracto de constitucionalidad por parte del Tribunal al interponerse el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad. Y, a la luz de este control abstracto, en la generalidad de los casos, la tributación de la vivienda vacía grava una circunstancia indicativa de riqueza.

Baste lo anterior para eliminar cualquier atisbo de duda sobre el respeto de la tributación de la vivienda vacía (y en concreto, del IVV a nivel autonómico, y del recargo sobre viviendas desocupadas a nivel local) de esta primera proyección del principio de capacidad económica de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.

Por lo que respecta al principio de capacidad económica como *criterio o medida* de la imposición, como se indicó previamente, solamente debe ser observado por aquellos impuestos que por su entidad cualitativa o cuantitativa constituyen pilares estructurales de nuestro sistema tributario y, por tanto, no es exigible ni del recargo al que hemos aludido con anterioridad ni del Impuesto catalán sobre Viviendas Vacías.

Aún así, no debemos pasar por alto que, pese a no ser preceptiva la observancia de esta vertiente del principio de capacidad económica por estos gravámenes, el Impuesto catalán sobre Viviendas Vacías respeta plenamente dicha manifestación del principio ya que al conformar la base imponible del impuesto el número total de metros cuadrados de las viviendas sujetas al mismo (art. 11 LIVV) y al calcularse la cuota íntegra aplicando a esta base imponible -y por tanto, teniendo en cuenta también aquí los metros cuadrados- los tipos de gravamen establecidos en el art. 12 LIVV, se está modulando la carga tributaria de cada contribuyente en función de su capacidad económica.

Y afirmamos que se está modulando la carga tributaria en la medida de dicha capacidad por dos razones: la primera y más evidente, porque el art. 12 LIVV establece una escala de cierta progresividad dividida en los siguientes tramos: hasta 5.000 metros cuadrados, entre 5.000 y 20.000 metros cuadrados, entre 20.000 y 40.000 metros cuadrados, y de 40.000 metros cuadrados en adelante. Y la segunda, porque la base imponible está en función de los metros cuadrados de la vivienda en cuestión, y «los metros cuadrados de una vivienda guardan una relación directa con la renta a pagar por su alquiler»²²; lo que justifica que quienes tengan una vivienda

por lo que únicamente es admisible ante la existencia real y concreta, efectiva y cierta de vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas, siendo improcedente frente a lesiones meramente temidas, potenciales o futuras (SSTC 110/1984, 46/1986, 37/1989 y 168/1996, entre otras)» (FJ 4) (MORALES ARROYO, J. M^º; GÓMEZ CORONA, E.: «Las competencias del Tribunal Constitucional», en AA.VV.: *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 459).

²² ROVIRA FERRER, Irene (2015): 52.

más amplia -que cuente con un mayor número de metros cuadrados- contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos en mayor medida que quienes posean una vivienda de menores dimensiones, ya que están renunciando a una renta potencial superior que podrían requerir al arrendatario por el disfrute de una vivienda más espaciosa. No obstante, encontramos autores -es el caso del profesor MENÉNDEZ MORENO- que consideran que «articular la base del IVV tomando como única referencia los metros cuadrados de las viviendas (artículo 11) desvirtúa su valor patrimonial, ya que este no depende solo de esa característica, sino de otras muchas, y algunas, como la ubicación, la calidad o los años de edificación son tan determinantes o más que la superficie»²³.

Para abordar este asunto hay que tener presente que es necesario que exista vinculación entre la concreta manifestación de capacidad económica que resulta gravada y los elementos de cuantificación del tributo²⁴. Si bien es cierto que la ubicación, la calidad o los años de edificación de una vivienda podrían afectar a la renta que se podría pedir por su arrendamiento o alquiler, no es menos cierto que los metros cuadrados de una vivienda influyen directamente en esta renta potencial, posibilitan que la carga tributaria varíe en función de cada contribuyente -dependiendo de las dimensiones en metros cuadrados de cada bien inmueble- y permiten la existencia del nexo requerido entre la capacidad económica sometida a gravamen y la cuantificación del tributo; cuestión distinta sería la de si se trata de una magnitud o una medida del hecho imponible incompleta.

Tampoco existiría contradicción alguna con el principio de capacidad económica como criterio de la imposición en el caso del recargo sobre viviendas desocupadas con carácter permanente previsto en el tercer párrafo del art. 72.4 TRLRHL. En tanto que la base imponible del recargo se constituye por la cuota líquida del IBI (que parte para su cuantificación del valor catastral de los bienes inmuebles), los sujetos pasivos del impuesto a quienes correspondan bienes inmuebles de mayor valor contribuirán en mayor medida que aquellos a quienes correspondan bienes inmuebles con un valor catastral inferior ya que podrían disfrutar de una renta superior acorde con el precio del alquiler de una vivienda de mejores características. De esta forma, quedan enlazados, también aquí, la capacidad económica que se grava y la cuantificación del recargo.

²³ MENÉNDEZ MORENO, A.: «Nada es lo que parece. A propósito del Impuesto sobre las Viviendas Vacías, de la Ley de 21 de Julio de 2015, de la Generalidad de Cataluña», *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2015, pág. 17.

²⁴ ROVIRA FERRER, Irene (2015): 52.

III. EL IMPUESTO CATALÁN SOBRE LAS VIVIENDAS VACÍAS

1. Introducción

En 2015 el Parlamento de Cataluña, en ejercicio de la potestad tributaria autonómica reconocida en el art. 156.1 CE²⁵ [y, en relación con éste, en los arts. 133.2 y 157.1.b) CE] y de la competencia exclusiva que en materia de vivienda le otorga a esta Comunidad Autónoma su Estatuto de Autonomía en los arts. 137 y 202, ha aprobado, como sabemos, la Ley 14/2015, de 21 de julio, que establece y regula el Impuesto sobre las Viviendas Vacías, que examinaremos a continuación.

Previamente, cabe indicar que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 28 de abril de este año 2016, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2255-2016, promovido por el Presidente del Gobierno contra los arts. 1, 4, 9.1, 11 y 12 de la LIVV. Conforme al art. 30 LOTC, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó también la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso (25 de abril de 2016), como consecuencia automática de la invocación del art. 161.2 de la Constitución por parte del Presidente del Gobierno en su recurso. Sin embargo, pocos meses después, el Pleno del Tribunal Constitucional ha levantado la suspensión cautelar de la norma impugnada por ATC 157/2016, de 20 de septiembre²⁶.

²⁵ En relación con el poder tributario autonómico, el Tribunal Constitucional en la STC 37/1987, de 26 de marzo, señala que: «[l]a autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que éstos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía» (FJ 10). A nuestros efectos, teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que, en principio, las Comunidades Autónomas pueden establecer impuestos autonómicos que graven las viviendas vacías sin infringir por ello el principio de igualdad proyectado en cualquiera de los artículos mencionados por el Tribunal Constitucional.

²⁶ Para tomar esa decisión, el Pleno del Tribunal Constitucional ha considerado, por una parte, que los sujetos afectados por una eventual devolución podrán ser «suficientemente identificables», y que es viable, por tanto, la reparación de los perjuicios que pudiesen derivarse de dicha devolución. Y, por otra parte, que, en salvaguarda del principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el art. 135 CE, «las cargas y molestias que las operaciones de devolución pudieran producir respecto a los intereses particulares de las personas jurídicas afectadas deben ceder ante los más graves perjuicios que para los intereses generales de la hacienda de la Comunidad Autónoma de Cataluña tendría la merma de los ingresos presupuestados» (ATC 157/2016, de 20 de septiembre, FJ 4).

2. El régimen jurídico del Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías

A. Algunos elementos esenciales del impuesto: el hecho imponible y el ámbito objetivo

El Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías se rige por la Ley 14/2015, ya citada, y se desarrolla por el Reglamento del Impuesto sobre las Viviendas Vacías, aprobado por el Decreto 183/2016, de 16 de febrero²⁷.

De acuerdo con el Preámbulo de la LIVV, este impuesto se crea con *«el objetivo de reducir el stock de viviendas vacías y aumentar su disposición a alquiler social»* dado que *«en la realidad del mercado de la vivienda en Cataluña concurren, por una parte, una fuerte demanda social y, por otra, un importante stock de viviendas vacías que no se ofrecen y que perjudica gravemente el derecho de los ciudadanos al acceso a la vivienda. Además, la situación económica de los últimos años ha dificultado el acceso a la vivienda, hasta el punto de que la demanda de compra de viviendas se ha reducido a mínimos históricos y, a la vez, se ha incrementado la demanda de viviendas en alquiler a precios asequibles»*.

En cuanto a la naturaleza y objeto del Impuesto sobre las Viviendas Vacías, el art. 1 LIVV establece que: *«[e]l impuesto sobre las viviendas vacías es un tributo propio de la Generalidad de Cataluña, de naturaleza directa, que grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente»*. Por su carácter extrafiscal, el art. 3 LIVV determina la afectación de los ingresos que derivan de este impuesto a la financiación de las actuaciones protegidas por los planes de vivienda, con la prioridad de que los recursos se destinen a los municipios donde se han obtenido estos ingresos.

El art. 4 LIVV establece uno de los elementos más relevantes del impuesto, el hecho imponible. El mismo se describe como *«la desocupación permanente de una vivienda durante más de dos años sin causa justificada, puesto que dicha desocupación afecta a la función social de la propiedad de la vivienda»*.

Respecto al ámbito objetivo, el Impuesto sobre las Viviendas Vacías, afecta, como su propio nombre indica, a las viviendas vacías. Debe entenderse por “vivienda vacía”, a efectos de esta norma, *«la vivienda desocupada permanentemente, sin causa justificada, durante más de dos años»* [art. 5 b) LIVV]. Por tanto, las circunstancias que

²⁷ La regulación del impuesto en cuestión se completa con la Orden VEH/35/2016, de 19 de febrero, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 510, del impuesto sobre las viviendas vacías, y 900, del gravamen de protección civil.

deben concurrir para que una vivienda quede enmarcada en el ámbito objetivo del impuesto son:

- Que se trate de una *vivienda*, esto es, «*la edificación fija destinada a la residencia de personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y los servicios comunes del inmueble en que está ubicada y los anexos que están vinculados a ella, si tiene acreditado el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación*» [art. 5 a) LIVV].

- Que la vivienda se encuentre *desocupada*. Podemos saber qué debemos entender por vivienda desocupada, interpretando a *sensu contrario* el art. 6 LIVV que dispone que: «*[s]e acredita que una vivienda está ocupada si su propietario dispone de un título, como el de arrendamiento o cualquier otro análogo, que habilita la ocupación, y se justifica documentalmen- te por cualquier medio de prueba admisible en derecho*».

- Que la desocupación tenga carácter *permanente*, durante *más de dos años*. En cuanto al cómputo del periodo de dos años, «*se inicia a partir de la fecha en que la vivienda está a disposición del propietario para ser ocupada o para ceder su uso a un tercero, y no existe causa alguna que justifique su desocupación*» (art. 7.1 LIVV); y «*[e]n el caso de las viviendas de nueva construcción, se entiende que existe disponibilidad para que la vivienda sea ocupada a partir de tres meses a contar desde la fecha del certificado final de obra*» (art. 7.2 LIVV). Respecto al carácter permanente de la desocupación, exige el art. 7.1 LIVV que «*durante estos dos años el sujeto pasivo haya sido titular de la vivienda de forma continuada*», siendo causa de interrupción del cómputo de los dos años «*la ocupación de la vivienda durante un periodo de, como mínimo, seis meses continuados*» (art. 7.3 LIVV).

A este respecto, un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que la LIVV no determina el momento a partir del cual empieza a computarse el periodo de los dos años para que tenga lugar el hecho imponible del impuesto, por lo que se suscita la duda de si el cómputo afecta a situaciones iniciadas antes de su aparición -en cuyo caso, la norma tendría efectos retroactivos-, o, por el contrario, el cómputo se inicia a partir de su entrada en vigor. ROVIRA FERRER deduce de los arts. 7 y 14 LIVV que la opción por la que se ha optado es la primera²⁸. Por su parte, MENÉNDEZ MORENO considera que la última interpretación sería la más correcta por ajustarse al art. 10.2 LGT, «según el cual “salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo (...)” y computar el plazo que llevan desocupadas las viviendas antes de su entrada en vigor es una forma de retroactividad no prevista en la LIVV»²⁹. A nuestro juicio, y como acertadamente ha apuntado MENÉNDEZ

²⁸ ROVIRA FERRER, Irene (2015): 56.

²⁹ MENÉNDEZ MORENO, Alejandro (2015): 16.

MORENO, el art. 10.2 LGT establece con carácter general la irretroactividad de las normas tributarias de manera que para que el cómputo de los dos años afectara a situaciones anteriores a su entrada en vigor sería preciso que la LIVV estableciera expresamente su aplicación retroactiva, y esto no lo hace en ninguno de los preceptos que conforman su articulado.

- Que la desocupación *carezca de causa justificada*. Las causas justificadas de desocupación de una vivienda están recogidas en el art. 8 LIVV. Son, en concreto, las siguientes: a) que la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución en lo que concierne a su propiedad; b) que la vivienda se tenga que rehabilitar; c) que la vivienda, previamente a la aprobación de la LIVV, esté hipotecada con cláusulas contractuales que imposibiliten o hagan inviable destinarla a un uso distinto al que se había previsto inicialmente, cuando se otorgó la financiación; d) que la vivienda esté ocupada ilegalmente y el propietario lo tenga documentalmente acreditado; y, en fin, e) que la vivienda forme parte de un edificio adquirido íntegramente por el sujeto pasivo en los últimos cinco años, para su rehabilitación, y siempre que tenga una antigüedad de más de cuarenta y cinco años y contenga viviendas ocupadas que hagan inviable técnicamente el inicio de las obras de rehabilitación.

En último lugar, las exenciones de carácter objetivo previstas en el art. 10.2 LIVV terminan de acotar el ámbito objetivo del Impuesto sobre las Viviendas Vacías. Quedan exentas de tributar por este impuesto: a) las viviendas protegidas con calificación oficial vigente; b) las viviendas ubicadas en zonas de escasa demanda acreditada, de acuerdo con lo establecido por el Plan territorial sectorial de vivienda; c) las viviendas puestas a disposición de programas sociales de vivienda, convenidos con las Administraciones Públicas, para ser destinadas a programas en alquiler social de vivienda; y d) las viviendas destinadas a usos regulados por la legislación turística o a otras actividades económicas no residenciales, siempre que sus titulares puedan acreditar que han desarrollado la actividad dentro de los últimos dos años, se han satisfecho los tributos correspondientes a la actividad desarrollada y se han declarado los ingresos obtenidos por esta actividad.

B. A vueltas con el ámbito subjetivo del impuesto

Por su parte, el art. 9 LIVV configura el ámbito subjetivo del impuesto. Los sujetos pasivos del impuesto, a título de contribuyentes, son las *personas jurídicas* propietarias, titulares de un derecho de usufructo, de un derecho de superficie o de cualquier otro derecho real que otorgue la facultad de explotación económica de viviendas vacías sin causa justificada durante más de dos años (art. 9.1 LIVV). También lo son los grupos fiscales [art. 5 e) LIVV] y grupos de sociedades [art. 5 d) LIVV], en los términos previstos en el apartado 2 del citado precepto. Quedan fuera del ámbito subjetivo del impuesto, por estar exentas, las entidades del tercer sector de

la red de viviendas de inserción que regula el Plan para el derecho a la vivienda y las entidades inscritas en el Registro de entidades y establecimientos de servicios sociales de Cataluña (art. 10.1 LIVV).

ROVIRA FERRER³⁰ y MENENDEZ MORENO coinciden en que «el principio de generalidad tributaria, en el caso del IVV resulta difícilmente compatible con la restricción de los sujetos pasivos del artículo 9 de su Ley reguladora, que lo hace recaer únicamente sobre las personas jurídicas o los grupos de sociedades. No se puede, por una parte, justificar el impuesto en el “incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente” (art. 1 LIVV); y por otra, no gravar “todos” los que incumplen la referida función social, y entre ellos, por coherencia con dicha finalidad, a las personas físicas»³¹.

Estamos de acuerdo con este sector de la doctrina tributarista en que la regulación de la LIVV vulnera el principio de generalidad y, en conexión con éste, también el principio de igualdad del art. 31.1 CE. La vinculación entre ambos principios del art. 31.1 CE reside en que el principio de generalidad identificado en el término “todos” -«[t]odos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos (...)», señala expresamente el precepto- prohíbe la concesión de beneficios tributarios injustificados, ya sea en favor de personas físicas o de personas jurídicas, excepto cuando la exención o bonificación, como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria, «responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender el mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.)» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7).

No obstante, a la crítica de este sector doctrinal queremos añadir que esta exención no sólo vulnera el principio de igualdad ante la ley tributaria del art. 31.1 CE, sino también el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE³², ya que ante iguales manifestaciones de capacidad económica, la ley establece un diferente gravamen por razones de naturaleza *subjetiva*, como demostraremos a continuación. Ambos preceptos, aunque tienen alcance distinto, prohíben en el fondo lo mismo: «que en supuestos iguales se otorgue un tratamiento desigual a personas o grupos de

³⁰ ROVIRA FERRER, Irene (2015): 53 y 54.

³¹ MENÉNDEZ MORENO, Alejandro (2015): 16 y 17.

³² El Tribunal Constitucional ha reconocido en numerosos pronunciamientos que el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el art. 14 CE se reconoce a los españoles sin distinguir entre personas físicas y jurídicas y, por ello, las personas jurídicas de nacionalidad española también son titulares del mismo (entre otras, SSTC 99/1983, de 16 de noviembre; 20/1985, de 14 de febrero; 26/1985, de 22 de febrero; 39/1986, de 31 de marzo; 23/1989, de 2 de febrero; y 117/1998, de 2 de junio).

personas, salvo que exista una justificación razonable y el trato desigual no resulte desproporcionado»³³.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la primera condición para que se entienda vulnerada la igualdad reconocida en ambos preceptos es que estemos ante supuestos esencialmente iguales o que sean “términos de comparación homogéneos”³⁴ (STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 7). No podemos perder de vista la complejidad que supone llevar a la práctica el juicio constitucional de igualdad tributaria dado el margen de discrecionalidad con el que cuenta el Tribunal Constitucional a la hora de determinar si los supuestos en comparación son homogéneos, presupuesto del que parte el juicio constitucional de igualdad³⁵ (con la dificultad añadida de que en el ámbito tributario dicho juicio se plantea en términos de capacidad económica). Sin embargo, creemos que no se puede negar que este requisito se cumple en el caso que nos ocupa. Y consideramos que se cumple, básicamente, porque dos viviendas desocupadas permanentemente durante más de dos años sin causa justificada y con los mismos metros cuadrados se someterán a la imposición del IVV o no -diferente trato desde el punto de vista del deber de contribuir- dependiendo, en definitiva, de una circunstancia personal, condición o cualidad del sujeto, como es que el contribuyente sea persona física o jurídica.

En segundo lugar, para que pueda declararse vulnerado el principio de igualdad es necesario que el diferente trato a supuestos iguales no posea una justificación objetiva y razonable y, en caso de que tuviera tal justificación, la medida adoptada no fuera proporcionada a la finalidad perseguida³⁶. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha reconocido que «no existe una necesaria equiparación entre las personas físicas y las jurídicas, pues éstas son una creación del Derecho y, por tanto, corresponde al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación» (SSTC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 3; y 117/1998, de 2 de junio, FJ 4), también ha señalado que sólo en aquellos supuestos en los que la finalidad de la medida prevista en la norma requiera un tratamiento diferente entre personas físicas y jurídicas, quedará a salvo el art. 14 CE (STC 23/1989, de 2 de febrero, FFJJ 4 y 5).

Por su parte, el Preámbulo de la LIVV dispone que la finalidad de la norma es «reducir el stock de viviendas vacías y aumentar su disposición a alquiler social» pero no aporta ningún argumento que justifique que para ello se requiera un diferente trato entre personas físicas y jurídicas, por lo que parece evidente que la exclusión de las perso-

³³ AGUALLO AVILÉS, Ángel.; BUENO GALLARDO, Esther (2007): 90.

³⁴ STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 7.

³⁵ RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *La Constitución fiscal de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 207.

³⁶ STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 7.

nas físicas del ámbito subjetivo de este impuesto carece de una justificación objetiva y razonable. Esto equivale a decir que para gravar efectivamente la desocupación de las viviendas y lograr la vinculación de la tributación soportada a la consecución perseguida habría que someter a imposición tanto a las personas físicas como jurídicas que, de alguna forma, dificulten el cumplimiento de la función social de las viviendas³⁷, con independencia de que esta medida tenga mayor efectividad en el caso de las personas jurídicas -como las entidades financieras- que, generalmente, poseen un número más elevado de viviendas vacías.

En consecuencia, podemos afirmar que la restricción de los sujetos pasivos del art. 9 LIVV vulnera la igualdad reconocida en los arts. 14 y 31.1 CE, por lo que quedaría expedita la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional al situarse no sólo en el ámbito del art. 31.1 CE sino también «en la esfera del art. 14 CE; que sí puede ser objeto de amparo» (STC 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3).

C. Otros aspectos relativos a su configuración

En otro orden de cosas, y en relación con los elementos cuantitativos del impuesto, en el segundo epígrafe de este trabajo (al estudiar la observancia del principio de capacidad económica como medida de la imposición), adelantábamos que la base imponible del Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías está constituida por el número total de metros cuadrados «*de la superficie útil de las viviendas*» (art. 3 del Reglamento del Impuesto sobre las Viviendas Vacías) sujetas al impuesto de las que es titular el sujeto pasivo en la fecha de devengo del impuesto (art. 11 LIVV). Y también que la cuota íntegra se obtiene de aplicar a la base imponible los tipos de gravamen recogidos en la escala del art. 12 LIVV.

A esto hemos de añadir que el art. 13 LIVV relativo a la cuota líquida del impuesto, en concordancia con la finalidad extrafiscal del impuesto, «*establece una bonificación porcentual y progresiva aplicable sobre la cuota íntegra, de forma que se reduce la carga tributaria del contribuyente que pone parte de sus viviendas en el mercado en alquiler asequible*» (Preámbulo de la LIVV); entendiendo “vivienda en alquiler asequible” en los términos del art. 5 c) LIVV.

El art. 14 LIVV, por su parte, dispone que el devengo tiene lugar «*el 31 de diciembre de cada año y afecta al parque de viviendas del que es titular el sujeto pasivo en dicha fecha*». Y el art. 15 LIVV impone a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de presentar la autoliquidación del mismo «*entre los días 1 y 20 del mes de marzo siguiente a la fecha de devengo del impuesto, por vía telemática*» (art. 5 del Reglamento del Impuesto sobre las Viviendas Vacías).

³⁷ En esta línea, STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.

Por último, la gestión y recaudación del impuesto en todo el territorio de Cataluña es competencia de la delegación Territorial de la Agencia Tributaria de Cataluña en Barcelona, y de su inspección se encarga la Inspección Territorial de Cataluña (art. 16 LIVV y 6 del Reglamento del Impuesto sobre las Viviendas Vacías).

IV. EL RECARGO POR VIVIENDA DESOCUPADA EN EL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES

1. Consideraciones previas

Los párrafos tercero y cuarto del artículo 72.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL), conceden a los Ayuntamientos la posibilidad de exigir un recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del IBI a los sujetos pasivos de este tributo que ostenten derechos reales gravados por el mismo sobre inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente, *por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente*. Es decir, este precepto regula el conocido como “recargo sobre viviendas desocupadas”.

Este “recargo sobre viviendas desocupadas” fue introducido por el art. 17 de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales «*para facilitar el acceso de todos los ciudadanos al disfrute de una vivienda digna y adecuada*» (Preámbulo de la Ley 51/2002)³⁸.

Si bien es cierto que el recargo comparte parcialmente regulación con el IBI (sujetos pasivos, periodo impositivo, gestión tributaria, además de la aplicación supletoria en lo no previsto expresamente en el art. 72.4 TRLRHL), no es menos cierto que mientras que el devengo del primero tiene lugar al final del periodo impositivo (31 de diciembre), el del segundo se sitúa el primer día del ejercicio (el 1 de enero), generando importantes problemas en la aplicación del recargo. Divergen también en elementos tan esenciales como el hecho imponible, cuestión que trataremos en el siguiente punto de este epígrafe, y, naturalmente, en la cuota tributaria.

Estos rasgos diferenciadores son los que han llevado a gran parte de la doctrina tributarista, y a nosotros mismos, a entender que, pese a que formalmente el TRLRHL utiliza el término “recargo” para denominar la figura regulada en su art. 72.4, se trata de una nueva figura impositiva local³⁹, es decir, de un nuevo gravamen de ámbito municipal y potestativo que se imbrica en el conjunto de la norma reguladora

³⁸ NAVARRO GARCÍA, Albert (2016): 49.

³⁹ NAVARRO GARCÍA, Albert (2016): 50.

del IBI⁴⁰. Según PIÑA GARRIDO, «un recargo no es más que un tipo adicional que se suma al tipo de gravamen de un impuesto, de cuya estructura no se altera ningún elemento más» y, teniendo en cuenta que el devengo del recargo no coincide con el del IBI, «[e]sto ya altera completamente la estructura del tributo y convierte este “recargo” en un impuesto nuevo, diferente, complementario del IBI»⁴¹. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que la naturaleza de este recargo es distinta de la de los recargos previstos en el art. 10 TRLRHL, es decir, los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo (art. 27 LGT) y los recargos del periodo ejecutivo (art. 28 LGT)⁴², pues este recargo no es una mera obligación tributaria accesoria de la obligación tributaria principal con una finalidad sancionadora, disuasoria o indemnizatoria, sino que la finalidad de este recargo es claramente extrafiscal⁴³.

Además, conviene advertir que el recargo del art. 72.4 TRLRHL no presenta problemas de encaje en la definición constitucional de tributo⁴⁴ -de lo contrario, no podría sostenerse nuestra postura-, pues se trata de una prestación patrimonial, se satisface a los entes públicos, supone una cesión definitiva de riqueza, tiene como finalidad -aunque no principal- el sostenimiento de los gastos públicos, y grava un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica.

⁴⁰ POVEDA BLANCO, F.: *Manual de Fiscalidad Local*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, págs. 247 y 249.

⁴¹ PIÑA GARRIDO, L.: «¿Un impuesto sobre viviendas desocupadas en Cataluña?», *Crónica Tributaria*, núm. 3, 2014, pág. 38.

⁴² ALÍAS CANTÓN, M.: «A vueltas con el recargo de hasta un 50 por cien en el IBI de las viviendas desocupadas», *Revista digital CEMCI*, núm. 25, 2015, pág. 12.

⁴³ BILBAO CASTRO, I.: «Problemas con el IBI de las viviendas desocupadas», *Boletín jurídico*, mayo 2015. Disponible en: <http://boletinjuridicogtt.es/problemas-con-el-recargo-en-el-ibi-de-las-viviendas-desocupadas/> [consultado por última vez el día 04/11/2016].

⁴⁴ De acuerdo con los autores AGUALLO AVILÉS y BUENO GALLARDO, son cinco los elementos que conforman el concepto constitucional de tributo: 1) debe tratarse de una prestación patrimonial (debe consistir en dar), no una prestación personal (que consiste en un hacer); 2) debe ser una prestación que se satisfaga a los entes públicos directa o indirectamente, no a particulares; 3) debe suponer una cesión definitiva de riqueza, no meramente temporal; 4) debe tener como finalidad, principal o no, el sostenimiento de los gastos públicos; y 5) debe gravar un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica [AGUALLO AVILÉS, Ángel.; BUENO GALLARDO, Esther (2007): 62 y 70].

2. Hecho imponible distinto del que da lugar a la exacción del Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Este gravamen sobre las viviendas desocupadas no sólo parece acercarse más a un impuesto distinto del IBI que a un recargo sobre el mismo, sino que, además, estamos convencidos de que define un hecho imponible diferente al de este impuesto.

Para afirmar lo anterior nos basamos en que el IBI es un impuesto que grava un hecho revelador de riqueza real puesta de manifiesto por la titularidad de ciertos derechos sobre los bienes inmuebles, mientras que el recargo grava un hecho revelador de riqueza potencial, esto es, la renta que se podría obtener del arrendamiento de la vivienda pero que, sin embargo, no obtiene su titular al mantenerla desocupada.

Asimismo, nos apoyamos en la distinción que hace el Tribunal Constitucional entre “materia imponible” y “hecho imponible”. La “materia imponible” es «toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico» y el “hecho imponible” es «un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso “para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria” según reza el artículo 28 de la vigente Ley General Tributaria» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14). Aplicando estas nociones a lo que a nosotros interesa, resulta que en relación con una misma materia impositiva, que bien podría ser los bienes inmuebles en general, el legislador ha seleccionado distintas circunstancias que dan lugar a dos hechos imponibles diferentes. En el caso del recargo, su hecho imponible podría definirse como la desocupación con carácter permanente de un inmueble de uso residencial por el titular de alguno de los derechos previstos en el art. 61.1 TRLRHL, y en el caso del IBI, constituye el hecho imponible la titularidad de derechos reales de propiedad, superficie y usufructo, así como el derecho de una concesión administrativa sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana y rústica y sobre bienes inmuebles de características especiales (art. 61.1 TRLRHL).

Los hechos imponibles de estos gravámenes, que se refieren predominantemente al elemento objetivo del supuesto de hecho, marcan las diferencias entre ambos, ya que no cabe identificar “desocupación con carácter permanente” de un inmueble de uso residencial -hecho imponible del recargo- con la “titularidad de determinados derechos” sobre todo tipo de bienes, aunque entre ellos se incluyan las viviendas desocupadas con carácter permanente, pues ni se trata de la misma circunstancia, ni coincide el objeto sobre el que la misma recae: si bien los inmuebles que conforman el ámbito objetivo del recargo son gravados también por el IBI, no todos los inmuebles gravados por el IBI se ven afectados por el recargo, ya que el ámbito objetivo de éste último es más limitado que el del primero y se reduce a los inmuebles urbanos de uso

residencial (con exclusión de los bienes urbanos que no sean residenciales, los bienes rústicos y los de características especiales⁴⁵), y no a todos ellos, sino únicamente a los que se encuentren desocupados con carácter permanente.

3. La necesaria existencia de desarrollo reglamentario estatal para su aplicación

A tenor del art. 72.4 TRLRHL, para que los Ayuntamientos puedan exigir el recargo por inmuebles urbanos de uso residencial desocupados con carácter permanente es necesario que se determinen reglamentariamente las condiciones que deben cumplir los inmuebles para considerarse como tales.

La expresión “por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente” ha suscitado el debate sobre si el TRLRHL se remite a un Reglamento estatal o a una ordenanza municipal, es decir, ha planteado la duda de si las entidades locales pueden establecer directamente el recargo mediante una Ordenanza Fiscal en la que se defina lo que debe entenderse por “inmueble urbano de uso residencial desocupado con carácter permanente” o si se precisaría de la existencia previa de desarrollo reglamentario estatal.

Es oportuno indicar que a día de hoy no contamos todavía con un reglamento estatal que concrete los requisitos que deben reunir los inmuebles objeto del mismo⁴⁶. En cambio, según datos de la Dirección General del Catastro, a fecha de 2016 son doscientos diecinueve municipios los que han establecido el recargo mediante sus Ordenanzas Fiscales⁴⁷.

A efectos de hacer posible la aplicación del recargo, algunos Ayuntamientos han incluido en sus Ordenanzas fiscales su propia definición de “vivienda desocupada” y otros han establecido el recargo sobre la base de las definiciones que algunas Comunidades Autónomas han acuñado en leyes autonómicas. Al primero de los supuestos se refiere la STSJ de Cataluña de 22-07-2011 (JT 2011\1182), que se pronuncia sobre una Ordenanza (autodenominada “reglamento”) aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Berga para determinar la condición de “inmueble de carácter residencial desocupado con carácter permanente” a los efectos de aplicar el recargo e incentivar la incorporación al mercado de alquiler de las viviendas desocupadas. En cuanto a los municipios que han optado por la alternativa consistente en hacer uso

⁴⁵ ALÍAS CANTÓN, Manuel (2015): 14.

⁴⁶ NAVARRO GARCÍA, Albert (2016): 51.

⁴⁷ De estos, cincuenta y seis son municipios andaluces, entre los que destacan por ser capitales de provincia: Sevilla, Córdoba y Almería.

de la definición contenida en una Ley autonómica, encontramos que la STSJ de Asturias de 16-02-2015 (JUR 2015\53543), se pronuncia sobre la validez del art. 2.2 de la Ordenanza Fiscal número 400 relativa al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Oviedo, que remite al concepto de vivienda desocupada definido en la Disposición Adicional cuarta de la de la Ley del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2013.

Estos Tribunales Superiores de Justicia, y también los de Galicia y Andalucía en las SSTSJ de 07-11-2011 (JUR 2011\412085), y de 14-01-2010 (JUR 2010\292681), respectivamente, han sentado la misma doctrina en relación al tipo de norma que debe concretar el concepto de “inmueble urbano de uso residencial desocupado con carácter permanente”. En concreto, consideran que debe ser un reglamento *estatal* basándose en que el TRLRHL «regula precisamente los tributos municipales, por lo que cuando quiere dejar margen a los Ayuntamientos para regular ciertos aspectos de tales tributos lo dice expresamente. (...) Por eso, cuando no alude expresamente a los Ayuntamientos o a las ordenanzas municipales para regular ciertas cuestiones de los tributos locales, sino que deja su desarrollo a un “reglamento”, como hace en el art. 72.4.3º (o en el art. 95.3, por poner otro ejemplo), debe entenderse que con ello se está remitiendo con precisión a las normas que aprueba el Gobierno central, pues sólo éstas reciben el nombre técnico de “reglamentos” (aparte de las que aprueban los gobiernos autonómicos, por supuesto)» [STSJ de Cataluña de 22-07-2011 (JT 2011\1182), FJ 4].

Al hilo de esta cuestión, es preciso advertir que sobre la naturaleza de las Ordenanzas Fiscales, pueden distinguirse dos posiciones puestas de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la STS de 19-12-2011 (Rec. Cas. núm. 2884/2010) [FJ 4 B.b)]. Una corriente jurisprudencial entiende que las Ordenanzas Fiscales son meros reglamentos, y la otra, con un criterio más matizado, considera que las Ordenanzas Fiscales tienen una naturaleza peculiar o singular -esto es, no puramente reglamentaria- que viene dada, como apunta el Tribunal Constitucional en la STC 233/1999, de 13 de diciembre, por dos circunstancias: en primer lugar, porque, en virtud de la autonomía de los Entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal, es preciso que la Ley estatal atribuya a los Acuerdos dictados por éste un ámbito de decisión acerca de los tributos propios del Municipio mayor que el que pudiera relegarse a la normativa reglamentaria estatal; y, en segundo lugar, porque el Pleno de la Corporación Local, integrado por todos los Concejales (art. 22.1 LBRL) elegidos, en los términos que establece la legislación electoral general, “mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto” (art. 19.2 LBRL), respeta las exigencias de autoimposición o autodisposición de la comunidad sobre sí misma (FJ 10). De este modo, teniendo en cuenta que el TRLRHL alude a un reglamento y que éste tiene distinta naturaleza

de las Ordenanzas fiscales, la remisión legal debe entenderse referida al primero y no a las segundas.

Efectuada esta aclaración, cabe añadir a lo anterior que el Tribunal Superior de Justicia de Asturias señala que la Disposición Final primera de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, atribuye al Estado la potestad reglamentaria cuando se trata de recursos propios de las Corporaciones Locales con el objetivo claro, como señala el Tribunal Constitucional en la STC 19/1987, de 17 de febrero, de preservar la unidad del ordenamiento y una básica igualdad de posiciones de los contribuyentes (FJ 4)⁴⁸. Asimismo, la sentencia alude a los efectos contrarios a los principios de seguridad e igualdad derivados de la posible discriminación en la aplicación del recargo según ubicación física de los inmuebles, dependiendo de las distintas nociones de lo que deba entenderse por inmueble residencial desocupado que pudieran establecerse en las distintas regulaciones a efectos de aplicar el recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del IBI⁴⁹. También en garantía de la igualdad -en su dimensión interterritorial- o tratamiento uniforme para todos los ciudadanos cualquiera que sea la parte del territorio nacional en la que residan, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía señala que «si el supuesto de hecho se dejara a la regulación municipal, las diferencias entre municipios que establecieran el recargo necesariamente serían grandes, contradiciendo el principio general de igualdad (art 31. CE)» [STSJ de Andalucía de 14-01-2010 (JUR 2010\292681), FJ 5].

De lo expuesto resulta que los Ayuntamientos, a través de sus Ordenanzas Fiscales, únicamente pueden establecer el recargo pero no pueden exigirlo hasta que exista desarrollo reglamentario de la materia por parte del Estado⁵⁰. De hecho, aún no se ha hecho exigible en ninguno de los municipios del régimen común que lo han establecido. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en Córdoba, donde el Ayuntamiento ha establecido en la Ordenanza Fiscal de 2016, número 300, relativa al Impuesto sobre bienes Inmuebles, «*un recargo del 50 por 100 sobre la cuota líquida de los bienes inmuebles urbanos de Uso Residencial desocupados con carácter permanente, que se aplicará conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del apartado 4 del artículo 72 del T.R. 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*» (art. 1.4); y que, por tanto, debe entenderse como una mera manifestación

⁴⁸ STSJ de Asturias de 16-02-2015 (JUR 2015\53543), FJ 3.

⁴⁹ CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M.: «El recargo en el IBI sobre bienes de uso residencial desocupados con carácter permanente», *Tributos Locales*, núm. 120, 2015, pág. 32.

⁵⁰ ALÍAS CANTÓN, Manuel (2015): 18. En esta línea también, la STSJ de Cataluña de 22-07-2011 (JT 2011\1182), cuando señala que una Ordenanza a la que alude la sentencia «dejaba a salvo la competencia del Gobierno sobre este particular y se limitaba a “manifestar su voluntad de exigir ese recargo cuando se apruebe el Reglamento correspondiente” (STSJ cit., FJ3)» (FJ 4).

de su voluntad de exigir el recargo cuando se apruebe el Reglamento estatal correspondiente⁵¹.

Sin perjuicio de lo anterior, y a fin de salvaguardar el principio de autonomía financiera local reconocido en el art. 142 CE, el párrafo tercero del art. 72.4 TRLRHL concede a las entidades locales cierto margen de apreciación al permitirles tomar su propia decisión sobre el establecimiento o no del recargo y, en caso de optar por su aplicación, también se les permite fijar el porcentaje que consideren oportuno dentro del límite del 50 por ciento de la cuota líquida del IBI⁵².

Por lo que respecta a las Leyes autonómicas a las que nos hemos referido al comienzo del epígrafe, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias deja claro que la ausencia de la disposición reglamentaria a la que remite el art. 72.4 TRLRHL no puede ser suplida por una Ley Autonómica ya que la «remisión señalada excluye a cualquier otra norma ajena al ámbito tributario por más que se refiera a la vivienda definiendo cuando se entienda desocupada dentro de las políticas generales que legalmente corresponden a la Administración que la dicta en la materia» [STSJ de Asturias de 16-02-2015 (JUR 2015\53543), FJ 3]. Los tributaristas que han estudiado este pronunciamiento interpretan las palabras del Tribunal asturiano en el sentido de que no sólo se descarta que la norma de remisión pueda ser de procedencia autonómica sino que la remisión que efectúa el art. 72.4 TRLRHL ha de entenderse dirigida a una norma reglamentaria de ámbito estrictamente tributario y dictada por el Ejecutivo Central al efecto⁵³.

La función de los conceptos de vivienda desocupada que algunas Comunidades Autónomas han acuñado ha sido calificada por la jurisprudencia de «utilidad interpretativa pero no como complemento a uno de los elementos del impuesto» [STSJ de Asturias de 16-02-2015 (JUR 2015\53543), FJ 3]. Este es el caso de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de vivienda, que introduce en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, entre otros, el art. 25 en el que se establece la definición de viviendas deshabitadas⁵⁴.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la STSJ de 22-07-2011 (JT 2011\1182), pese a que en un principio reconoció la posibilidad de que

⁵¹ En este sentido, STSJ de Cataluña de 22-07-2011 (JT 2011\1182), FJ 4.

⁵² CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María (2015): 34.

⁵³ Son de esta opinión, CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María (2015): 35 y 36; y FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: «Divergencias jurisprudenciales relativas al recargo sobre determinadas viviendas en el IBI», *Tributos Locales*, núm. 120, 2015, págs. 17 y 18.

⁵⁴ Otro ejemplo lo encontramos en la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a una vivienda,

el art. 2 de la Ordenanza objeto de la sentencia que recogía la definición de vivienda desocupada perviviera solamente a los efectos de incentivar la puesta en el mercado de las viviendas desocupadas, finalmente lo declaró nulo junto con el resto de la Ordenanza por infringir lo dispuesto en una Ley autonómica como es la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, ya que «la competencia de los Ayuntamientos en materia de “promoción y gestión de viviendas” se atribuye “en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas” (art. 25.2 LBRL)» (FJ 5).

Ahora bien, a pesar de que son muchos los tributaristas que comparten, al igual que nosotros, la doctrina jurisprudencial sentada relativa a la necesidad de previo desarrollo reglamentario estatal⁵⁵, hay quienes sostienen que la competencia para determinar el concepto de “inmueble de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente” es de los Ayuntamientos y deriva del art. 77.5 TRLRHL [« (...) *competencia municipal para la calificación de inmuebles de uso residencial desocupados* (...)»]. Los Tribunales Superiores de Justicia asimismo se han pronunciado sobre esta cuestión y la han resuelto precisando que “calificación” no es sinónimo de “definición” sino que técnicamente significa: «operación de subsumir los hechos en los conceptos fijados por las normas jurídicas». Además, es jurisprudencia consolidada de estos Tribunales que «este artículo atribuye a los Ayuntamientos, y no a la Administración del Estado, la competencia para aplicar al caso concreto los conceptos fijados por el Reglamento estatal, pero no para desarrollar el concepto legal, que debe hacerse por “reglamento del Estado”» [STSJ de Cataluña de 22-07-2011 (JT 2011\1182), FJ 4; y STSJ de Asturias de 16-02-2015 (JUR 2015\53543), FJ 3].

Por todo lo expuesto, es evidente que las dudas acerca de la naturaleza -estatal o local- de la norma reglamentaria a que remite el art. 72.4 TRLRHL quedan disipadas. No obstante, no nos resistimos a cuestionarnos si con esta remisión reglamentaria no podría vulnerarse también la reserva de ley contenida en los arts. 31.3 y 133 CE. Si atendemos a lo dispuesto en el art. 8 LGT, y entendemos que las condiciones que ha de reunir un inmueble para entenderse desocupado constituyen un aspecto principal del presupuesto de hecho que origina el nacimiento de la obligación tributaria derivada del recargo, es razonable pensar que al delegar en un reglamento la

cuyo art. 26 sustituye el actual título VIII por uno nuevo, denominado: «Medidas para evitar la existencia de viviendas deshabitadas» que recoge la definición de viviendas deshabitadas en su art. 81. Cabe indicar que estos artículos también han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad y se encuentran suspendidos por AATC 32/2015, de 15 de febrero, en el caso de Andalucía; y 135/2015, de 21 de julio, en el de Canarias.

⁵⁵ Coinciden también con esta postura el Dictamen 748/2008, de 29 de diciembre, en el que se da respuesta a la consulta facultativa relativa a competencias municipales en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y el Informe de 12 de junio de 2013 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, solicitado por el Ayuntamiento de Málaga [ALÍAS CANTÓN, Manuel (2015): 8 y 9].

concreción de un aspecto principal del hecho imponible del que depende que resulten gravados unos inmuebles u otros, se produce un quebrantamiento del principio de reserva de ley⁵⁶ y, más aún, si tenemos en cuenta que el grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando regula el hecho imponible (por todas, SSTC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 9; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 4; 150/2003, de 15 de julio, FJ 3; 102/2005, de 20 de abril, FJ 3; 121/2005, de 10 de mayo, FJ 5; 73/2011, de 19 de mayo, FJ 5; y 85/2013, de 11 de abril, FJ 6).

Sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia parece descartar esta posible vulneración⁵⁷. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la STSJ de 11-02-2010 (JUR 2010\134308), señala que «la STC 233/199, de 13 de diciembre, declara que la reserva de ley “(...) se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley y siempre que la colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad (entre otras, SSTC 37/1981, 6/1983, 179/1985, 60/1987 y 99/1987)”» y que en lo que concierne al gravamen sobre el impuesto de bienes inmuebles del art. 72.4 TRLRHL, sus características y principales elementos están plenamente configurados por dicha ley y por la normativa catastral (FJ 6). En esta línea, la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 16 de febrero de 2015 indica que la norma reglamentaria a la que se remite la Ley que crea el recargo «debe entenderse atribuida lógicamente al Gobierno en cuanto disposición necesaria para el desarrollo y ejecución de la Ley que lo establece (...). Reservando a la colaboración del reglamento la concreción del presupuesto objetivo ante las dificultades que encierra la concreción reglamentaria del concepto de inmueble residencial desocupado permanentemente» (FJ 3).

⁵⁶ MANZANO SILVA, M.E.: «El impuesto extremeño sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas y el recargo para inmuebles urbanos desocupados en el IBI», *Tributos Locales*, núm. 80, 2008, pág. 23.

⁵⁷ Así lo entiende también CHAMORRO GONZÁLEZ quien sostiene que la justificación de que el propio legislador opte por la remisión a una norma reglamentaria parece clara «si nos atenemos a la mayor facilidad de una norma técnicamente más apropiada, como es el reglamento, para llevar a cabo esa labor de concreción de los requisitos y condiciones que se exigen, como dice la ley, para considerar un bien inmueble de uso residencial como desocupado con carácter permanente» [CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María (2015): 36].

V. ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD DEL IMPUESTO CATALÁN SOBRE LAS VIVIENDAS VACÍAS CON EL RECARGO DEL ARTÍCULO 72.4 TRLRHL

Se ha venido señalando que el hecho de que el legislador haya configurado el recargo del art. 72.4 TRLRHL como tal implica que constituye una obligación tributaria superpuesta a un tributo preexistente que mantiene intacta su configuración⁵⁸, evitando, de este modo, que pueda surgir conflicto alguno por doble imposición interna o incompatibilidad del art. 6.3 LOFCA entre el mismo y cualquier impuesto autonómico que grave las viviendas desocupadas permanentemente⁵⁹. Nuestro parecer al respecto se aleja en gran medida de esta postura, que creemos que supondría aceptar una verdadera sobreimposición. En contraposición, y como expusimos anteriormente, consideramos que, tal y como está configurado el recargo, estamos ante un impuesto distinto del IBI que cuenta en su estructura con elementos -como el hecho imponible o el devengo- también diferentes.

Esto nos lleva a abordar la cuestión relativa a la compatibilidad del Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías con el recargo del art. 72.4 TRLRHL a la luz de lo dispuesto en el art. 6.3 LOFCA.

Para llevar a cabo este análisis vamos a tomar como punto de partida la jurisprudencia constitucional dictada hasta la fecha en relación con el art. 6.2 LOFCA. El propio Tribunal Constitucional indica que es así como debe procederse, «debido a que, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 3/2009 de 18 de diciembre, [los arts. 6.2 y 6.3 LOFCA] emplean inicialmente la misma literalidad, y porque la intención del legislador orgánico ha sido asimilar los límites establecidos en estos dos preceptos, reduciendo la conflictividad y clarificando el espacio fiscal autonómico en relación con los tributos locales» (STC 197/2012, de 6 de noviembre, FJ 7).

Antes de la reforma del art. 6.3 LOFCA, la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas para el establecimiento de tributos propios «no podía recaer “sobre materias que la legislación de régimen local reserv[ara] a las Corporaciones Locales”, mientras que con la redacción vigente estos tributos “no podrán recaer sobre hechos imposables gravados por los tributos locales”» (STC 197/2012, de 6 de noviembre, FJ 5), es decir, ahora «“(…)‘la prohibición de doble imposición en él contenida atiende al presupuesto adoptado como hecho imponible y no a la realidad o materia imponible que le sirve de base’ (STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 4) (...)” (STC 122/2012, de 5 de junio, FJ 3)» (STC 197/2012, de 6 de noviembre, FJ 7). No obstante, el Tribunal Constitucional advierte que para analizar la regulación del

⁵⁸ ROVIRA FERRER, Irene (2015): 48.

⁵⁹ ALÍAS CANTÓN, Manuel (2015): 15.

hecho imponible hemos de tomar en consideración no sólo el precepto que el legislador ha dedicado nominalmente a regular este elemento, sino abarcar también los restantes elementos del tributo que se encuentran conectados con el hecho imponible, es decir, los sujetos pasivos que constituyen el aspecto subjetivo del tributo, la base imponible que representa la cuantificación del hecho imponible, la capacidad económica gravada dado que el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza, los supuestos de no sujeción y exención (STC 197/2012, de 6 de noviembre, FJ 7), así como la posible finalidad extrafiscal de los tributos en liza siempre que dicha finalidad encuentre reflejo en los elementos centrales de la estructura del tributo (STC 53/2014, de 10 abril, FJ 5).

A continuación, vamos a aplicar esta doctrina sentada por el Tribunal Constitucional a fin de determinar si existe equivalencia entre el Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías y el “recargo sobre viviendas desocupadas”. Para ello, debemos examinar y comparar la estructura de ambos gravámenes⁶⁰:

- En cuanto a la capacidad económica gravada, tanto el recargo del art. 72.4 TRLRHL como el IVV gravan un hecho revelador de riqueza potencial, a saber, la renta que se podría obtener del arrendamiento de la vivienda pero que, sin embargo, no obtiene su titular al mantenerla desocupada.

- Respecto al hecho imponible, en el caso del IVV lo constituye la «desocupación permanente de una vivienda durante más de dos años sin causa justificada (...)» (art. 4 LIVV); y, en el supuesto del recargo, bien podría definirse como la desocupación con carácter permanente de un inmueble de uso residencial. En nuestra opinión, es evidente que ambos hechos imponibles son claramente coincidentes⁶¹.

- Por lo que se refiere al elemento objetivo, para el IVV, es la vivienda vacía, es decir, «la vivienda desocupada permanentemente, sin causa justificada, durante más de dos años» [art. 5.b) LIVV]; y para el recargo, el inmueble de uso residencial desocupado con carácter permanente, *por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente*. Pese a que, como sabemos, aún no se han determinado estas condiciones, imaginamos que cuando el recargo finalmente llegue a aplicarse, ambos gravámenes tendrán en común gran parte de su ámbito objetivo.

⁶⁰ Para pronunciarnos sobre esta cuestión seguimos el *iter* argumentativo que utiliza el Tribunal Constitucional en su última jurisprudencia, y, en particular, en la STC 53/2014, de 10 abril, FJ 5.

⁶¹ Son de esta opinión, ROVIRA FERRER, Irene (2015): 48; NAVARRO GARCÍA, Albert (2016): 59; y MANZANO SILVA, María Elena (2008): 28. En contraposición, a juicio de PIÑA GARRIDO, «los hechos imponibles del “recargo” del IBI y del impuesto autonómico que ahora comentamos no son iguales, ni mucho menos» [PIÑA GARRIDO, Lilo (2014): 39].

- En lo relativo a los sujetos pasivos, el IVV únicamente afecta a las personas jurídicas, los grupos fiscales y los grupos de sociedades (art. 9 LIVV), mientras que el recargo se aplica tanto a las personas naturales como jurídicas, así como a las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad o un patrimonio separado susceptible de imposición jurídica; lo que se traduce en una evidente doble imposición de ambos gravámenes para, como mínimo, las personas jurídicas.

- Por lo que respecta a los elementos de cuantificación, por un lado, constituye la base imponible del IVV «el número total de metros cuadrados de las viviendas sujetas al impuesto de la que es titular el sujeto pasivo en la fecha de devengo del impuesto» (art. 11 LIVV), y la del recargo coincide con la cuota líquida del IBI, que para su obtención parte inicialmente de la base imponible del IBI, esto es, el valor catastral de los bienes inmuebles (art. 65 TRLRHL). Si bien es cierto que no existe en este caso una total identificación entre las dos bases imponibles, no es menos cierto que el valor catastral está integrado por el valor catastral del suelo y el valor catastral de las edificaciones (art. 22 Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario) y que para la valoración del primero, en el caso de suelo edificado, se tendrán en cuenta los metros cuadrados realmente construidos⁶². Por tanto, podríamos afirmar que en la determinación de la base imponible del recargo también se incluye el criterio de la base imponible del IVV. Por otro lado, respecto al tipo de gravamen, el IVV aplica a la base imponible los tipos de gravamen de una escala progresiva establecida en función de los metros cuadrados (art. 12 LIVV); mientras que el tipo impositivo del recargo habrá de ser fijado por el municipio sin que pueda superar el 50 por ciento.

- En lo concerniente a las exenciones, a diferencia de la LIVV que en su art. 10 establece las exenciones aplicables al Impuesto sobre Viviendas Vacías, el tenor del art. 72.4 TRLRHL no dice nada al respecto, por lo que deducimos que habrá que recurrir supletoriamente a la disposición del IBI reguladora de las exenciones (art. 62 TRLRHL). Al comparar ambos preceptos (art. 10 LIVV y 62 TRLRHL) apreciamos que en el caso del recargo las exenciones tendrían un carácter más general como consecuencia de la aplicación supletoria de un artículo pensado para un im-

⁶² Norma 9 de las normas técnicas de valoración y cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana (Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana) [DIRECCIÓN GENERAL DEL CATASTRO. «Procedimiento de valoración colectiva de bienes inmuebles de naturaleza urbana. Documento resumen de la ponencia de valores», pág. 7. Disponible en: <http://www.catastro.meh.es/ponencias/Metodologia.pdf> (consultado por última vez el día 04/11/2016)].

puesto (IBI) con una finalidad distinta de la del recargo⁶³. En cambio, las exenciones del IVV sí parecen estar confeccionadas en coherencia con su finalidad extrafiscal.

- En relación con a la finalidad extrafiscal, basta remitirnos al segundo epígrafe de este artículo para poder afirmar que tanto el IVV como el recargo tienen la finalidad extrafiscal de facilitar el acceso de todos los ciudadanos al disfrute de una vivienda digna gravando el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente⁶⁴, y que dicha finalidad, compatible con la finalidad contributiva, se encuentra dirigida a la protección de un derecho constitucional como es el art. 47 CE⁶⁵. Asimismo, como ya expusimos en el segundo epígrafe y según lo expuesto hasta ahora sobre ambos gravámenes, no cabe duda de que dicha finalidad extrafiscal encuentra reflejo en los elementos centrales de sus respectivas estructuras.

Tras el análisis anterior, creemos que no se puede negar que existe una sustancial similitud (especialmente en su hecho imponible, que nos parece coincidente) entre el recargo del art. 72.4 TRLRHL y el impuesto regulado en la LIVV y, en consecuencia, una vulneración por éste último de la prohibición de no establecer tributos que recaigan sobre hechos imposables gravados por los tributos locales establecida en el art. 6.3 LOFCA. Así también lo entiende el Abogado del Estado, tal y como se infiere del ATC 157/2006, de 20 de septiembre. Sin embargo, no estamos seguros de que el Tribunal Constitucional vaya a estimar que el impuesto autonómico incurre en tal prohibición pues, atendiendo a la última jurisprudencia constitucional dictada al respecto, se ha otorgado especial importancia para determinar esta cuestión, además de al hecho imponible, a los elementos cuantificativos del tributo, y en particu-

⁶³ Mientras que la finalidad del IBI «es principalmente recaudatoria, sin perjuicio de que algunos de los elementos que modulan la carga tributaria se establezcan en función de criterios extrafiscales, como sucede con algunas bonificaciones del art. 74 LHL» (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 4), la del recargo es claramente extrafiscal ya que trata de «facilitar el acceso de todos los ciudadanos al disfrute de una vivienda digna y adecuada» (Preámbulo de la Ley 51/2002).

⁶⁴ En este sentido, LUCAS DURÁN parece tener claro también que «las finalidades de ambos gravámenes son coincidentes: desincentivar un uso de la propiedad antisocial» [LUCAS DURÁN, M.: «Gravámenes sobre nuevas materias imposables, justicia fiscal y distribución competencial entre distintos poderes tributarios», en AA.VV. (Coord. PATÓN GARCÍA, G.): *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, CISS, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 809 (nota a pie 131)].

⁶⁵ ROVIRA FERRER sostiene que, en base a la doctrina del Tribunal Constitucional, «para que los tributos extrafiscales sean viables, además de ir dirigidos a la protección o consecución de objetivos e intereses de rango constitucional y no a fines estrictamente redistributivos, deberán ser compatibles (en mayor o menor medida) con la finalidad contributiva» [ROVIRA FERRER, Irene (2015): 44].

lar, a la base imponible⁶⁶ y, precisamente, este elemento no presenta una coincidencia total en los dos gravámenes objeto de comparación.

A nuestro juicio, y a propósito del rigor con el que el Tribunal Constitucional ha venido efectuando este “juicio de constitucionalidad”, entendemos que «no puede reclamarse la identidad absoluta de todos los elementos esenciales de los tributos concurrentes para declarar inconstitucional el impuesto autonómico que en cada caso se enjuicia», porque el art. 6.3 LOFCA prohíbe únicamente la identidad en los hechos imponibles y porque «tal delimitación de la prohibición contenida en el art. 6 LOFCA la transformaría, en la práctica, en un límite inoperante frente al poder tributario autonómico», al verse reducidos en gran medida los supuestos de doble imposición⁶⁷.

El legislador catalán, consciente de esta problemática, y en aras de sortear el conflicto que tendrá lugar en el momento en que el Gobierno central apruebe el reglamento que desarrolle las condiciones necesarias para aplicar el recargo, ha atendido a lo dispuesto en el art. 6.3 LOFCA sobre medidas de compensación o coordinación y ha establecido en su Disposición Adicional primera que a partir de la fecha en la que el Estado haya realizado el desarrollo reglamentario del art. 72.4 TRLRHL y los ayuntamientos puedan establecer el recargo sobre el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la Generalidad debe adoptar las medidas compensatorias o de coordinación pertinentes a favor de los ayuntamientos que efectivamente hayan aprobado dicho recargo en ordenanza municipal y que las mismas tendrán en cuenta el importe del recargo que habría gravado las viviendas vacías ubicadas en el correspondiente municipio.

Ciertamente, la obligación de adoptar estas medidas se recoge en el art. 6.3 LOFCA, sin embargo, la misma sólo está prevista para cuando las Comunidades Autónomas establecen tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserva a las Corporaciones Locales, pero en el caso que nos ocupa no estamos ante una misma materia imponible sino ante un supuesto en el que los hechos imponibles son equivalentes y para el que no está contemplada tal posibilidad.

⁶⁶ En esta línea, SSTC 122/2012, de 5 de junio, FJ 7; 197/2012, de 6 de noviembre, FJ 8; 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 6; 96/2013, de 23 de abril, FJ 12; y 30/2015, de 19 de febrero, FJ 4. Cabe advertir que en ninguno de estos pronunciamientos se plantea el mismo caso que aquí nos ocupa ya que en todos ellos, salvo en la STC 30/2015, de 19 de febrero (donde se comparan el Impuesto estatal sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito y el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito de la Comunidad Valenciana), los hechos imponibles difieren sustancialmente o son coincidentes sólo parcialmente.

⁶⁷ BUENO GALLARDO, E.: «La delimitación de la prohibición de doble imposición interna efectuada por el Tribunal Constitucional», en AA.VV. (Dir. MALVÁREZ PASCUAL, L.; RAMÍREZ GÓMEZ, S.): *Fiscalidad en Tiempos de Crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pág. 606.

VI. CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado sobre la constitucionalidad del gravamen sobre la vivienda desocupada a la luz, fundamentalmente, de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en relación con el principio de capacidad económica, no podemos sino concluir que el gravamen de la vivienda desocupada en sus distintas manifestaciones (Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías y recargo del art. 72.4 TRLRHL), respeta el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición porque se aplica sobre una circunstancia reveladora de riqueza *potencial*, como es la renta que se podría obtener del arrendamiento de la vivienda pero que, sin embargo, no obtiene su titular al mantenerla desocupada; y porque, en la *generalidad* de los casos, el titular de un inmueble que lo mantiene desocupado renuncia voluntariamente a la renta que podría recibir al arrendarlo.

Respecto del Impuesto catalán sobre las Viviendas Vacías, consideramos que el diferente trato entre personas físicas y jurídicas existente en su regulación *carece de justificación objetiva y razonable* y que, por tanto, vulnera, además de los principios de generalidad e igualdad del art. 31.1 CE, la igualdad reconocida en el art. 14 CE. No obstante, debemos reconocer que la forma de proceder de la LIVV no es descabellada, habida cuenta de que las personas jurídicas -como las entidades financieras- generalmente están en posesión de un número más elevado de viviendas vacías, y de que, a diferencia de las personas físicas, las jurídicas nunca podrían hacer uso de su propia vivienda para la finalidad que le es propia, que es la de proporcionar un techo bajo el que las personas puedan desarrollarse con normalidad dentro de la sociedad. Es por ello que puede sostenerse que únicamente podrían evitar el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas mediante su oferta en alquiler o venta, pues de lo contrario, sería lógico vislumbrar meros fines de inversión, o incluso de especulación inmobiliaria, en la actuación de tales entidades.

En lo concerniente al recargo sobre viviendas desocupadas en el ámbito del IBI, se plantean significativos problemas derivados de la ausencia de determinación del concepto de “inmueble de uso residencial desocupado con carácter permanente”, que ha de llevarse a cabo mediante una norma reglamentaria de ámbito estrictamente tributario y *dictada por el Ejecutivo Central* al efecto y que, por el momento, sigue sin promulgarse, impidiendo de este modo a los Ayuntamientos ejercer la facultad que le otorga el art. 72.4 TRLRHL.

A esto se añade la cuestión relativa a la compatibilidad entre este recargo y el IVV. Pese a que el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado sobre ello, a nuestro modo de ver, bien podría apreciarse que el IVV contraviene la prohibición establecida en el art. 6.3 LOFCA al establecer como hecho imponible del impuesto una circunstancia coincidente con la que se grava en el art. 72.4 TRLRHL y al

presentar ambos gravámenes sustanciales similitudes en sus restantes elementos y, en particular, en la finalidad extrafiscal.

En conclusión, esta panorámica de la tributación de la vivienda vacía muestra que nos encontramos ante una realidad compleja, en la que aún queda mucho por hacer y en la que los Tribunales tendrán un papel principal a la hora de arrojar luz en las cuestiones más controvertidas. Asimismo, dada la complejidad del tema objeto de este trabajo y en aras de mejorar la situación actual que atañe a la vivienda vacía, consideramos imprescindible la actuación conjunta y coordinada de las medidas fiscales y las políticas públicas de vivienda.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUALLO AVILÉS, A.; BUENO GALLARDO, E.: «Observaciones sobre el alcance de los principios constitucionales del art. 31.1 CE», en AA.VV. (Coord. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.): *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson-CEU Universidad San Pablo, Madrid, 2007.
- ALÍAS CANTÓN, M.: «A vueltas con el recargo de hasta un 50 por cien en el IBI de las viviendas desocupadas», *Revista digital CEMCI*, núm. 25, 2015.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P.: «Reflexiones sobre la fiscalidad de la vivienda vacía en España», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, 2008.
- BILBAO CASTRO, I.: «Problemas con el IBI de las viviendas desocupadas», *Boletín jurídico*, mayo 2015. Disponible en: <http://boletinjuridicogtt.es/problemas-con-el-recargo-en-el-ibi-de-las-viviendas-desocupadas/> [consultado por última vez el día 04/11/2016].
- BUENO GALLARDO, E.: «La delimitación de la prohibición de doble imposición interna efectuada por el Tribunal Constitucional», en AA.VV. (Dir. MALVÁREZ PASCUAL, L.; RAMÍREZ GÓMEZ, S.): *Fiscalidad en Tiempos de Crisis*, Thomsom Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M.: «El recargo en el IBI sobre bienes de uso residencial desocupados con carácter permanente», *Tributos Locales*, núm. 120, 2015.
- DIRECCIÓN GENERAL DEL CATASTRO. «Procedimiento de valoración colectiva de bienes inmuebles de naturaleza urbana. Documento resumen de la ponencia de valores», pág. 7. Disponible en: <http://www.catastro.meh.es/ponencias/ Metodologia.pdf> [consultado por última vez el día 04/11/2016].

- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: «Divergencias jurisprudenciales relativas al recargo sobre determinadas viviendas en el IBI», *Tributos Locales*, núm. 120, 2015.
- GARCÍA CALVENTE, Y.: «Incidencia de la política económica en el diseño del IRPF. Especial referencia al tratamiento fiscal de la vivienda» en AA.VV. (Coord. PATÓN GARCÍA, G.): *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, CISS, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: «Censos de Población y Viviendas 2011. Edificios y viviendas. Datos provisionales», *Notas de prensa INE*, 18 abril 2013.
- LUCAS DURÁN, M.: «Grávámenes sobre nuevas materias imposables, justicia fiscal y distribución competencial entre distintos poderes tributarios», en AA.VV. (Coord. PATÓN GARCÍA, G.): *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, CISS, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- MANZANO SILVA, M.E.: «El impuesto extremeño sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas y el recargo para inmuebles urbanos desocupados en el IBI», *Tributos Locales*, núm. 80, 2008.
- MARÍN-BARNUEVO, D.: «Medidas para disuadir la tenencia de viviendas desocupadas», *idl-blog*, septiembre 2015. Disponible en: <http://www.idluam.org/blog/?p=352> [consultado por última vez el día 10/12/2016].
- MARÍN GARCÍA, I.; MILÀ RAFEL, R.: «El alquiler forzoso de la vivienda desocupada», *Revista InDret*, núm. 2, 2007.
- MENÉNDEZ MORENO, A.: «Nada es lo que parece. A propósito del Impuesto sobre las Viviendas Vacías, de la Ley de 21 de Julio de 2015, de la Generalidad de Cataluña», *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2015.
- MORALES ARROYO, J. M^a; GÓMEZ CORONA, E.: «Las competencias del Tribunal Constitucional», en AA.VV.: *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2010.
- NAVARRO GARCÍA, A.: «Medidas fiscales para garantizar el Derecho de Acceso a la Vivienda: el recargo del IBI y otras medidas tributarias sobre las viviendas desocupadas», *Tributos Locales*, núm. 123, diciembre 2015-enero 2016.
- PIÑA GARRIDO, L.: «¿Un impuesto sobre viviendas desocupadas en Cataluña?», *Crónica Tributaria*, núm. 3, 2014.
- PORRAS NADALES, A.: «Los principios rectores de la política social y económica», en AA.VV.: *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2010.

- POVEDA BLANCO, F.: *Manual de Fiscalidad Local*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.
- RAMOS PRIETO, J.: *La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *La Constitución fiscal de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- ROVIRA FERRER, I.: «La constitucionalidad del Impuesto catalán sobre Viviendas Vacías», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 110, 2015.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Las tensiones entre minería y espacios naturales protegidos: su consideración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Daniel del Castillo Mora

Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio
Junta de Andalucía

SUMARIO. I.- INTRODUCCIÓN II.- LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE ACTIVIDADES MINERAS QUE SE PROYECTAN SOBRE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS. 1. Prohibición de establecer limitaciones con carácter genérico a las actividades mineras en los Espacios Naturales Protegidos. 2.- El instrumento adecuado para establecer las limitaciones a la actividad extractiva debe ser el instrumento planificador de ordenación ambiental o urbanística. 3.- Las limitaciones que pueden consignarse en los instrumentos de ordenación ambiental o urbanísticos deben responder a los requisitos establecidos en la doctrina constitucional y desarrollados en la ulterior Jurisprudencia. 4.- Sin perjuicio de que se establezcan las limitaciones correspondientes en el instrumento de ordenación ambiental o urbanística, el análisis de las actividades singulares que se pretendan proyectar deben hacerse caso por caso mediante la aplicación del instrumento de prevención y control ambiental correspondiente, salvo incompatibilidad manifiesta con la normativa ambiental. 5.- Las prohibiciones de realización de actividades mineras en instrumentos de ordenación ambiental no son susceptibles de ser resarcidas a través del instituto de responsabilidad patrimonial, sin que pueda pretenderse, con carácter general, la subsunción de prohibiciones en privaciones singulares indemnizables ex

art. 33.3 CE. III.- LA PROYECCIÓN DE ACTIVIDADES MINERAS EN ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS QUE FORMAN PARTE DE LA RED NATURA 2000. EL CONCEPTO DE AFECCIÓN APRECIABLE.1.- Proyección comunitaria de la Red Natura 2000. Concepción integradora y coherente de la Red.2.- Interpretación del concepto de afección apreciable o significativa.3.- necesidad de sujeción continua. Principio de evaluación dinámica del espacio.4.- innecesariedad e imposibilidad de aplicar simultáneamente el procedimiento de protección singular (art. 6.3) y el procedimiento de protección general (art. 6.2).5.- viabilidad del plan sujeto a la ausencia de perjuicio a la integridad del lugar en cuestión, previa, en su caso, información pública. a) Principio general: imposibilidad legal de llevar el plan o proyecto a cabo si cuenta con evaluación negativa sobre las repercusiones del lugar por menoscabo de su integridad.b) Principio excepcional: el artículo 6.4 Directiva *Habitats* posibilita, a pesar de la existencia de conclusiones negativas, la viabilidad del mismo cuando, a falta de soluciones alternativas, por razones imperiosas de interés público de primer orden, se adopten medidas compensatorias para garantizar la coherencia global de la red natura 2000. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El presente artículo trata de analizar las tensiones existentes entre minería y espacios naturales protegidos, como proyección del concepto de desarrollo sostenible. El Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido conformando un cuerpo consolidado de Jurisprudencia que permite solventar las tensiones entre ambos bienes. Se trata, en definitiva, de buscar la ponderación necesaria entre el respeto a las normas de protección del medio ambiente y el derecho a efectuar una determinada extracción de minerales proyectada sobre un espacio natural protegido, sin que se permitan decisiones apriorísticas o generales, sino un examen caso a caso como regla general.

PALABRAS CLAVE: minería. medio ambiente. espacios naturales protegidos desarrollo sostenible.

ABSTRACT: Tensions between mining and protected areas are reviewed in this issue, throughout the view of sustainable development. High Court and European Court of Justice have ruled constant landmarks decisions, which might be used to solve the tensions above mentioned. Finally, the aim is to find a deliberation and balance between the enforcement of Environmental laws and the right to develop the mining industry in a certain protected area, without abstract or deductive criteria being allowed, but a case study as a general rule.

KEY WORDS: Mining. environment. protected areas. sustainable development.

I. INTRODUCCIÓN

Las labores mineras se han venido desarrollando históricamente en nuestro territorio. Ya desde época tartésica, pero sobre todo romana se consolida en la *Baética* un auténtico desarrollo de la minería como suministradora de riqueza al imperio Romano, de modo que fundamentalmente en Riotinto y en Sierra Morena existían asentamientos romanos cerca de explotaciones mineras.

Actualmente, la minería se ve sometida a los continuos vaivenes de la coyuntura económica, si bien, la relevancia de la producción minera metálica vendible sobre el PIB en ningún caso ha alcanzado en los últimos diez años el 0,1 % del PIB, correspondiendo en el mejor de los casos (año 2013) al 0,078 % del mismo¹.

Mientras, la protección del medio ambiente encuentra su primera aproximación en el movimiento romántico de finales del S. XIX desde una perspectiva fundamentalmente paisajística, con los primeros viajeros procedentes de la Europa ilustrada, sin perjuicio de algunos precursores que llegan a Andalucía a analizar la riqueza de su biodiversidad, como el caso del biólogo Simón de Rojas Clemente y Rubio².

Esta preocupación por las áreas naturales se ve reforzada en el S.XX, con la aprobación de la Ley de 8 de diciembre de 1916 de Parques Nacionales, primera norma mundial que recoge, a nivel legislativo esta figura, y de la que este año se celebra su Centenario. Las posteriores normas de 1975 y 1989 no hicieron sino apuntalar su importancia, sobre todo tras la promulgación de la Constitución de 1978. Actualmente, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, constituyen el marco normativo básico.

Es evidente que el marco comunitario y las normas estatales y autonómicas han consolidado la protección del medio ambiente en pleno S. XXI, y, por ende, de los espacios naturales protegidos, lo que comporta, correlativamente, un aumento de las tensiones entre éstos y las actividades mineras que se proyectan sobre los mismos, tensiones que acaban en diversas ocasiones judicializadas, y de las que se viene perfilando un cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidada.

¹ “Análisis de la situación de la minería española en el año 2014 y comienzos de 2015”. Asociación Nacional de Ingenieros de Minas. Junio 2015. P. 78. Si bien en el mismo informe se destaca “la potencialidad nada desdénable en diversas sustancias metálicas de carácter crítico para la industria europea y española” p. 85.

² De su obra puede destacarse *Viaje a Andalucía. Historia Natural del Reino de Granada (1804-1809)*.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE ACTIVIDADES MINERAS QUE SE PROYECTAN SOBRE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

El Alto Tribunal, en un cuerpo consolidado de Sentencias ha ido desgranando los requisitos para las posibles limitaciones a las actividades mineras en los Espacios Naturales Protegidos, de los que cabe extraer las siguientes conclusiones:

1. Prohibición de establecer limitaciones con carácter genérico a las actividades mineras en los Espacios Naturales Protegidos

El Fundamento de Derecho 6º de la trascendente Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1982, de 4 de noviembre establece que *“ello supone que si bien como se ha dicho anteriormente la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución ni al Estatuto, sí lo es la prohibición con carácter general de las actividades extractivas de las secciones C y D, que son las de mayor importancia económica, en una amplia serie de espacios aunque se exceptúen de esa prohibición los casos en que a nivel estatal y según el plan energético o cualquier otro análogo sea definida la prioridad de aquella actividad con referencia a otros intereses públicos concurrentes (art. 3.3 de la Ley). Cuestión distinta es que puedan prohibir la actividad minera en casos concretos, siempre que no exista un interés prioritario, pero el carácter general con la excepción citada, que prevé el art. 3.3 de la Ley impugnada, debe tacharse de inconstitucional por exceder la finalidad de la Ley y por substraer a la riqueza nacional posibles recursos mineros.”*

Dicho de otra forma, no podrán establecerse limitaciones generales vía leyes que afecten a extensas zonas o vía directrices de ordenación territorial (respecto de éstas últimas limitaciones y su prohibición, cfr. SSTS 3 de noviembre de 2010 -rec. 5294/2007- y 14 de febrero de 2012 -rec. 1049/2008-, siendo ponente en ambas D. Jesús Ernesto Peces Morate). Otra interpretación supondría conculcar el art. 122 LM que dispone que *“cualquier prohibición contenida en los instrumentos de ordenación sobre actividades incluidas en la Ley de Minas deberá ser motivada y no podrá ser de carácter genérico”*.

Lo que no puede cuestionarse, desde la óptica de la legalidad, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2016 –recurso de casación 2081/2015- es que pueda inferirse una prohibición genérica cuando en la normativa examinada se disponga la excepcionalidad de la extracción “cuando éstos sean declarados expresamente de interés social y utilidad pública conforme a la legislación vigente”, máxime atendiendo a la naturaleza del Plan en el que se inserta (art. 96 del Pla especial de Protecció del Medi Natural i del Paisatge del Parc del Montseny), con una naturaleza eminentemente preventiva, de modo que lo que incorpora *“no es una*

prohibición, sino un sistema rigurosos en cuanto a la motivación, para poder autorizar nuevas explotaciones mineras, dejando en manos de la autoridad correspondiente la evaluación y valoración de la compatibilidad de las mismas con el carácter protegido de los terrenos en los que pretenda desarrollarse”.

Sin embargo, resulta relevante que el propio Tribunal Supremo tiene como doctrina consolidada la **legalidad en la denegación de autorización de actividades extractivas por estar los suelos clasificados como no urbanizables protegidos** (SSTS 1 de junio de 1998, recurso de apelación 6492/1992, 22 de febrero de 2006 –recurso de casación 5805/2003-, 1 de abril de 2009 –recurso de casación 9773/2004-, 14 de octubre de 2010 –recurso casación 4725/2006-, todas ellas glósadas en la Sentencia de 19 de septiembre de 2016 –recurso de casación 2081/2015-.

2. El instrumento adecuado para establecer las limitaciones a la actividad extractiva debe ser el instrumento planificador de ordenación ambiental o urbanística

A este respecto debe reproducirse el FD tercero de la STS 3 de noviembre de 2010 -rec 5294/2007- que señala que *“el motivo de casación alegado por la representación procesal de la asociación recurrente debe prosperar porque, efectivamente, el Tribunal a quo, al declarar ajustadas a derecho las prohibiciones de la actividad extractiva minera contenidas en las Directrices de Ordenación de Ambito Subregional de Segovia y Entorno, aprobadas por Decreto 74/2005, de 20 de octubre, ha infringido los preceptos invocados en el único motivo de casación esgrimido por haber sido tales prohibiciones acordadas a través de ese instrumento de ordenación del territorio en lugar de haber utilizado la Administración de la Comunidad Autónoma demandada, y ahora recurrida, su potestad de planeamiento urbanístico o ambiental al amparo de las Leyes 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, y 8/1991, de 10 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos, mediante la correcta tramitación del correspondiente instrumento de ordenación a fin de definir el grado de protección que los terrenos mereciesen en atención a sus características o valores ambientales y así quedar total o parcialmente excluidos de las actividades extractivas mineras”.*

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2012 señala, citando la anterior que *“en nuestra sentencia de fecha 3 de noviembre de 2010 (recurso de casación 5294/2007), en la que declaramos nula la prohibición total de extracciones mineras contenidas en unas Directrices de Ordenación Subregional, declaramos también (fundamento jurídico segundo, penúltimo párrafo) que la limitación de actividades extractivas mineras podría establecerse a través de la tramitación de los correspondientes instrumentos de ordenación urbanística o ambiental, en que se procediese a clasificar los suelos con la protección adecuada a sus singulares características, que es lo acaecido en el caso enjuiciado, razón por la que, repetimos, este primer motivo de casación debe ser también desestimado.”.*

3. Las limitaciones que pueden consignarse en los instrumentos de ordenación ambiental o urbanísticos deben responder a los requisitos establecidos en la doctrina constitucional y desarrollados en la ulterior Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional ha exigido que las limitaciones que puedan establecerse desde la variable ambiental, a efectos de establecer un necesario equilibrio, y con objeto de dar carta de naturaleza al art. 45 CE, siempre dentro de un respeto al principio de legalidad, **“no alteren el ordenamiento básico minero, sean razonables, proporcionados al fin propuesto y no quebranten el principio de solidaridad** consagrado en los arts. 2 y 138 de la Constitución con carácter general, en el 45 con relación específica a la protección del medio ambiente”.

Esa razonabilidad y proporcionalidad exige que el instrumento de ordenación ambiental **justifique**, en base a su zonificación, en qué zonas se establecen limitaciones a la actividad minera, así como, en base a dicha zonificación, los valores ambientales a preservar a fin de garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado ex art. 45 CE.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2012 (rec. 2650/2008, ponente D^a. María del Pilar Tesso Gamella) la justificación es un deber inexcusable por lo que no solo debe estar contenida en las normas del Plan sino también en su memoria.

*“De modo que, al margen del acierto y precisión de la sentencia respecto de las normas de aplicación, resulta claro que la prohibición de la actividad extractiva minera que impone a todo el territorio del paraje natural debe de estar **justificada** y, como veremos, no es así.*

CUARTO .- Desde antiguo esta Sala viene declarando, por todas, las sentencias dictadas en apelación de 23 de junio de 1997 (recurso de apelación n^o 13058 / 1991), 27 de diciembre de 1995 (recurso de apelación n^o 5436 / 1991), y 25 de junio de 1996 (recurso de apelación n^o 8533 / 1991), entre otras muchas posteriores, que la memoria ha de contener justificación suficiente sobre las determinaciones fundamentales que establece, exteriorizando las razones por las que adopta las decisiones esenciales contenidas en el plan. Tal justificación es una exigencia en garantía de los intereses generales. En este sentido, la última sentencia citada declara que << La Administración al planificar y al modificar no puede actuar con alejamiento de los intereses generales o con falta de motivación debidamente justificada, y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución >>.

La prohibición de la actividad extractiva, contenida en el artículo 24 del plan especial, no se justifica, porque en la memoria del plan figura que la “ minería es inexistente en la actualidad en el ámbito del plan “. Y al concretar las diversas áreas del plan -- áreas de reserva, áreas de protección ecológica y áreas de uso público--, en las dos primeras se plasma tal prohibición, mientras que en la última se ignora. Por otro lado, como recoge la sentencia, mientras que otras prohibiciones de usos agrícolas

o cinegéticos tienen una justificación concreta en la memoria del plan, tal motivación no repara en la actividad minera. Y, en fin, la inexistencia de tal actividad a que alude el plan viene desmentida por los hechos, pues constan permisos de investigación, concesiones y autorizaciones de explotaciones mineras.

No está de más añadir que sobre la falta de justificación de este tipo de prohibiciones, contenidas en el planeamiento, nos hemos pronunciado recientemente, aunque en casos no exactamente asimilables la ahora enjuiciado, en Sentencias de 30 de noviembre de 2011 (recurso de casación nº 5617/2008) y de 3 de noviembre de 2010 (recurso de casación nº 5294/2007).”.

Asimismo, debe reseñarse que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 (RD 2016/781) se acoge a la normativa aplicable a espacios naturales protegidos, concluyendo que la protección otorgadas a las aves es incompatible con la actividad extractiva.

4. Sin perjuicio de que se establezcan las limitaciones correspondientes en el instrumento de ordenación ambiental o urbanística, el análisis de las actividades singulares que se pretendan proyectar deben hacerse caso por caso mediante la aplicación del instrumento de prevención y control ambiental correspondiente, salvo incompatibilidad manifiesta con la normativa ambiental

Ello comporta, consecuentemente, que en el análisis a través del instrumento de prevención ambiental se incluyan como parámetros, entre otros que puedan considerarse de índole técnico:

- Las determinaciones y consideraciones que el Plan de Ordenación, tanto en la Memoria como en las Normas haya realizado de la zona en concreto donde se proyecte la instalación, obra o actuación, con especial justificación de los ecosistemas y valores ambientales a proteger y las previsiones sobre realización de actividades en dicho lugar en atención a su zonificación.
- La afección que la instalación, obra o actuación singular que es objeto de análisis vaya a proyectar sobre el espacio donde se ubica.
- El establecimiento de un juicio de compatibilidad entre una y otra, en atención a la incidencia sobre los valores ambientales que pudieran ser afectados.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2012 (ponente D^a María del Pilar Teso Gamella):

“OCTAVO .- *Llegados a este punto fácilmente se colige lo siguiente.*

Primero , que efectivamente la Comunidad Autónoma tiene competencia en materia de medio ambiente y protección de espacios naturales para elaborar y aprobar los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. Competencia que como antes señalamos, y ahora insistimos, nadie discute.

Segundo , que efectivamente tal como recoge el artículo 3.1 del Decreto impugnado en la instancia, al reproducir sustancialmente el artículo 7.2 de la Ley 4/1989 , durante la sustanciación del

procedimiento para la elaboración de estos planes no puede expedirse ningún título de intervención, por ninguna Administración Pública, que suponga la transformación de la realidad física o biológica de la zona afectada sin informe favorable de la Comunidad Autónoma.

Y tercero, ello no significa que la Comunidad Autónoma pueda establecer, con carácter general, un listado general preventivo de ámbitos sectoriales desvinculados de la transformación de la realidad física o biológica que tenga sobre el terreno, como el que se relaciona en los apartados declarados nulos por la sentencia, que hemos recogido en el fundamento quinto.

La disposición que contiene tal listado de materias (letras a/, b/, d/, m/, p/, q/ y z/ del artículo 3.2 del Decreto recurrido en la instancia) es nulo porque no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley 4/1989.

Así es, lo relevante para que no pueda otorgarse ninguna autorización, licencia o concesión, sin informe previo autonómico, no es el ámbito sectorial sobre el que verse dicha intervención, sino si la misma produce esa transformación de la realidad física o biológica a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley de tanta cita, y en el caso de que tal transformación sea “sensible” el informe habrá de ser negativo.

Es más, la propia redacción del apartado z) del citado artículo 3.2 del Decreto impugnado en la instancia avala la tesis que exponemos, pues de dicha norma se infiere que cuando se trata de tales sectores concurre una prohibición general para otorgar autorización, concesión o licencia sin informe previo. Sin embargo, en los demás casos no aludidos ha de determinarse si suponen una transformación de la realidad física o biológica. Y lo cierto es que esta apreciación es aplicable en todo caso.

NOVENO.- En definitiva, no pueden establecerse presunciones generales para sujetar a informe favorable de la Comunidad Autónoma, considerando o suponiendo que toda autorización o concesión en determinadas materias siempre producirá esa transformación cualificada sobre la realidad física o biológica.

Habrà de estarse al caso concreto, según el tipo de actuación proyectada, la naturaleza, finalidad e incidencia de la misma sobre el medio para determinar si efectivamente está sujeta al citado informe, insistimos, sin listas generales previas.

Dicho en términos legales, el informe únicamente se precisa respecto de actuaciones que comporten actos de transformación de la realidad física o biológica (artículo 7.2 de la Ley 4/1989), y será negativo cuando se trate de una transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos del plan (artículo 7.1 de la misma Ley 4/1989).

En el bien entendido, como antes adelantamos, que dicho informe favorable también se emitirá cuando la actuación administrativa deba ser autorizada por la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias, aquí hemos de corregir a la sentencia recurrida que parece señalar lo contrario, siempre que la concesión, autorización o licencia produzca esa transformación de la realidad física o biológica.

Dicho de otro modo, el informe que prevé el artículo 7.2 de la Ley 4/1989 no es exigible únicamente respecto de actuaciones proyectadas por la Comunidad Autónoma, sino por cualquier Administración siempre que puedan producir esa transformación de la realidad física o biológica.

No está de más recordar, como señala la STC 102/1995, de 25 de junio, que el medio ambiente acaba siendo el entorno vital del hombre en un régimen de armonía y equilibrio que no puede ser considerado sólo desde la aislada atención de los factores de todo tipo que lo componen sino que es también, y sobre todo, el entramado de las relaciones de todos esos elementos (geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales) que condicionan la existencia de los seres vivos. La idea rectora de la protección del medio ambiente es, pues, el equilibrio de todos esos elementos, lo que se traduce, en la incidencia de la normativa sectorial que los contempla sobre los más variados sectores del ordenamiento jurídico.

Y añadimos aquí que tal carácter horizontal de la materia del medio ambiente, que se infiltra como ninguna otra en diversos y variados ámbitos sectoriales, ni puede impedir la actuación administrativa en el resto de los sectores, ni dicha actuación sectorial puede socavar la competencia medioambiental que comparten, con carácter general, el Estado y las Comunidades Autónomas.

DÉCIMO. - *La solución contraria a la expuesta supondría que durante la sustanciación de la elaboración del plan de ordenación de recursos se pudieran bloquear, con carácter general y preventivo, las competencias estatales en materia de minas, carreteras, ferrocarriles, aprovechamientos hidroeléctricos, energéticos, o aguas (apartados a/, b/, d/, m/, p/ y q/ del artículo 3.2 del Decreto 346/2003 impugnado en la instancia), desvinculando su actuación de esa transformación de la realidad física o biológica que constituye el núcleo esencial para la exigencia del indicado informe favorable.*

La relación de materias declarada nula ha de ser, por tanto, confirmada y los motivos de casación, que por cierto no combaten separadamente cada apartado declarado nulo, desestimados porque, insistimos, no puede someterse al trámite de informe favorable en determinadas materias, sin tener en cuenta que dicho informe sólo es procedente, ex artículo 7.2 de la Ley 4/1989, cuando cualquiera que sea la materia afectada se traduzca en actos que ocasionen una transformación de la realidad física y biológica.

Por cuanto antecede procede declarar que no ha lugar la recurso de casación.”.

Sin embargo, este examen caso por caso tiene una **excepción: cuando el proyecto que se platee resulte incompatible con la normativa ambiental, se decretará directamente el archivo, sin que proceda continuar la tramitación del procedimiento por aplicación del artículo 18 del Decreto 356/2010, de 3 de agosto** por el que se regula la autorización ambiental unificada, se establece el régimen de organización y funcionamiento del registro de autorizaciones de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental, de las actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y de las instalaciones que emiten compuestos orgánicos volátiles, y se modifica el contenido del Anexo I de

la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, señalando el mismo que:

“En los casos en los que de la documentación presentada se ponga de manifiesto que la actuación para la que se solicita autorización ambiental unificada incurre en alguna de las prohibiciones previstas en la normativa ambiental, el órgano ambiental competente, previa audiencia de la persona interesada, dictará resolución que ordene el archivo de las actuaciones poniendo fin al procedimiento”.

A modo de ejemplo, piénsese en un proyecto de nueva concesión minera en zona A cualesquiera de las figuras de un espacio natural protegido. Es decir, este archivo solo tendría lugar respecto de aquellas incompatibilidades manifiestas con la normativa ambiental, ya que en caso de dudas sobre la incompatibilidad deberán resolverse en el seno de la tramitación y resolución de la AAU correspondiente.

5. Las prohibiciones de realización de actividades mineras en instrumentos de ordenación ambiental no son susceptibles de ser resarcidas a través del instituto de responsabilidad patrimonial, sin que pueda pretenderse, con carácter general, la subsunción de prohibiciones en privaciones singulares indemnizables ex art. 33.3 CE

En este sentido, tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2016 (recurso de casación 53/2015), como la Sentencia 157/2015, de 4 de marzo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso 455/2012) parten de la configuración legal de las facultades del dominio (la función social de la propiedad ex art. 33.2 CE), de modo que “no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino tan sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades han de establecerse como medidas necesarias para la conservación de los espacios naturales a proteger”.

Ambas Sentencias, coincidentemente, parten de las consideraciones que el Tribunal Constitucional realiza en la sentencia 170/1989, de 19 de octubre de 1989 a propósito de la Ley 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares aprobada por la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid, al referir que: “de la lectura de los citados preceptos no puede extraerse la conclusión de que exista una privación de propiedad alguna de los terrenos incluidos en el Parque Regional, o de cualquier otro derecho que deba ser indemnizable, por lo que no existe medida ablatoria del derecho de propiedad. La Ley realiza, eso sí, una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá, no supone en sí misma privación de propiedad alguna, ni de bienes y derechos patrimoniales, sino sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger. No cabe duda, por otra parte, que si las exigencias que impone la protección de los espacios naturales llevara al poder público

a estimar necesaria la expropiación, ésta se vería obviamente sujeta a la legislación vigente en materia de expropiación; y lo mismo ha de decirse en relación con cualquier otra limitación singular de un derecho patrimonial susceptible de provocar daños que aunque legítimos deban ser objeto de resarcimiento”.

Tampoco en el presente caso, por tanto, nos encontramos en presencia de una privación de propiedad alguna o de bienes y derechos patrimoniales sobre los terrenos en que se ubica la explotación minera de la sociedad actora, sino únicamente ante el establecimiento de limitaciones dotadas de vocación de generalidad respecto a los usos y actividades permitidos “dentro de los límites y zonas de afección de los espacios naturales protegidos” en función de la conservación de los espacios a proteger”.

III. LA PROYECCIÓN DE ACTIVIDADES MINERAS EN ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS QUE FORMAN PARTE DE LA RED NATURA 2000. EL CONCEPTO DE AFECCIÓN APRECIABLE

El artículo 46.4 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, modificado por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, incorporando lo dispuesto en el art. 6.3 de la Directiva 92/43/CEE, Directiva Hábitats, dispone que:

“Cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a las especies o hábitats de los citados espacios, ya sea individualmente o en combinación con otros planes, programas o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el espacio, que se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las comunidades autónomas, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho espacio. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el espacio y supeditado a lo dispuesto en el apartado 5, los órganos competentes para aprobar o autorizar los planes, programas o proyectos sólo podrán manifestar su conformidad con los mismos tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del espacio en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública. Los criterios para la determinación de la existencia de perjuicio a la integridad del espacio serán fijados mediante orden del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, oída la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente”.

Por tanto, parece que resulta fundamental discernir cuándo estamos ante una afección que pueda calificarse como “apreciable”, cuestión que debe ser modulada por la Jurisprudencia existente, especialmente por la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que podemos sintetizar en varios bloques.

1. Proyección comunitaria de la Red Natura 2000. Concepción integradora y coherente de la red

La Sentencia del TJCE de 7 de noviembre de 2000, *The Queen* (UK) (TJCE\2000\261), C-371/98, señala en su fundamento 23 que

“habida cuenta del hecho que un Estado miembro no dispone, cuando elabora la lista nacional de lugares, de un conocimiento preciso y detallado de la situación de los hábitats de los demás Estados miembros, no puede por sí solo, aunque existan exigencias económicas, sociales y culturales o particularidades regionales y locales, excluir lugares que posean a nivel nacional un interés ecológico pertinente para el objetivo de conservación, sin poner en peligro la consecución de este mismo objetivo en el ámbito comunitario”.

Trasladando esta Sentencia al caso que nos ocupa, es importante que el órgano ambiental, a la hora de tomar una decisión sobre la evaluación de un lugar en concreto, la coherente con el resto de Espacios que forman la Red Natura 2000, la cual debe ser interpretada de manera coherente. Como señala el artículo 3.1 de la Directiva Hábitats «se crea una red ecológica europea coherente de zonas especiales de conservación, denominada «Natura 2000». Dicha red, compuesta por los lugares que alberguen tipos de hábitats naturales que figuran en el anexo I y de hábitats de especies que figuran en el anexo II (LCEur 1992, 2415) , deberá garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de las especies de que se trate en su área de distribución natural”.

2. Interpretación del concepto de afección apreciable o significativa

La Sentencia TJCE de 20 de mayo de 2010, [TJCE\2010\146], Comisión Europea contra Reino de España, C-308/08. relativa a la adecuada gestión en la protección del lince ibérico en Doñana, señala que “es preciso recordar que, en virtud de la Directiva hábitats, los Estados miembros tienen la obligación de adoptar, respecto a los lugares en que existan tipos de hábitats naturales y/o especies prioritarias y que hayan identificado con vistas a su inscripción en la lista comunitaria, medidas de protección apropiadas para mantener las características ecológicas de dichos lugares. Los Estados miembros no pueden, por lo tanto, autorizar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de aquéllos. Ello ocurre, en particular, cuando una intervención conlleva el riesgo de provocar la desaparición de especies prioritarias existentes en el sitio de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia *Bund Naturschutz in Bayern* y otros [TJCE 2006, 250] , antes citada, apartados 44 y 46).” (f. 21).

La importante Sentencia TJCE de 7 de septiembre de 2004, [TJCE\2004\226] *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee* -Países Bajos- y otros, C-127/02, parte del principio de presunción de afección significativa de todo plan o proyecto planteado cuando el mismo pueda comprometer los objetivos de conservación del Espacio integrante de la Red Natura 2000. Como decíamos, el concepto de “conservación” debe interpretarse a la luz del artículo 1.a) de la Directiva Hábitats, esto es,

“conjunto de medidas necesarias para mantener o restablecer los hábitats naturales y las poblaciones de especies de fauna y de flora silvestres en un estado favorable con arreglo a las letras e) e i)”.

Al respecto, la letra i) define estado de conservación favorable como el «estado de conservación» se considerará *«favorable»* cuando:

“los datos sobre la dinámica de las poblaciones de la especie en cuestión indiquen que la misma sigue y puede seguir constituyendo a largo plazo un elemento vital de los hábitats naturales a los que pertenezca, y

el área de distribución natural de la especie no se esté reduciendo ni amenace con reducirse en un futuro previsible, y

exista y probablemente siga existiendo un hábitat de extensión suficiente para mantener sus poblaciones a largo plazo”.

Por tanto, salvo que del análisis apriorístico resulte que fehaciente y exhaustivamente ninguno de estos tres aspectos van a ser objeto de trasgresión por el plan o proyecto, existe el deber de someter el mismo a la oportuna evaluación, a la luz del principio de cautela comunitario, ya que el riesgo de afección cualificada, significativa o importante es probable que se produzca por el mismo.

En efecto, la meritada Sentencia señala que

“47

Por consiguiente, no cabe considerar que tal plan o proyecto pueda afectar de manera significativa al lugar de que se trate cuando, a pesar de tener alguna repercusión sobre éste, no puede comprometer los objetivos de conservación de dicho lugar.

48

A la inversa, debe considerarse necesariamente que tal plan o proyecto puede afectar de manera significativa al lugar de que se trate, cuando puede comprometer los objetivos de conservación de éste. *En el marco de la apreciación prospectiva de los efectos vinculados a dicho plan o proyecto, debe determinarse el carácter significativo de estos efectos, en particular, a la luz de las características y condiciones medioambientales específicas del lugar afectado por aquel plan o proyecto, tal como en esencia ha sostenido la Comisión.*

49

En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión, letra b), que, con arreglo al artículo

6, apartado 3, primera frase, de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415), cuando un plan o proyecto, que no tenga relación directa con la gestión de un determinado lugar o no sea necesario para la misma, puede comprometer los objetivos de conservación de dicho lugar, se debe considerar que puede afectar a ese lugar de forma apreciable. Esta posibilidad debe apreciarse, en particular, a la luz de las características y condiciones medioambientales específicas del lugar afectado por tal plan o proyecto.”.

3. Necesidad de sujeción continua. Principio de evaluación dinámica del espacio

Este principio se plasma en la necesidad de establecer un control periódico de las actuaciones que se proyectan sobre un espacio en cuestión, de modo que la necesaria obtención de un acto reglado o discrecional de la Administración competente, de manera periódica, aunque se trate de la misma actividad y del mismo espacio, conlleva la necesidad de evaluación continua de la actividad en cuestión. En ello consiste el principio de evaluación dinámica del espacio.

En este sentido, la Sentencia TJCE de 7 de septiembre de 2004 señala que

“El hecho de que desde hace muchos años se lleve a cabo esta actividad periódicamente en la zona de que se trata, previa obtención cada año de la licencia pertinente, cuya expedición requiere en cada ocasión una nueva evaluación tanto de la posibilidad de ejercer esta actividad como del lugar en el que puede realizarse, no constituye por sí solo un obstáculo para que, con motivo de cada solicitud, dicha actividad sea considerada como un plan o proyecto distinto a los efectos de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415)”.

4. Innecesariedad e imposibilidad de aplicar simultáneamente el procedimiento de protección singular (art. 6.3) y el procedimiento de protección general (art. 6.2)

Si, como hemos visto, el apartado 3º del artículo 6 de la Directiva Hábitats recoge el principio de protección singular, esto es, por cada plan o proyecto que se traslade a un espacio en cuestión, el apartado 2º del mismo precepto recoge el principio general de protección por el que “los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de las zonas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente Directiva”.

En este sentido era discutible si ambos regímenes de protección, especial y general podían simultanearse en el tiempo, lo que ha sido vedado expresamente por el TJCE sin perjuicio de la posible aplicación diferida en el tiempo del genérico cuando

el singular no alcanza los objetivos previstos en la propia Directiva en cuanto a la conservación del hábitat en cuestión.

Así, la calendada Sentencia de 7 de septiembre de 2004 señala que

“34

Por consiguiente, esta última disposición establece un procedimiento destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a éste último, en la medida en que no cause perjuicio a la integridad de dicho lugar.

35

Pues bien, el hecho de que se haya autorizado un plan o proyecto de conformidad con el procedimiento del artículo 6, apartado 3 de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415) , hace innecesario aplicar simultáneamente la norma de protección general contemplada en el apartado 2 del mismo artículo, por lo que respecta a la intervención en el lugar protegido, perseguida por dicho plan o proyecto.

36

En efecto, la concesión de una autorización de un plano o proyecto, con arreglo al artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415) , presupone necesariamente que se ha considerado que dicho plan o proyecto no puede perjudicar a la integridad del lugar de que se trate ni, por consiguiente, causar deterioros o alteraciones apreciables en el sentido del apartado 2 de dicho artículo.

37

Sin embargo, no cabe excluir que, a continuación, dicho plan o proyecto se revele capaz de producir tales deterioros o alteraciones, incluso a falta de todo error imputable a las autoridades nacionales competentes. En tales circunstancias, la aplicación del artículo 6, apartado 2, de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415) permite responder al objetivo esencial de la conservación y protección de la calidad del medio ambiente, incluida la conservación de los hábitat naturales, así como de la fauna y flora silvestres, tal como se enuncia en el primer considerando de esta misma Directiva.

38

En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitat (LCEur 1992, 2415) establece un procedimiento destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a este último, en la medida en que no cause perjuicio a la integridad de dicho lugar, mientras que el artículo 6, apartado 2, de esta Directiva contiene una obligación de protección general, consistente en evitar deterioros y alteraciones que puedan tener efectos apreciables en lo que respecta a los objetivos de

la Directiva, y **no puede ser aplicado simultáneamente con el apartado 3 del mismo artículo.**”.

5. Viabilidad del plan sujeto a la ausencia de perjuicio a la integridad del lugar en cuestión, previa, en su caso, información pública

A) PRINCIPIO GENERAL: IMPOSIBILIDAD LEGAL DE LLEVAR EL PLAN O PROYECTO A CABO SI CUENTA CON EVALUACIÓN NEGATIVA SOBRE LAS REPERCUSIONES DEL LUGAR POR MENOSCABO DE SU INTEGRIDAD.

En este sentido, la Directiva es clara al sentar el principio general de imposibilidad de llevar a cabo actuación alguna que suponga menoscabo a la integridad del espacio, corroborado en la evaluación correspondiente.

Sin embargo, examinando la Jurisprudencia del TJCE puede apreciarse cierta evolución en la misma.

*En un primer momento, la STJCE de 7 de septiembre de 2004 entendía que dicho menoscabo debía verificarse sobre los objetivos de conservación del mismo, de manera, que en virtud del axioma de cautela comunitario, se deberá denegar la autorización del plan o proyecto cuando haya incertidumbre sobre la **inexistencia de efectos perjudiciales que el mismo pueda tener sobre la integridad del lugar**. Por ende, no basta que para el lugar concreto sobre el que se proyecta la actuación no resulte afectada, sino que debe contemplarse la evaluación desde una perspectiva íntegra del espacio natural protegido en cuestión.*

A título ilustrativo, aludía, citando por analogía, la sentencia de 9 de septiembre de 2003 [TJCE 2003, 246], Monsanto Agricultura Italia y otros, C-236/01, al supuesto de la no existencia de duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos.

Empero, la Sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 2006 [TJCE\2006\250], Bund Naturschutz in Bayern eV y otros, C-244/05, gradúa el menoscabo o alteración, exigiendo que sea **significativo** respecto de las características significativas de los lugares.

A título ilustrativo, la Jurisprudencia del TJCE ha venido señalando como intervenciones que conllevan menoscabo de la integridad significativa aquellas que suponen “el riesgo de reducir de forma significativa la superficie del lugar”, “aquellas que pueden provocar la desaparición de especies prioritarias existentes en él” o “aquellas que pueden tener como resultado la destrucción del lugar o eliminación de sus características representativas”, entre otras.

Ello conlleva que no todo daño o menoscabo potencial va a impedir que el proyecto sea viable, so pena de conculcar el principio de desarrollo sostenible, esto es, la

actividad económica y social está prevista dentro de un hábitat, pero ahora el daño, menoscabo o alteración ha de ser significativo para impedir la viabilidad del proyecto en cuestión. En este sentido también se pronuncia la Sentencia de 20 de mayo de 2010 [TJCE\2010\146], Comisión Europea contra Reino de España, C-308/08.

Evidentemente, en virtud del principio de cautela, cuando varias actuaciones se proyectan sobre el mismo espacio natural protegido incluído en la Red Natura 2000, y en conjunto, todas ellas pueden provocar una alteración significativa del mismo, ello obliga a la Administración competente a tener en consideración a la hora de adoptar un decisión el carácter coherente de la Red Natura 2000 que aludíamos en el punto 8.1, así como el principio de conservación favorable a la hora de determinar si se da la meritada afección o alteración significativa.

B) PRINCIPIO EXCEPCIONAL: EL ARTÍCULO 6.4 DIRECTIVA HÁBITATS POSIBILITA, A PESAR DE LA EXISTENCIA DE CONCLUSIONES NEGATIVAS, LA VIABILIDAD DEL MISMO CUANDO, A FALTA DE SOLUCIONES ALTERNATIVAS, POR RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS PÚBLICO DE PRIMER ORDEN, SE ADOPTEN MEDIDAS COMPENSATORIAS PARA GARANTIZAR LA COHERENCIA GLOBAL DE LA RED NATURA 2000.

Por tanto, solo cuando, a falta de soluciones alternativas, a pesar de la existencia de conclusiones negativas, existan razones imperiosas de interés público de primer orden y se adopten medidas compensatorias para garantizar la coherencia global de la Red Natura 2000, se podrá llevar a cabo la actuación concreta.

Debemos partir de la consideración que la utilización del artículo 6.4 de la Directiva debe ser sumamente excepcional, por así imponerlo el principio de cautela y de mantenimiento de la conservación, o en su caso, de conservación favorable e integridad de la Red Natura 2000.

El primer elemento es la ausencia de soluciones alternativas, lo que debe contemplarse a la luz del principio de integridad del espacio en cuestión.

En segundo lugar, que se trate de razones imperiosas de interés público de primer orden, concepto jurídico indeterminado que deberá interpretarse desde una *óptica*, de nuevo, excepcional, ya que todo promotor podrá justificar la imperiosidad del interés público de primer orden. Por ello, deberán examinarse todas las variables para su justificación (económicas, sociales, amén de otros sectores) y a la luz de los datos globales de la situación económica de la Administración competente, justificar la misma que dicha actuación se sitúa en la *órbita* del primer orden, lo que deberá ser verificado por la Comisión previamente en los supuestos que veremos a continuación.

En efecto, el tercero de los requisitos es el establecimiento de las medidas compensatorias. En el ámbito autonómico andaluz, la Instrucción de la Viceconsejería de Medio Ambiente por la que “se establece el procedimiento a seguir para la emisión de informes sobre planes y proyectos que puedan afectar a espacios naturales de la Red Natura 2000 en Andalucía, así como para la determinación de las medidas compensatorias que sean de aplicación” señala que conceptualmente, debe partirse de una diferenciación apriorística ya que las medidas preventivas y correctoras responden a distintos motivos y tiene finalidades diferentes a las medidas compensatorias. Así, que mientras las primeras responden, respectivamente a la finalidad de evitar la aparición de un impacto o a la minoración de las repercusiones de *éste*, garantizando un nivel de afección admisible y compatible con el normal desarrollo de los ciclos biológicos de las especies y hábitats sobre los que se adopten, las medidas compensatorias responden *únicamente* a las consideraciones establecidas en el artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE: afección negativa inevitable, ausencia de alternativas y justificación conforme a los casos tasados en el referido artículo 6.4.

En todo caso, la finalidad de las medidas compensatorias propuestas deben dirigirse en aras del mantenimiento de la integridad del espacio bajo el principio de mantenimiento o, en su caso, en un estado de conservación favorable y en su *área* de distribución natural.”.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las tensiones entre minería y medio ambiente, y, particularmente, espacios naturales protegidos determinan la puesta en valor de dos bienes jurídicamente relevantes: la actividad económica y la protección del medio. A ello debe añadirse que en muchas ocasiones las mayores fuentes de recursos minerales coinciden con lugares naturales relevantes, que han sido declarados áreas protegidas.

Por un lado, se impone, sin ambages, una planificación seria y rigurosa, de los emplazamientos de las actividades mineras, a fin de evitar tensiones innecesarias. Por otro, cuando la nueva planificación y ordenación ambiental determina la necesidad de protección sobre un determinado espacio, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene perfilando una doctrina a fin de impedir lesiones en ambos bienes, sin perjuicio de la pervivencia de tensiones entre ambos sectores.

Es por ello que la planificación, con amplia participación en su elaboración, se ha de convertir en el mejor aliado del éxito de la convivencia de la minería y los espacios naturales protegidos.

Reflexiones sobre las consecuencias de la finalización de la interinidad en el sector público tras la reciente jurisprudencia del TSJCE. Un análisis de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre en el asunto C-16/15, C-184/15, C-197/15 (acumulados) y C-596/2014

Daniel Terrón Santos

Área de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
Facultad de Derecho

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- MARCO JURÍDICO DEL EMPLEADO PÚBLICO INTERINO. III.- MÉRITO, CAPACIDAD Y TRANSPARENCIA: LA SELECCIÓN DE LOS INTERINOS. IV.- LA EXTINCIÓN DE LA INTERINIDAD. CAUSAS Y CONSECUENCIAS. V.- INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TSJCE SOBRE LA INDEMNIZACIÓN A LOS INTERINOS AL FINAL DE SU VINCULACIÓN. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las sentencias del TJCE que vamos a comentar han desempolvado una realidad que quizá en esos últimos años, como consecuencia de la paralización general de la contratación de empleados públicos, había quedado ciertamente olvidada¹. Ésta no es otra que el empleo en precario por parte de las Administraciones Públicas de trabaja-

¹ Se trata de las Sentencias del TJUE dictadas en los Asuntos C-16/15, C-184/15, C-197/15 (acumulados) y C-596/2014, todas ellas de fecha de 14 de septiembre de 2016, en las que se analizan distintos tipos de contratos de personal al servicio de distintas Administraciones públicas, todos ellos caracterizados por su eventualidad o temporalidad. Así se analiza en la Sentencia sobre el Asunto C-16/15 un contrato de personal estatutario temporal eventual, el mismo tipo de contrato para el Asunto C-184/15, un primer contrato de trabajo de duración determinada para la prestación de servicios, sustituido posteriormente por una interinidad en el supuesto del Asunto C-197/15 (acumulado al C-184/15) y otro contrato de interinidad (personal laboral) en el Asunto C-596/2014.

dores públicos, saltándose las limitaciones legales en cuanto se refiere a la contratación en régimen de interinidad.

No debemos adelantar acontecimientos, ni tampoco malinterpretar los textos jurisprudenciales que vamos a analizar. Aunque sería muy fácil hacerlo, sin embargo no debemos limitarnos, sin más, a señalar que los mismos terminan por equiparar los derechos de los empleados públicos que son interinos o temporales eventuales, con los del resto de trabajadores que finalizan su prestación de servicios y tienen derecho a una indemnización por la finalización de su vínculo laboral. Detrás de los mismos hay más conclusiones que ni podemos, ni debemos, dejar pasar por alto, por lo que la lectura y, sobre todo, el análisis de estas sentencias necesariamente ha de ser mucho más profundo.

De sobra es conocido el vasto entramado organizativo que hoy componen las administraciones públicas, muy en particular la Administración del Estado, pero sin desmerecer a la Autonómica o incluso a la Local. Esto es consecuencia forzosa de la necesidad de contar con un conjunto numeroso de personas físicas que den cumplimiento a los principios de funcionamiento y organización por los que se rige la Administración². Dentro de este colectivo, que constituye lo que denominamos el factor humano de la organización pública, hay que distinguir diferentes grupos, niveles y categorías de profesionales. Corresponderá a los órganos que la conforman aplicar la normativa de selección y provisión de puesto de trabajo en la Administración, amparados siempre bajo el paraguas de la Constitución. A este fin se han dictado a lo largo de la historia distintas normas que han ido regulando tanto los mecanismos y criterios de selección, alejando todo lo posible del marco de la discrecionalidad la contratación de personal al servicio de las Administraciones.

Caracterizado por la estabilidad en el puesto, el empleo público, antaño funcional por antonomasia, ha ido sufriendo una progresiva “laboralización”, que desde distintos ámbitos se ha ido promoviendo. Esto ha hecho abandonar la idea del funcionario como empleado por excelencia de la Administración, más si cabe cuando esa fórmula –Administración- se sustituye por ese concepto abierto que es el “sector público”, en el que sus empleados tienen una naturaleza jurídica contractual mucho más diversa³.

² Basta ver la tipología de los contratos de los que termina por conocer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos referidos en la nota anterior para apreciar de forma directa esta circunstancia que no admite discusión posible.

³ Es suficiente detenerse en el texto del propio 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, para darse cuenta de la diversidad de regulaciones y posibilidades de contratación en cuanto al personal al servicio del sector público se refiere. Pese al texto del art. 2 de dicho texto legal, se reconoce directamente por el mismo la existencia de disposiciones específicas para los funcionarios de las Cortes Generales y de las

Tampoco podemos dejar de entrar en esta parte introductoria en la figura de la interinidad, que al fin y al cabo es de la que trae causa el presente documento. Figura inicialmente propia del funcionariado, que ha sido de forma directa adoptada por el mercado laboral, aplicándola a la sustitución temporal de los trabajadores fijos. Pero también el sector público acude a la modificación y adaptación de otras figuras típicamente laborales como son la eventualidad o la temporalidad, para aplicarlas en el empleo público.

Es por todo ello, que hay que empezar la presente reflexión ahondando en los polvos de los que devienen estos lodos, o lo que es lo mismo el sistema de la interinidad en el empleo público, circunstancia que también se puede extender al tema de la eventualidad o temporalidad.

II. MARCO JURÍDICO DEL EMPLEADO PÚBLICO INTERINO

Se hace preciso dejar meridianamente claro que el recurso a la interinidad bien entendida, o al menos tal y como está regulada, ha de ser precisamente eso, un recurso al que acudir cuando no sea posible cubrir un determinado puesto de trabajo por las formas ordinarias. No olvidemos la limitación que contempla el propio 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 EBEP) en cuanto se refiere a la contratación de interinos. Ésta queda restringida a los siguientes supuestos: a) existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, b) sustitución transitoria de los titulares, c) ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto y d) exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses. El recurso a la interinidad no puede ser entendido si no es a partir de la urgencia exigida por las circunstancias⁴, pero sin que ello implique

asambleas legislativas de las comunidades autónomas, para el personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas, así como para Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, también para el personal militar de las Fuerzas Armadas, el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como para el retribuido por arancel, los miembros del Centro Nacional de Inteligencia y los del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (art. 4). Sin olvidar la regulación autonómica que afecta a los funcionarios de estas entidades, así como al funcionario de las entidades locales y por supuesto la legislación laboral para el resto de trabajadores laborales al servicio de la Administración y del resto del sector público.

⁴ Esta urgencia implica que, en todo caso, no sea posible la prestación del servicio por funcionarios de carrera, debiendo justificarse estos extremos expresamente (artículo 10.1 EBEP). Como reza la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y Presupuestos y para la Función

una merma en las garantías de forma que sólo podrá recaer en personas que reúnan las condiciones exigidas para el ingreso en el Cuerpo a que pertenezca el puesto de trabajo (por plaza)⁵.

En todo caso, no podemos analizar el texto de las sentencias anteriormente referidas si previamente no dejamos, aunque sea de forma somera, sentadas las bases sobre las que estas erigen sus argumentos.

De conformidad con el artículo 10 EBEP, los funcionarios interinos podrán nombrarse para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, únicamente cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionario de carrera.

b) La sustitución transitoria de los titulares (vacantes accidentales con reserva de plaza: licencias, incapacidades temporales o permanentes susceptibles de mejoría, situaciones de servicios especiales, excedencias con reserva, comisiones de servicio, etc.).

c) La ejecución de programas de carácter temporal.

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.

Si bien la urgencia caracteriza a todas estas causas, en el primer supuesto, que probablemente será uno de los más recurrentes en contratación, se ha de exigir que, si cabe esta la justificación de la urgencia sea todavía más importante, ante la posibilidad de cubrirse con un funcionario de carrera, especialmente cuando la plaza ha permanecido vacante durante mucho tiempo y, de repente, su cobertura pasa a convertir-

Pública de 17 de noviembre de 2010 sobre procedimiento de autorización de contratos de personal laboral, nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal, cada año la Ley de Presupuestos Generales del Estado establece en su articulado que, durante el correspondiente ejercicio, no se procederá a la contratación de personal temporal ni al nombramiento de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, previa autorización conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Política Territorial y Administración Pública. Además, será siempre preciso tener en cuenta las restricciones presupuestarias para este tipo de contratos. Ya el art. 5.2 (hoy derogado) del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, exigía la vacante habrá de estar dotada en el presupuesto o, al menos, existir crédito adecuado y suficiente.

⁵ Exigencia que ya se recogía ex artículo 104.1 LFCE. A pesar de su derogación por el EBEP, aunque con el alcance establecido en la disposición derogatoria única (que remite a la disposición final 4^ª); por lo que transitoriamente constituye Derecho vigente, en tanto no se opone a lo establecido en el EBEP. En el mismo sentido, se expresa la disposición adicional 1^ª del RD 896/1991, de 7 de junio (en adelante RIAL), específicamente para la Administración Local, que establece que el personal funcionario interino deberá reunir los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a las correspondientes escalas, subescalas y clases como funcionarios de carrera

se en apremiante⁶. Lo mismo ocurre para el segundo de los supuestos, que también requerirá de un informe motivado sobre la necesidad de esta cobertura temporal y, singularmente, de que ésta no puede dilatarse hasta el reingreso o la reincorporación del titular.

Criticada por su indefinición⁷, en tanto que realmente esta causa reproduce el tipo que la legislación laboral ha descrito como relación indefinida, previsto en el artículo 52.e) del Estatuto de los Trabajadores (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-, así como los contratos por obra o servicio determinado (artículo 15.a) ET), sólo podría entenderse, a nuestro juicio, justificado el recurso a la interinidad en la ejecución de programas de carácter temporal, cuando la urgencia también revista al propio programa hasta el punto de hacer imposible su ejecución por funcionarios o empleados fijos que se encarguen de los mismos.

El último de los supuestos, por otro lado, sigue el modelo de contratación laboral contemplado en el artículo 15.1.b) ET, por lo que su doctrina jurisprudencial consolidada, adaptándola en todo caso al sector público, podría servirnos de referencia, toda vez que “temporalidad” e “imprevisibilidad” siguen siendo los elementos que amparan esta figura en el mundo laboral. Este caso, en fin, viene a recoger la figura del denominado “interino de refuerzo” ya prevista, por ejemplo, en el ámbito judicial, en su normativa reglamentaria, para atender necesidades coyunturales.

En consecuencia, nos encontramos ante una ampliación de los supuestos de interinidad funcional, que incluyen ahora también una serie de casos o circunstancias que en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado) –en adelante LFCE- se solían cumplimentar con el recurso a los extintos contratados administrativos. Es más, para para buena parte de la doctrina no existe ninguna diferencia entre el contratado administrativo y el funcionario interino, nombrado para la ejecución de tareas o programas de carácter temporal⁸.

Como necesariamente hemos de partir del texto del EBEP, y así lo hemos hecho, hasta el momento sólo nos hemos referido a los interinos desde la perspectiva funcional. Esto es así porque en dicho texto legal nos encontramos que la condición

⁶ No hay que olvidar que si la plaza está reservada a personal funcionario no puede cubrirse a través de fórmulas de contratación laboral temporal, con la excusa de la temporalidad o la urgencia.

⁷ A mayor abundamiento, *vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Derecho de la Función Pública”, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 96 y ss. que sigue la línea crítica con esta causa por su ausencia de concreción y la facilidad que concede para su uso soslayando el fin último de este tipo de contratos.

⁸ Por todos, *vid.* PARADA VÁZQUEZ, R.: “Derecho del Empleo Público”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 87.

de interino sólo se reconoce para el funcionario público y limitada en los supuestos vistos anteriormente, exceptuando tal figura para el caso del personal laboral, que sólo podrá ser fijo, contratado por tiempo indefinido o temporal, según el propio texto del EBEP.

Se muestra rotundo el art. 11.1 EBEP, por cuanto dispone que es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Excluyendo por tanto la interinidad de forma expresa para los contratos laborales celebrados por las administraciones.

No queda más remedio que acudir al texto del ET, que, de forma muy laxa, hace referencia a los contratos de interinidad, entendiéndose por tales aquellos que tiene por objeto sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, sin que dicho proceso pueda ser superior a tres meses⁹. Es precisamente el derecho de reserva de la plaza lo que justifica la caracterización y el régimen jurídico del contrato de interinidad. En efecto, si el trabajador que suspende su relación contractual mantiene el derecho a ocupar su propio puesto de trabajo hasta que concluya la causa suspensiva, algo propio en el ámbito laboral de los trabajadores fijos¹⁰, es lógica la previsión de una fórmula contractual que permita la contratación temporal de un trabajador que ocupe interinamente esa plaza.

⁹ Tanto es así, que la referencia directa en el ET a la interinidad no existe más allá de las referencias del art. 15.4 para decir que no se aplicará lo dispuesto en este apartado a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad; en el art. 49 al regular que la finalización del contrato de interinidad no genera derecho de indemnización y en la Disposición Adicional vigésimo primera dedicada a la sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares y la reducción de la cotización empresarial. Hemos de acudir a la regulación del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, en concreto es su art. 4 donde se regula el contrato de interinidad.

¹⁰ De hecho, ahí radica precisamente la diferencia entre trabajadores fijos y trabajadores indefinidos. En ambos tipos de contratos existe una duración indeterminada en cuanto a su duración en el tiempo se refiere, siendo la nota de la reserva del puesto de trabajo la que define la línea que marca la diferencia entre uno y otro tipo de contrato. Hay que tener especial cuidado, sobre todo en relación con la aplicación de la legislación laboral, ya que en ocasiones tiende a confundir los términos fijo e indefinido, refiriéndose a un contrato como “fijo”, cuando lo que quiere decir es que se trata de un contrato de duración indefinida. Solamente cabrá la interinidad en el ámbito laboral, *vid.* nota anterior; en la sustitución temporal de los trabajadores fijos, es decir aquellos que tengan reserva de plaza.

Por tanto, aunque posible desde la legalidad forzando su interpretación, la contratación de interinos laborales en el ámbito del sector público necesariamente debería de ser escasa, tanto por el tipo de contratados a los que sustituirían como por su duración. Debiendo justificarse desde la legalidad en la ausencia de prohibición expresa de la figura del interino laboral en el EBEP y en su regulación, ciertamente muy escasa en el ET, pero completada a través del Real Decreto 2720/1998, por el que se desarrolla parte del mismo¹¹.

En todo caso, tanto para el caso de los funcionarios como para los trabajadores laborales, la interinidad implica que los empleados públicos interinos ostentan todas las atribuciones propias del puesto cuya cobertura ocuparan temporalmente, es decir funcionarios o trabajadores fijos exclusivamente. Es por ello que debemos detenernos, entre otras muchas cuestiones, a analizar el Estatuto Básico del Empleado público desde la perspectiva de la regulación en cuanto se refiere a la selección del personal al servicio de las Administraciones públicas. Como es sobradamente conocido, las normas sobre la selección de los funcionarios forman parte del régimen estatutario de la función pública, y tienen el carácter de legislación básica según se desprende del artículo 149.1.18.^a CE y resultan de aplicación en cuanto a los funcionarios interinos se refiere toda vez que el art.10.2 EBEP dispone 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*.

Para dar cumplimiento a esta disposición, habitualmente las distintas Administraciones públicas realizan exámenes de oposición para acceder a dichos puestos de interinos, o bien suelen seleccionar a los funcionarios interinos en orden a las puntuaciones obtenidas en anteriores procesos selectivos en los que hayan superado los exámenes y ejercicios propuestos, ordenados según la puntuación obtenida que será la que determine el orden para ser llamados a ocupar un puesto público como funcionario interino. Aunque cierto es que por razones de eficacia y eficiencia se suele emplear el sistema de listas de sustitución. Estos censos están conformados por aquellos candidatos que se examinaron en las últimas pruebas selectivas al cuerpo específico para el que se opta, pero que no accedieron a la plaza ofertada, de forma que realizan llamamientos para acceder como funcionario interino siguiendo un estricto orden relativo a las puntuaciones obtenidas en la suma total de los ejercicios de la oposición correspondiente.

Obviamente se pretende garantizar así la aplicación de los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, de tal forma que se garan-

¹¹ Hay que tener presente que el art. 92 de EBEP, de forma directa remite al ET en cuanto que dispone que *el personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación*.

tice la selección y la carrera de los empleados públicos sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad¹².

III. MÉRITO, CAPACIDAD Y TRANSPARENCIA: LA SELECCIÓN DE LOS INTERINOS

A pesar del intento unificador por parte del Estatuto tal y como acabamos de ver, lo cierto es que la distinción entre funcionario y personal laboral al servicio de la Administración sigue siendo patente. De hecho, siguen vigentes, cierto es que, con evidentes modificaciones introducidas por el propio texto del Estatuto Básico del Empleado Público, el Decreto 315/1964, por la que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, textos claramente ligados a la figura del funcionario.

Así, si bien es cierto que el nombramiento de empleados públicos de carácter interino deberá estar justificado por razones de necesidad o urgencia¹³, lo que supone que bajo ningún concepto pueden nombrarse, de ninguna manera, funcionarios o laborales interinos para atender situaciones normales en el empleo público. Los conceptos de “necesidad” y de “urgencia”, dado que son jurídicamente indeterminados, sólo la Administración Pública, en virtud de su potestad organizatoria, podrá en un momento determinado considerar si, efectivamente, concurren.

¹² El derecho de acceder a la función pública, por extensión al empleo público, en condiciones de igualdad está contenido dentro de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad Europea, y por lo tanto en conexión íntima con la política social comunitaria. La Exposición de motivos de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de las nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, dice expresamente que *...aunque el artículo 48. 4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea excluye de dicha libertad a los empleos en la Administración Pública, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido realizando una interpretación restrictiva de lo que haya de entenderse por empleos en la Administración Pública, construyéndolo a aquellos empleos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas. En desarrollo de dicha interpretación del Tribunal de Justicia, la Comisión ha señalado determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública, a los que sería aplicable la libertad de circulación de los trabajadores...* Diferentes sentencias apoyan lo arriba expuesto, como la de 12 de febrero de 1974 (Asunto Giovanni Maria Sotgiu contra Deutsche Bundespost), 17 de diciembre de 1980 (Comisión contra el Reino de Bélgica), 3 de junio de 1986 (Comisión contra la República Francesa), 3 de julio de 1986 (Lawrie-Blum contra el Land Baden-Württemberg), 16 de junio de 1987 (Consiglio Nazionale delle Ricerche), 28 de noviembre de 1989 (Anita Groener contra The Minister for Education and the City of Dublin Vocational Committee) y 23 de febrero de 1994 (consulta del Tribunal Administrativo de Cerdeña en el caso Ingetraut Scholz).

¹³ Esta es la redacción del artículo 10 EBEP, que viene a recoger lo ya establecido en su día por el art. 5.2 LFCE.

Por “necesidad” deberá entenderse la falta de funcionarios de carrera o empleados fijos en un momento determinado. Esta circunstancia puede producirse por la existencia de vacantes que bien no se han cubierto por el procedimiento reglamentariamente establecido, bien tienen por causa una incapacidad temporal, licencia, excedencia voluntaria, servicios especiales, permisos, maternidad, etc. En todo caso, estaríamos ante una situación de hecho preexistente y conocida por la propia Administración Pública, previéndose además que será de cierta duración en el tiempo. No obstante, los nuevos supuestos incluidos por el EBEP han de matizar forzosamente esta última condición y la amplitud de esta necesidad (programa temporal, acumulación de tareas). No se puede entender ni justificar la “urgencia”, si no es desde la perspectiva de la necesidad y del carácter perentorio, que no admite espera, ante la existencia de un riesgo inminente de menoscabo del interés general, es decir, una necesidad inaplazable, imperiosa y apremiante, en la que sólo acudiendo al nombramiento de funcionarios interinos puede la Administración solventarla.

Como es bien sabido, antaño hablar de interinidad implicaba que se habían de ocupar necesariamente plazas de plantilla dotadas presupuestariamente, esto es, plazas que ya existen, pero que se encuentran vacantes por lo motivos anteriormente señalados. Sería, por consiguiente, inadmisibles la creación de determinadas plazas para ser cubiertas por funcionarios interinos, así como el nombramiento de interinos sin existencia previa de plaza vacante, aunque la realidad legal vigente nos demuestre, hoy por hoy, lo contrario. Como ya se ha visto, existen hasta dos supuestos que no requieren de la previa existencia de plaza vacante, pura o accidental, la interinidad empleada para la ejecución de programas de carácter temporal y a la que se recurre para hacer frente al exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses¹⁴. Ahora bien, cuando menos sería cuestionable que de forma directa se pretendiera acudir a la contratación de interinos sin haber acreditado fehaciente que con los recursos de personal existentes no se podría atender suficientemente estas necesidades, toda vez que nada se dice del carácter sobrevenido de los programas temporales, que pueden estar perfectamente planificados o previstos, por ejemplo como ocurre con el periodo de pago del IRPF en el caso de la Administración Tributaria, o del exceso o acumulación de tareas que tampoco es fácil que sea inmediato, incluso en ocasiones puede estar causado por ausencia temporal de personal. Sólo cuando no fuera posible, por volumen de carga, atender estas necesidades con el personal funcional o fijo, se podría justificar el recurso a la interinidad en estos casos.

¹⁴ En todo caso, el hecho de que el recurso a la interinidad lo genere cualquiera de estas dos circunstancias no exime de cumplir con el resto de requisitos, en concreto con todos aquellos relativos a la existencia de crédito adecuado y suficiente para cubrir la duración de la interinidad.

Es precisamente esta circunstancia, ocupar plazas que ya existen, lo que justifica tener que remitirnos a todo cuanto se refiere a la selección, provisión de puestos y promoción del personal al servicio de la Administración pública, excepciones concretas a parte¹⁵. Esto supone adentrarnos en el texto del Estatuto Básico del Empleado Público, que tal y como ya se ha anunciado resulta de aplicación también al personal laboral que se encuentra al servicio de la Administración.

Lo que ha de caracterizar el procedimiento selectivo de los funcionarios interinos es la urgencia, de ahí que se predique la agilidad y la rapidez en la selección. Ahora bien, el legislador no ha previsto procedimiento alguno, apenas se limita a exponer los criterios o principios que deben inspirarlo. Mientras, advertimos que lo regula con detalle para los funcionarios de carrera, por lo que, en atención a la previsión de la aplicación del régimen señalado para estos en todo aquello que sea adecuado a la condición de interino (artículo 10.5 EBEP), debemos entender que podrá ser aplicable este procedimiento, salvo en aquellas cuestiones que consideremos que no son apropiadas a dicha condición, entre otras, todas aquellas relacionadas con su característica esencial, la agilidad, y su presupuesto, la urgencia, sin que por ello se menoscaben los principios constitucionales de acceso al empleo público: igualdad (y publicidad), mérito y capacidad. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que las exigencias de estos principios constitucionales resaltan con todo su vigor cuando se proyectan sobre el ingreso en la función pública de carrera, pero no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal interino, cuya selección lógicamente exige menos rigor. De forma que la discrecionalidad de la que gozan las diferentes Administraciones Públicas para su selección, está limitada no sólo por unos principios y criterios que deben respetarse en todo caso, sino además por un procedimiento que debe cumplimentarse, salvo en aquellos trámites que puedan entorpecer o dilatar la necesaria agilidad y rapidez del procedimiento.

Los principios que rigen esta cuestión traen causa de los artículos 23.2 y 103.3 CE, instaurando en el seno de los procesos selectivos a la igualdad, al mérito y a la capacidad. En ningún modo se pueden entender ambos preceptos como si se tratara de compartimentos estancos que hayan de interpretarse y aplicarse por separado. *Toda lectura o interpretación correcta de los mismos pasa por reconocer la interrelación existente entre ambos, y no sólo en lo referente al acceso a la función pública, sino también en lo relativo a la pertenencia y permanencia en ella*¹⁶.

¹⁵ Así la selección del personal interino, los funcionarios de Justicia, o las personas con discapacidad cuentan con normativa específica.

¹⁶ Vid. GARCÍA GARCÍA, M.J.: “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público”, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 15, mayo 2008, pp. 132-133.

Más allá de estos, el EBEP recoge otra serie de principios aplicables a los procedimientos de selección, que, si bien no aparecen expresamente recogidos en el texto constitucional, sin embargo, su aplicación es igualmente una exigencia básica para la efectividad de los primeros. La publicidad de las convocatorias y de sus bases, la transparencia, la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y la agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección, son los otros principios que rigen los procedimientos de selección del personal por las Administraciones públicas ex art. 55, de tal forma que *la Ley se configura como un elemento determinante, desde un punto de vista constitucional, para establecer los requisitos que delimiten el derecho de acceso a las funciones públicas*¹⁷.

Bien pudiera haberse conferido un mayor grado de concreción a los principios de selección en general y en particular a los de mérito y capacidad, pero lo cierto es que la Ley no lo hace. Todo ello pese a que ambos principios, mérito y capacidad, son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad en el acceso a la función pública. Conforme a lo cual el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que el principio de igualdad se rompe cuando se tienen en cuenta otros valores en el acceso a la función pública distintos de los anteriores, como pueden ser las situaciones de desempleo, las cargas familiares u otros similares¹⁸. En todo caso hay que tener siempre presente la unidireccionalidad de la relación, ya que, si bien la igualdad se configura a través de una remisión a los principios de mérito y capacidad, esto no ocurre en sentido contrario. O lo que es lo mismo, las convocatorias pueden ver condicionado el ámbito subjetivo más allá de lo que implica la presencia de los principios de mérito y capacidad. Dicho de otro modo, se puede restringir el ámbito subjetivo de una determinada convocatoria sin que ello suponga ningún quebranto de estos principios¹⁹.

Esto no significa que la restricción pueda operar sin más. Restringir una prueba, en cuanto se refiere a su ámbito subjetivo, exige necesariamente que se justifique a través de las bases de la convocatoria en relación con cada cargo o puesto de la función pública, donde opere.

¹⁷ PALOMAR OLMEDA, A.: “Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos”, Dykinson, Madrid, 2016.

¹⁸ Así se ha manifestado el Alto Tribunal en las SSTC 76/1983, 50/1986, de 23 de abril, o la STC 67/1989, de 18 de abril. Al respecto también puede verse la STC 193/1987, de 9 de diciembre. Pese a que pudiera parecer una cuestión superada lo cierto es que la jurisprudencia dictada en ese sentido ha seguido produciéndose, como ejemplo puede citarse la STC 73/1998, de 31 de marzo.

¹⁹ Sobre este punto se ha manifestado también el TC, amparando esta posición, por todas puede verse la STC 148/1986, de 25 de noviembre.

Pese a todo, la restricción subjetiva aun siendo posible va a estar necesariamente constreñida por la capacidad y los méritos. Como no podía ser de otra manera los juzgados y tribunales han venido estableciendo pautas al respecto, señalando que la capacidad, y especialmente los méritos a tener en cuenta, han de estar en relación con la función a desempeñar, lo que acentúa el valor del criterio objetivo, sin que puedan llegar a fijarse en atención a personas determinadas²⁰.

A raíz de la posición del TC, el legislador no ha podido dejar de hacerse eco de la misma, fruto de lo cual es el artículo 55 del Estatuto del Empleado Público. Sin embargo esto no supone que ni el legislador ni la Administración no puedan concretar el contenido a los principios de mérito y capacidad, habida cuenta de su carácter indeterminado reconocido por la jurisprudencia²¹. De este modo los requisitos establecidos en cada caso han de tener una justificación objetiva y razonable.

²⁰ Ya en su sentencia STC 67/1989 de 18 de abril, el Tribunal Constitucional dejó sentado el carácter inconstitucional que tendría cualquier valoración que resultara excesiva de los servicios prestados a la propia Administración, de tal forma que a efectos prácticos supusiera la imposibilidad material de acceder a las funciones y cargos públicos por parte de aquellos aspirantes que no pueden alegarlos. No niega el Alto Tribunal la posibilidad de valorar los servicios prestados como méritos en aquellas convocatorias que así pudieran determinarlo, lo que pretende es evitar que a través de esta figura se subjetivase la propia convocatoria en sí misma, en términos coloquiales que la convocatoria fuera con “nombre y apellidos”. Si finalmente se opta por fijar requisitos, *estos deben establecerse mediante referencias abstractas y generalizadas, y no mediante referencias individualizadas, evitando cualquier preterición o reserva «ad personam», ya sea de manera expresa como encubierta* (SSTC 42/1981, 67/1989, 47/1990 y 27/1991). *Han de guardar relación directa con los criterios de mérito y capacidad y no con otras condiciones personales o sociales* (SSTC 42/1981, 148/1986, 193/1986, 206/1988 y 215/1991), a la par que *han de tener una justificación objetiva y razonable en conexión con las funciones a desempeñar, tanto en términos absolutos como relativos* (SSTC 75/1983, 76/1986, 15/1988 y 198/1989).

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este asunto posteriormente, en su sentencia de 2 de marzo de 1998, proscribiendo como ya viene siendo una pauta en su doctrina, las referencias ad personam en las convocatorias para acceso o promoción a puestos de trabajo dentro de la función pública. En esta sentencia se resuelve el recurso de amparo interpuesto por un particular contra una convocatoria para la provisión por el sistema de libre designación del puesto de Secretario General del Servicio Aragonés de Salud, convocatoria que excluía expresamente a sanitarios, investigadores y docentes.

Afirma el Tribunal en esta sentencia que *...se infringe el principio de igualdad, en síntesis, si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad, o dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional...*

²¹ El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos atribuye al legislador un amplio margen para regular las pruebas de selección, así lo ha reconocido la STC 269/1994, de 3 de octubre. Recoge el texto de la Sentencia que *como se desprende de una reiterada doctrina de este Tribunal, el referido precepto no priva al legislador de un amplio margen de libertad “en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios, y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración”, pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables. En positivo, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, “establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad” (STC 185/1994, fundamento jurídico 3º; SSTC 293/1993; 353/1993 o 363/1993, entre otras) y, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscriben que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas, “se haga en términos concretos e individualizados”, que equivaigan a una verdadera y propia acepción de personas (STC 185/1994, fundamento jurídico 4º y las que en ella se citan).*

Queda sentado que no cabe establecer condiciones de acceso distintas al mérito y la capacidad, pero se permite que las condiciones de mérito y capacidad que se establezcan han de estar de acuerdo. Parece una contradicción que sin embargo no lo es. Todo va a depender de los criterios de valoración que se adopten²². Unos criterios justificados en función del puesto y de las pruebas, no tienen por qué vulnerar necesariamente los principios de mérito y capacidad, es más, bien entendidos y correctamente aplicados los criterios de selección no hacen sino refrendar a los propios principios²³.

Otra cosa son los criterios de valoración que finalmente se adopten, y la primacía otorgada a unos méritos sobre otros. Del mismo modo, es también contraria a los principios que se están analizando una valoración de méritos no razonable, que discrimine los servicios prestados en la propia corporación respecto de los prestados en otras Administraciones.

De ahí que, a la hora de seleccionar empleados públicos, se opte mayoritariamente por aquel mecanismo que prescinde de la valoración de méritos más allá que lo que supone el conocimiento del aspirante²⁴.

Se anunciaba con anterioridad que es normal que la selección de interinos se efectúe teniendo en cuenta las listas de puntuación, por orden decreciente, de las últimas oposiciones o concursos para los mismos cuerpos o subescalas, y teniendo presente el factor tiempo²⁵.

²² “...el art. 23. 2 no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23. 2 CE (STC 115/1996).

²³ Tanto es así que 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, en su art. 61 donde regula los sistemas selectivos dispone que *los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto. Además, los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.* Así se entiende perfectamente por parte del legislador la posición adoptada por la jurisprudencia al reconocer que *los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrá otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.*

²⁴ Siguiendo con el análisis del art. 61 de la nota anterior, este determina en su epígrafe sexto que *los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.* Para el personal laboral es sistema es prácticamente idéntico, en tanto que sus sistemas selectivos serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.

²⁵ Aunque no se determine como tal una fecha de caducidad, lo lógico es utilizar estas listas en relación con las últimas pruebas de selección realizadas para cada cuerpo o escala. Desde ninguna perspectiva es defendible que un opositor que estuviera en la bolsa de empleo a resultados de un determinado ejercicio pudiera mantenerse en tal bolsa, no habiendo concurrido a la siguiente convocatoria.

La jurisprudencia, que por reiterada no vamos a reproducir, ha dado su aprobación a la constitución de “bolsas de empleo” o “listas de reserva” para la provisión temporal de puestos de funcionarios, pero determinando como requisito sine qua non que tal figura se prevean en las propias Bases de las convocatorias para seleccionar funcionarios de carrera. Extendiendo esta interpretación a las convocatorias de plazas de interinidad, no se puede apreciar obstáculo alguno para que en sus bases se contemple el recurso a la bolsa de empleo. Incluso se puede cuestionar el carácter voluntario de la inclusión en la misma para los participantes, ya que aún que no hicieran constar en su instancia su voluntad de formar parte de dicha bolsa, su presencia en la misma carecería de transcendencia en tanto en cuanto no se formalizara el nombramiento o la firma de contrato del interino, que en todo caso es voluntad de aquel. Aunque pueda resultar incomprensible a primera vista el hecho de nombrar interino a quien no aprobó las pruebas para convertirse en funcionario de carrera, no carece de justificación. Hemos de partir de la premisa cierta de que el resultado de un proceso selectivo en competencia no descalifica en términos absolutos a los que no lo superen, simplemente saca a la luz hay otros opositores con mayor mérito y capacidad.

El empleo de esta figura deberá en todo caso hacerse con las necesarias garantías de transparencia, procurando salvaguardar en todo caso el orden de prelación de la lista, determinado por el resultado obtenido en la prueba de selección, de tal forma que se deje siempre constancia formal y de forma fehaciente de la renuncia, desistimiento, imposibilidad de aceptación de nombramiento, imposibilidad de contactar, etc., en relación con el candidato precedente, antes de correr turno en la lista.

IV. LA EXTINCIÓN DE LA INTERINIDAD. CAUSAS Y CONSECUENCIAS

Toda vez que tenemos claro, al menos desde la perspectiva legal, que al margen de técnicas concretas como puedan ser las listas de interinos, meras herramientas para aplicar los criterios de selección, ésta ha de ser objetiva y transparente. Teniendo también definidas las causas que motivan el porqué de esta figura, hemos de dar por sentado que su contratación es un recurso no sólo apto, si no eficaz y eficiente, sin que nada se pueda oponer, en principio al mismo.

Luego, seleccionado el interino y ocupando su puesto, previo nombramiento para los funcionarios o vía contractual para los laborales, no queda sino dejar que éste desempeñe sus funciones.

Pero la alegría dura poco en la casa del pobre, y el interino, conoce desde un primer momento que su contrato, como se suele decir tiene fecha de caducidad, a diferencia de lo que ocurriría con un funcionario de carrera o con un empleado público

contratado en régimen laboral de carácter fijo. No olvidemos que las propias causas que justifican el recurso a la interinidad son a la vez el límite a la duración del propio contrato.

Tradicionalmente el nombramiento de los funcionarios interinos era revocado, cuando la plaza que desempeñen sea provista por procedimiento legal²⁶, o bien cuando la Administración consideraba que ya no existían las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina²⁷. Posteriormente se añadieron otros dos supuestos, el cese cuando se extingue el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido y cuando por causas sobrevenidas la plaza sea amortizada²⁸.

Todas estas causas han sido refundidas por el art. 10.3 EBEB, que dispone el cese de los funcionarios interinos por las causas previstas en el artículo 63 (las comunes con los funcionarios de carrera, esto es, renuncia, pérdida de la nacionalidad, jubilación, sanción de separación del servicio y pena de inhabilitación), o cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento, que tendrá que cohonestarse con los motivos que lo justificaron.

A la vista de esta regulación queda claro que el cese del funcionario interino no es, por consiguiente, absolutamente libre o discrecional para la Administración sino que se supedita legalmente a la concurrencia de alguna de las condiciones establecidas legalmente (la provisión del puesto por funcionario de carrera o la desaparición de las razones de necesidad y urgencia que motivaron en su día el nombramiento). Quizá

²⁶ Siendo requisito imprescindible la toma de posesión como funcionario de carrera del aspirante aprobado en la respectiva convocatoria. Aprovechamos para recordar que no es ajustado a derecho el cese de un funcionario interino al objeto de nombrar otro funcionario con el mismo carácter. Actuación que atenta contra la propia naturaleza de la interinidad y contra los principios de interdicción de la arbitrariedad y de estabilidad en el empleo, no salvándose este escollo incluso aunque el nombramiento lo sea de un funcionario integrante de la lista de reserva que se ha configurado tras el proceso selectivo desarrollado para seleccionar a un funcionario de carrera, por todas, vid. STSJ de Madrid núm. 148, de 25 de enero de 2008. Dicho a la claras, por este motivo, un interino sólo cesa cuando la plaza se cubra por un funcionario o empleado fijo seleccionado previa convocatoria.

²⁷ En todo caso, el cese de un interino cuando desaparecen las razones de necesidad y urgencia que motivaron acudir a tal figura, exige, al igual que su justificación para recurrir al mismo, un control de la discrecionalidad, por lo que debe entenderse que la apreciación de que ya no existen estas razones deberá efectuarse mediante resolución motivada, dado que, aunque se trate de una facultad discrecional, cabe el control judicial del uso de dicha facultad. Con carácter general puede consultarse FERNANDO PABLO, M.: "La motivación del acto administrativo", Tecnos, Madrid 1993. En particular, en cuanto en la obra se recoge un estudio completo de la exigencia de motivación expresa del ejercicio de potestades discrecionales ha permitido introducir un mecanismo de control adicional sobre la posible arbitrariedad (falta de justificación) de la elección administrativa.

²⁸ Hay que recordar la extinción de la interinidad también se producirá cuando se extinga el derecho a la reserva de puesto de trabajo del funcionario sustituido o cuando, por circunstancias sobrevenidas, la plaza fuera amortizada.

en su intento de simplificar el legislador ha incurrido en ausencia, toda vez que hoy es mayor el número de supuestos, entre otras cosas porque los funcionarios no gozan del derecho de inamovilidad²⁹.

Aunque en puridad no podemos considerarla como causa de extinción en sí misma, lo cierto es que una de las soluciones más frecuentes para abordar el incremento del personal interino es el de procurar su estabilización. La integración de enormes grupos de interinos en el funcionariado de carrera o en personal fijo, una veces mediante disposición general y otras por medio de concursos restringidos o procedimientos similares, ha sido práctica frecuente en el seno de la Administración, que ha recurrido a ello, aun siendo consciente del coste que implica quebrantar el principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

Lógicamente, con la norma en la mano, esta no puede ser ni regla general, algo que se antoja más que evidente, pero aún siquiera práctica más o menos frecuente. Bajo ningún concepto, la conversión del interino en funcionario estable o trabajador fijo sin una nueva y más rigurosa selección no puede entenderse ajustada a las más básicas exigencias constitucionales. Todo ello sin negar cierto privilegios, sobre todo a la hora de ponderar el tiempo de servicios prestados como interino (o temporal) para que pueda ser valorado en proporciones razonables en las fases de concurso para acceder a la condición de funcionario de carrera³⁰.

Así, para cerrar el círculo hemos de acudir a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 4ª del EBEB. En la misma se establece que las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, siempre que estén dotados presupuestariamente y con un límite temporal, que se encuentren des-

²⁹ El tema de la inamovilidad de los funcionarios ya se ha venido discutiendo desde largo, así y se hacían eco del mismo las SSTs, de 12 de mayo de 1986, 14 de abril de 1997 y 12 de enero de 1998, entre otras.

³⁰ Sin denostar que *la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, puesto que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas, ni por tanto lo será tampoco la previsión de valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado*, la jurisprudencia tradicionalmente ha venido interpretando muy restrictivamente la posibilidad de convertir interinos sin un proceso de selección riguroso, transparente y en condiciones de igualdad. Por más que se pueda defender la legalidad de la medida, en base a tratar de evitar la perpetuación de situaciones ilegales (por su duración) que llevan a la provisionalidad del personal en la función pública a interinidades indefinidas, la jurisprudencia sobre todo desde la STS, de 10 de noviembre de 2000, ha rechazado el argumento de su excepcionalidad, exigiendo la justificación de la excepción de la oposición o pruebas libres sin cupos restringidos, y limitando, en el caso del concurso o concurso-oposición, la puntuación de servicios prestados en Administraciones Públicas a porcentajes, respecto a la puntuación total posible, que no fueran excluyentes.

empeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005³¹. Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer esta discriminación de méritos a favor de la experiencia o los servicios prestados en la misma Administración convocante, ha sido amparada por la jurisprudencia. Ésta ha venido estableciendo que toda la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, dado que el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público, y suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos, el único problema se plantea con su relevancia cuantitativa y, sobre todo, cuando este sea el único mérito tenido en cuenta en la fase de concurso³².

Ahora bien, lo determinante radicará en si la ponderación de los servicios previos ha sido tan desproporcionada e irracional que ha desconocido el derecho a la igualdad. Desde esta perspectiva, la valoración constitucional de esta regla ha de ponerse en relación con la finalidad que persigue la norma diferenciadora y la proporcionalidad entre esa finalidad y el medio de diferenciación utilizado.

V. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TSJCE SOBRE LA INDEMNIZACIÓN A LOS INTERINOS AL FINAL DE SU VINCULACIÓN

Llegados a este punto toca hacernos eco de lo que en realidad es el leitmotiv del presente trabajo a la luz de la última jurisprudencia del TJUE. Hasta ahora hemos visto de una manera somera la regulación de la interinidad, sin que hayamos aportado nada nuevo a lo ya sobradamente trabajado. No obstante, sirve lo anterior para refrescar las bases de la interinidad en el sector público tras la última reforma del EBEP, así como la regulación actual de la misma en el ET, sin las cuales no es posible entender la interpretación del TJUE.

³¹ Esta regulación ineludiblemente obliga a reconocer que se ha adoptado el remedio tradicional para paliar la proliferación de personal interino, que no es otra que una especie de concurso-oposición en los que se valora como mérito el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas, incluida la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. Por mucho que se pretenda hacer valer que estos procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria, la “discriminación” es patente. En el momento en que en la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, automáticamente se premia el desempeño previo de un puesto en la Administración al que muchos de los candidatos ni tan siquiera han tenido ocasión de acceder, por más que se dé por cumplido, de hecho así es, lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del EBEP.

³² *Vid.* nota núm. 30.

Para entender esta corriente jurisprudencial emanada desde Bruselas, hemos de tomar como punto de partida el texto del propio art. 63 del EBEP al determinar las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera, que en ningún caso conllevan el pago de ninguna indemnización al funcionario. No obstante, hemos de dejar claro, que todas las sentencias hunden sus raíces en asuntos muy anteriores a la reforma que ha dado como resultado el texto del actual EBEP e incluso del ET³³.

Como ha sido ya también sobradamente comentado, el contrato de interinidad se formaliza para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, tal como se señala en artículo 15.1.c ET, mientras exista este derecho a reserva, y suelen emplearse para sustituir a trabajadores en baja por incapacidad temporal, descanso por maternidad, riesgo durante del embarazo o excedencia forzosa, entre otros supuestos.

Por su parte los contratos temporales, en base a la art. 49.1.c ET, tienen reconocida a su finalización una indemnización a modo de compensación de esta temporalidad, pero en este caso particular, pese a ser también temporal, está expresamente excluido, en el mencionado precepto, de la indemnización por fin de contrato de interinidad.

Ahora bien cuestión completamente distinta es lo que pueda ocurrir en el caso de contratos de interinidad celebrados en fraude de ley. Por tanto, en el ámbito laboral está meridianamente claro que este contrato no puede formalizarse a la ligera y de cualquier manera, pues pese a no tener reconocida ninguna indemnización por fin de contrato, sí está amparado por la regulación referente al fraude de ley, artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, y también del despido improcedente, con lo que su extinción de forma no adecuada sí conlleva el pago de la indemnización de 33 días por año trabajado reconocida en el artículo 56.1 ET.

Llegados a este punto se hace necesario reflexionar acerca de dos cuestiones. La primera es analizar qué ocurre o, mejor dicho, que debería ocurrir con esos contratos o nombramientos de interinos, que exceden los límites de duración legales, más allá de la cuestión de si procede o no que sean indemnizados a la finalización del vínculo profesional.

La segunda cuestión, limitada al caso concreto de los funcionarios interinos, es la cuestión de la indemnización, en cuanto a que los funcionarios en general, no tie-

³³ Especial relevancia en este aspecto tiene la Sentencia dictada sobre el Asunto C-197/15, que se remonta a unos precedentes de fecha 1 de diciembre de 1993, fecha del comienzo de la presentación de servicios del recurrente, primero mediante un servicio de duración determinada, para terminar como funcionario interino durante casi catorce años, hasta que mediante Decreto de 10 de diciembre de 2012, por el que se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio del recurrente con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz con efectos al 31 de diciembre de 2012.

nen, por su propia condición y naturaleza jurídica derecho a indemnización alguna, ya que la relación funcional por definición, siendo esta la gran diferencia con los empleados públicos laborales, incluso con los fijos –aquellos con reserva del puesto de trabajo–, tienen garantizada su continuidad y cuando cesan no se contempla indemnización.

Siendo así, en principio parece lógico que la legislación nacional sobre función pública no contemple ninguna compensación indemnizatoria para los funcionarios interinos cuando finalizan su vínculo, ya que los funcionarios no la tienen en ningún caso. Es más, así lo reconoce el propio Tribunal en la Sentencia sobre los asuntos C-184/15 y C-197/15, al señalar que en la medida en que no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la **utilización abusiva** de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco. Luego si la utilización no es abusiva, es decir, se cumple rigurosamente con los preceptos legales, no cabría indemnizar al interino que cesa.

El eje sobre el que giran estas sentencias está en orden sobre la conculcación de la cláusula 4 del Acuerdo o marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, por parte de una normativa nacional que excluye de indemnización a los contratos de interinidad concluidos por ocupación de la plaza por quien resulta ser su titular. Es en este sentido cuando por el Tribunal Europeo se señala que aquella norma internacional requiere la **concur-rencia de causas objetivas que justifiquen el trato diferencial**. Desde esta perspectiva enjuiciadora se afirma que el principio de no discriminación impide tratar de manera diferente situaciones que son comparables, como, también, hacerlo de manera idéntica a aquellas que se presentan como diferentes³⁴.

Así el Tribunal entiende literalmente que *con arreglo a la jurisprudencia recordada en los apartados 40 y 41 de la presente sentencia, en principio la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se*

³⁴ Con argumentos parecidos se manifiesta el TJUE en el asunto C-596/14.

*trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal.*³⁵

Por lo tanto también hay que traer a colación la cláusula 5 del citado Acuerdo marco, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros en su apartado 1 la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera, cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones.

Por consiguiente, si el tribunal remitente declarase que en Derecho español no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco.

³⁵ *Vid.* punto 48 de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 sobre los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15. Esta jurisprudencia se resume para el TJUE en que **una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco**, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 105; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 49; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 34, y de 23 de abril de 2009, Angelidakí y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartados 161 y 184), algo que existen en España con el texto del EBEP. Además, sigue el TJUE, afirmando que, es necesario recordar *que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco* (sentencias de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 39, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 66, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 48). Entiende el TJUE que *corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno constituyen una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada* (sentencias de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 56; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 41, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 67 y jurisprudencia citada, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 49).

Según reiterada jurisprudencia³⁶, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, es la de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, lo es de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación. Obligaciones que se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales. En consecuencia, incumbe a los tribunales del Estado miembro de que se trate garantizar la observancia de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, velando por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que **se hayan celebrado de manera abusiva** contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

Es ahí, y sólo ahí donde el Tribunal resuelve que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional sea aplicada de tal modo que genere una discriminación en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Con ello lo que pretende evitar el TJUE es que las personas que han celebrado un contrato de trabajo laboral con la Administración y no tengan el mantenimiento de la relación laboral, y además esta concatenación de contratos de duración determinada haya sido abusiva, tienen derecho al mantenimiento de su relación laboral, vía ET, mientras que, con carácter general, no se reconoce este mismo derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo.

Dicho en términos más sencillos, el contratado laboral, adquiere carácter de indefinido por la celebración abusiva de concatenación de contratos, aún en el seno de la Administración, no por lo dispuesto en el EBEP, si no por aplicación del ET, y si la Administración no desea perpetuar a éste no tendrá si no más remedio que proceder a su despido previa indemnización. Hechos estos que no se reproducen para el caso de los funcionarios interinos.

Es por ello, que el Tribunal viene a decir que ningún problema hay con los laborales interinos, dado que tienen garantizada su protección, vía ET, pero que a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto del personal funcional –interino–, hecho que además incumbe al juez nacional comprobar, esta situación no sería compatible con lo establecido en el Acuerdo marco. Se garantiza así que no pueda existir, conforme a la norma-

³⁶ *Vid.*, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 106, así como la jurisprudencia citada en la nota 35, toda ella del TJUE.

tiva comunitaria, un diferente grado de protección frente a la utilización abusiva de la contratación o de los nombramientos en caso de finalización según que la persona que preste sus servicios lo haga en virtud de régimen jurídico laboral o administrativo³⁷.

Luego pues, corresponde al juez nacional determinar si esto ocurre dada la última redacción del EBEP. Si éste no fuera así, entonces sí, y sólo en tanto no se corrigiera el déficit normativo, cabría aducir un derecho a indemnizar a los funcionarios interinos tras su cese, recordemos que los laborales es un derecho con el que ya cuenta. Bastaría por tanto, en caso de que así lo interpretara el juzgador nacional, con modificar el EBEP incluyendo una medida que protegiera contra el nombramiento de funcionarios interinos de forma abusiva, para salvar este escollo.

Parece claro pues que la cuestión de fondo no es tanto el tema de si procede indemnizar con carácter general a los interinos, tras la finalización del vínculo con la Administración, que tanto ha dado que hablar desde la publicación de estas sentencias. En definitiva, se trata de proteger a las relaciones de duración determinada ante el abuso de esta figura de contratación en el sector público. Luego si el recurso la figura es acorde al texto legal, restrictivo en su empleo, se ha de entender que no cabría indemnización alguna, pero por el contrario, si el uso fuera abuso se equipararían con el resto de trabajadores, teniendo derecho, como no podría ser de otra manera, a la correspondiente indemnización, mientras no se modifique la normativa tal y como se desarrolla en el párrafo anterior.

³⁷ Así la sentencia recaída en el asunto C-16/15, vuelve a reiterar lo ya expuesto en este caso aplicado al personal estatutario temporal –ámbito sanitario–, al reconocer , en relación con el Acuerdo marco, que *su objeto es únicamente establecer, fijando principios generales y prescripciones mínimas, un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y para evitar los abusos derivados de la utilización de contratos sucesivos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo.*

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional¹

1. Sentencia 18/2016, de 4 de febrero (BOE de 7 de marzo). Ponente: Enríquez Sancho (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 49; 50; 149.1.1; 149.1.13; 149.1.18; 152.1; 156.

otros:

Objeto: Recurso de inconstitucionalidad 1983-2013. Interpuesto por la Generalitat de Cataluña en relación con varios preceptos 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 sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación general de la economía, comercio y función pública; autonomía financiera de las Comunidades Autónomas

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 29/1982, FJ 4; 6/1983, FJ 5; 76/1983, FJ 38; 144/1985, FJ 1; 63/1986, FJ 11; 152/1988, FJ 4; 201/1988, FJ 2; 154/1988, FJ 3; FJ 86, FJ 8.f); 96/1990, FJ 8.f); 96/1990, FJ 3; 225/1993, FJ 3 y 4; 228/1993, FJ 5 y 6; 284/1993, FJ 4.a); 264/1993, FJ, 3; 171/1996, FJ 2; 103/1997, FJ 4; 61/1997, FJ 7 y 8; 182/1997, FJ 4; 290/2000, FJ 14; 188/2001, FJ 6; 11/2002, FJ 4; 239/2002, FJ 5; 124/2003, FJ 5 y 7; 137/2003, FJ 3; 14/2004, FJ 11; 157/2004, FJ 9 y 59; 254/2004, FJ 7; 247/2007, FJ 12 y 17; 106/2009, FJ 2; 31/2010, FJ 68, 70, 88, 104 y 111; 88/2010, FJ 2 y 5; 137/2011, FJ 4; 157/2011, FJ 3; 188/2011, FJ 3; 140/2011, FJ 4; 26/2012, FJ 3, 7, 10 y 18. 36/2012, FJ 4; 100/2012, FJ 8; 111/2012, FJ 5; 170/2012, FJ 5; 184/2012, FJ 4; 237/2012, FJ 3 y 4; 3/2013, FJ 8; 9/2013, FJ 3; 27/2013, FJ 5; 39/2013, FJ 5; 162/2013, FJ 5; 182/2013, FJ 2.b); 217/2013; 33/2014, FJ 4; 74/2014; 83/2014, FJ 4; 10//2014, FJ 7; 141/2013, FJ 8.A) c), C) y D); 183/2014, FJ4; 14/2015; 29/2015, FJ 3; 27/2015, FJ 5; 48/2015, FJ 3; 49/2015, FJ 3; 81/2015, FJ 4 y 8; 94/2015; 135/2015, FJ 5; 156/2015, FJ 6, 8 y 10; 215/2015, FJ 4;

Materias: Estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad. Decretos-leyes: control jurídico de la condición habilitante, medios de control; competencia del Tribunal Constitucional. Competencia sobre las condiciones básicas de la igualdad.

¹ Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO LÓPEZ. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

Competencia estatal, competencia autonómica: ordenación general de la economía, comercio y función pública; Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Condiciones para el sostenimiento financiero de las políticas para personas en situación de dependencia: competencias estatales, competencias autonómicas.

El recurso de inconstitucionalidad se dirige, en primer término, contra los artículos 1, 2 y 8, en relación este último con la disposición transitoria primera, en los que se adoptan medidas dirigidas a racionalizar y reducir el gasto público, en el ámbito de los gastos de personal de las Administraciones públicas, e incluyen algunas modificaciones de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (LEEP). La disposición final cuarta del Real Decreto-ley confiere a estos preceptos el carácter de normas básicas e invoca las competencias reservadas al Estado en los arts. 149.1.13 y 149.1.18 CE así como el art. 156 CE. Un segundo bloque de preceptos impugnados lo componen el artículo 22 y las disposiciones adicionales séptima y novena, disposiciones transitorias octava, novena, décima, undécima, duodécima y disposición final primera, relativos todos ellos a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Se invoca el art. 149.1.1 CE como habilitación constitucional para la aprobación de estos preceptos. El tercer bloque lo componen los artículos 27 y 28, y la disposición adicional undécima, disposición transitoria decimocuarta y disposiciones finales segunda y tercera. Estos preceptos incluyen diversas modificaciones de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales y de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. La disposición final cuarta del Real Decreto-ley afirma que los preceptos se dictan al amparo de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica contemplada en el art. 149.1.13 CE. La Generalitat considera que dichos preceptos exceden de los referidos ámbitos competenciales del Estado e incurren en diversos motivos de inconstitucionalidad, por invasión o menoscabo de las competencias que a ésta corresponden en materia de organización de la Administración de la Generalitat (art. 150 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: EAC), de la función pública y el personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas (art. 136 EAC), servicios sociales (art. 166 EAC), comercio (art. 121 EAC), planificación, ordinación y promoción de la actividad económica en Cataluña (art. 152 EAC), y vulneran también la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma y el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, reconocido en el art. 156 CE y el de autonomía de gasto, contemplado en los arts. 201.2 y 202.2 EAC. Considera asimismo la Comunidad Autónoma que determinados preceptos impugnados no cumplen los presupuestos habilitantes exigidos en el art. 86.1 CE contraviniendo el citado precepto constitucional. Comenzará el TC recordando su doctrina a tenor de la cual *«no basta con postular la inconstitu-*

cionalidad de una norma mediante la mera invocación formal de una serie de preceptos del bloque de constitucionalidad para que este Tribunal deba pronunciarse sobre la vulneración por la norma impugnada de todos y cada uno de ellos, sino que es preciso que el recurso presentado al efecto contenga la argumentación específica que fundamente la presunta contradicción constitucional» (por todas, STC 217/2013, FJ 1); aplicando su doctrina el TC delimita el objeto recurso comenzando por la denunciada infracción del art. 86.1 CE resulta que está se presenta fundamentada en relación al artículo 8; el artículo 22.2, 10, 11 y conexos y 13, así como, por relación con aquellos, respecto a las disposiciones adicionales séptima y novena, transitorias octava y novena y final primera; los artículos 27 y 28 y disposiciones adicional undécima, transitoria decimocuarta y finales segunda y tercera.; sobre el resto de preceptos impugnados en el presente proceso, o bien no hay una alegación específica de vulneración del art. 86.1 CE o bien esta no resulta suficiente, caso del artículo 22.3; en cuanto a la incidencia que modificaciones normativas sobrevenidas hayan podido tener sobre la pervivencia del recurso el TC señala que la letra k) del art. 48 LEEP que fue modificada por el art. 8 del Real Decreto-ley 20/2012, aquí impugnado, ha sido posteriormente modificada, en primer lugar, por la disposición adicional cuarta, primero de la Ley Orgánica 9/2013, d de control de la deuda comercial en el sector público, que amplió a cuatro el número de días por asuntos particulares de los funcionarios públicos; por el art. 28,3, y por la disposición adicional duodécima de la Ley 15/2014, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, que, amplió hasta cinco el número de días de los funcionarios públicos por asuntos particulares y, por el Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, que fija dicho número en seis. Finalmente, la totalidad de la Ley del estatuto básico del empleado público ha sido derogado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, norma que, en su art. 48 k), establece que los funcionarios públicos tendrán seis días al año de permiso por asuntos particulares; estas modificaciones no afectan, sin embargo, al objeto del presente proceso constitucional. En efecto, no tienen incidencia alguna en el motivo relativo a la inexistencia del presupuesto habilitante de la norma del Gobierno, pues no impiden a este Tribunal controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno por el art. 86.1 CE se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional, en la medida en que, al hacerlo, se trata de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo [por todas, STC 182/2013, FJ 2 b)]. Considerará el TC que en la medida en que el recurso se fundamenta, de un lado, en el posible desconocimiento del presu-

puesto de hecho habilitante del decreto-ley y, de otro, en la eventual extralimitación competencial del Estado en el ejercicio de sus competencias, no cabe sino apreciar que subsiste el interés constitucional, tanto de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes como por determinar el alcance de las competencias controvertidas. Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones suscitadas, reiterará el TC su doctrina respecto de la figura del decreto-ley: el concepto de extraordinaria y urgente necesidad *«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»* (SSTC 96/2014, FJ 5, y 83/2014, FJ 4, entre otras) *«sin perjuicio del peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad haya de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, es función propia de este Tribunal el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que este Tribunal 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 por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución»* (SSTC 100/2012, FJ 8; 237/2012, FJ 4; 39/2013, FJ 5, y 49/2015, FJ 3, entre otras); reiterará que su función se limita a un *«control externo»*, que viene a verificar, pero no a sustituir el juicio político o de oportunidad que corresponde efectuar, en primer término, al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y, en segundo lugar, al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley); por todas, STC 137/2011, FJ 4; señalando, asimismo, que la CE adoptó *«una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del real decreto-ley que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo de una forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, de modo que la utilización de este instrumento normativo se estima legítima en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta»* (SSTC 6/1983, FJ 5; 237/2012, FJ 3, y 48/2015, FJ 3); en este contexto, se ha venido admitiendo reiteradamente el uso del decreto-ley en situaciones que cabe calificar como *«coyunturas económicas problemáticas»*, para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia (STC 183/2014, FJ 4); debiéndose superar un doble canon: a tenor de lo que se dijo en la STC 39/2013, FJ 5, el primero consiste en la identificación por el Gobierno de manera explícita y razonada de la concurrencia de esa singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad, determinante de la aparición del presupuesto

que le habilita para dictar con carácter excepcional unas normas dotadas de los atributos, del rango y la fuerza propios de las leyes formales; el segundo canon se concreta en la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto habilitante y las medidas contenidas en la norma de urgencia, de modo que éstas han de guardar una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar; la definición de la situación de urgencia no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley; tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional, y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de su 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, reitera el TC su doctrina afirmando un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido; recordará el TC cómo en la STC 29/1982, FJ 3, se excluyeron a este respecto aquellas disposiciones *«que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente»* (STC 39/2013, FJ 9); recordará asimismo el TC que en aplicación de esta doctrina cabe declarar la inconstitucionalidad de algún precepto aislado, lo que excluye que toda la norma de urgencia quede afectada (29/2015, FJ 3). Considera el TC que cabe deducir que la situación de urgencia se define de una forma general, aplicable al conjunto de reformas introducidas por el Real Decreto-ley 20/2012, centrada en el recrudecimiento de la situación de dificultad por la que atravesaba la economía española, lo que reclamaba la introducción de reformas estructurales en diversos sectores; al igual que en el caso de la STC 27/2015, FJ 5, la justificación general de la adopción de la norma, *«la recaída reciente de la economía española»* que exige *«el diseño de una estrategia de política económica que contenga los elementos adecuados en el presente contexto, sino también su articulación a medio plazo de un modo verosímil y capaz de concitar la credibilidad de los mercados financieros»* adquiere pleno sentido en el contexto del conjunto del Real Decreto-ley 20/2012 que, igualmente la STC 81/2015, FJ 4, con cita de otras, recalca que la situación de recesión y crisis económica y financiera es real y conocida, así como la relevancia de unos compromisos internacionales que son igualmente conocidos, lo que justifica la existencia de una serie de medidas dirigidas a reducir el déficit público, e instrumento, además, para alcanzar el fin (político) de la recuperación, por la doble vía del incremento de los ingresos públicos y

reducción del gasto público; finalmente se trae a colación lo ya dicho en la STC 215/2015, FJ 4, «*de hacer posible el cumplimiento de los objetivos de déficit comprometidos por España y con esta finalidad se adoptan una serie de medidas tanto presupuestarias como tributarias y financieras dirigidas al cumplimiento del mencionado objetivo*», así como de hacer frente al recrudecimiento de la situación de dificultad por la que atravesaba la economía española, lo que reclamaba la introducción de reformas estructurales en diversos sectores (STC 136/2015, FJ 5); no contentan al TC estas justificaciones genéricas, que habría que entender aplicables a la totalidad de las normas modificadas por el Real Decreto-ley 20/2012, y no le resultan suficientes, por sí solas, para apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante en las normas impugnadas, matizando que su doctrina jurisprudencial ha exigido con reiteración (por todas, STC 170/2012, FJ 5) que también lo sea de los preceptos concretamente impugnados, ya que solamente a ellos se les reprocha la vulneración del presupuesto de hecho habilitante de la legislación de urgencia; no se tratará pues sino de un juicio de valor desde esta perspectiva de cada una de las medidas adoptadas en dicho Real Decreto-ley. Apreciará el TC que la motivación de la norma en la Exposición de Motivos, así como las explicaciones del representante de Gobierno en el debate parlamentario de convalidación permiten afirmar que el Gobierno ha justificado suficientemente la situación a la que pretende hacer frente referida a la necesidad de asegurar la sostenibilidad futura del sistema de atención a la dependencia lo que, a su vez, ha determinado la adopción de las medidas que aquí se cuestionan; aprecia el TC que la aprobación de las normas controvertidas, es explícita, razonada y concreta, no se realiza mediante fórmulas rituales o genéricas, aplicables de modo intercambiable a todo tipo de realidades, sino por referencia a una situación de recesión y de crisis económica y financiera, real y conocida, y a la exigencia de cumplimiento de unos compromisos internacionales de déficit igualmente notorios, que tienen por objeto atender a lo que cabe calificar como una «*coyuntura económica problemática*»; se apreciará igualmente la conexión de sentido de las medidas impugnadas con la situación de urgencia definida, pues todas ellas buscan, de uno u otro modo, redefinir el sistema de atención a la dependencia en la forma que el Gobierno ha considerado necesaria para asegurar su sostenibilidad; se concluirá así que en el caso del artículo 22. 2, 10, 11 y conexos, y 13, así como, por relación con aquellos, en las disposiciones adicionales séptima y novena, transitorias octava y novena y final primera del Real Decreto-ley 20/2012, el Gobierno ha aportado justificación suficiente, que permite apreciar la existencia de la situación habilitante exigida por el art. 86.1 CE, y que la medida adoptada guarda conexión de sentido en relación a la situación de extraordinaria y urgente necesidad, por lo que procede desestimar, en este punto, la impugnación planteada. Por lo que se refiere a la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante del art. 86.1 CE en el caso de los arts. 27 y 28 del Real Decreto-ley 20/2012 así como de las disposiciones adicional undécima, transi-

toría decimocuarta y finales segunda y tercera, que complementan a los anteriores. La remisión a la STC 156/2015, FJ 6, lleva al TC a la desestimación del recurso en este punto pues, a la vista de las razones señaladas, tanto en la exposición de motivos de la norma cuestionada como en el debate parlamentario de convalidación, es posible apreciar que se ha explicitado la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad por referencia a la concreta coyuntura económica y a la necesidad de propiciar el crecimiento de la productividad y la competencia y lo mismo sucede con el requisito de la conexión de sentido entre la situación de urgencia apreciada por el Gobierno y las medidas adoptadas para hacerle frente por las razones allí expuestas. Por lo que se refiere a la controversia competencial planteada respecto de los artículos impugnados, el TC afronta el análisis de los artículos 1, 2 y 8, en relación este último con la disposición transitoria primera, en los que se adoptan medidas dirigidas a racionalizar y reducir el gasto público, en el ámbito de los gastos de personal de las Administraciones públicas. El segundo bloque lo componen el artículo 22 y las disposiciones adicionales séptima y novena, disposiciones transitorias octava, novena, décima, undécima, duodécima y disposición final primera, en los que se plantean cuestiones relacionadas con la modificación del sistema para la atención a las personas en situación de dependencia. El tercer bloque lo forman los artículos 27 y 28, y las disposiciones adicionales undécima, disposición transitoria decimocuarta y disposiciones finales segunda y tercera, que modifican el régimen de los horarios comerciales y el de las ventas promocionales. En relación con el primero de los bloques, el precepto que establece un régimen de incompatibilidades de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares percibidas como consecuencia del cese de cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público y cualquier otra retribución con cargo a los presupuestos públicos. La norma se aprueba con carácter básico *ex* arts. 149.1.13 y 156.1 CE y se extiende al conjunto de las personas que se encuentren en la citada situación, en el ámbito tanto de las instituciones y administraciones estatales, como de las autonómicas y locales; se considera que la totalidad del precepto no encuentra fundamento en el art. 149.1.13 CE y, por el contrario, vulnera la potestad de autoorganización inherente a su autonomía política, pues estima que la adopción de una medida de estas características para los altos cargos de las instituciones de autogobierno de Cataluña ha de ser adoptada, en su caso, por la propia Generalitat. La impugnación del artículo 1 ha de entenderse circunscrita a la titularidad de la competencia para adoptar la medida incluida en el precepto en relación con «los altos cargos de las instituciones de autogobierno de Catalunya», pues es así como se formula en la demanda y se deriva, además, de la tacha competencial que se plantea, relacionada con la organización de las instituciones propias de autogobierno de la Comunidad Autónoma; afrontará esta cuestión, el TC desde la perspectiva de la organización de las instituciones propias de autogobierno, para comprobar si la misma puede verse

limitada, en este caso, por la decisión estatal que se afirma dictada al amparo de los arts. 149.1.13 y 156.1 CE: a tenor de lo expuesto en la STC 76/1983, FJ 38 se deriva que a la expresión «*instituciones de autogobierno*» no puede asignársele un alcance mayor que el que deriva de la Constitución (art. 152.1) y del propio Estatuto (art. 2.2), que puede crear otras en la medida en que lo juzgue necesario para su autogobierno, siempre que no se infrinjan las previsiones constitucionales (por todas, STC 247/2007, FJ 12); la mencionada competencia ha de entenderse referida, por mor del mencionado art. 2.2 EAC, a la organización del Parlamento, la Presidencia de la Generalitat, el Gobierno y las demás instituciones que establece el capítulo V del título II (Consejo de Garantías Estatutarias, Sindic de Greuges, Sindicatura de Cuentas y Consejo Audiovisual de Cataluña), sin que se extienda a la organización de la respectiva Administración pública y el régimen estatutario de sus funcionarios. Considerará el TC si el art. 149.1.13 CE proporciona cobertura a la medida adoptada o, por el contrario, como se sostiene en la demanda, la medida estatal no puede aplicarse a tales instituciones autonómicas, por cuanto quebrantaría la competencia en materia de régimen de organización de su autogobierno que, como tenemos declarado, se extiende exclusivamente a la organización política fundamental de la Comunidad Autónoma en los términos antes expuestos, sin afectar a la simple organización administrativa. Considera el TC que atención a la doctrina que se contiene en la STC 94/2015, ya se ha señalado la directa relación existente entre la fijación de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas y la fijación de la política económica general por parte del Estado, de manera que el Tribunal ha entendido que las medidas de limitación de las retribuciones adoptadas por el Estado deben analizarse desde la perspectiva de los arts. 149.1.13 y 156.1 CE; así se ha señalado que aunque no cabe duda de que con esas decisiones se incide en la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas, su legitimidad constitucional debe ser admitida; se destaca así la vinculación directa de estos límites con la fijación de la política económica general por parte del Estado *ex* art. 149.1.13 CE (STC 96/1990, FJ 3) por cuanto se trata de una medida dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público (STC 63/1986, , FJ 11), sin que quepa olvidar que dicha autonomía financiera de las Comunidades Autónomas la concibe nuestra Constitución «*con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles*» (art. 156.1 CE) precepto éste desarrollado en el art. 2.1 b) de la LOFCA, de modo que la incidencia en la autonomía financiera y presupuestaria de las Comunidades Autónomas está directamente relacionada con la responsabilidad del Estado de garantizar el equilibrio económico general (SSTC 171/1996, FJ 2; y 103/1997, FJ 1); de ello se deriva la idoneidad de que tales límites se contengan en la Ley de presupuestos generales del Estado en cuanto vehículo de dirección y orientación de la política general que corresponde al Gobierno de la Nación (STC 171/1996, FJ 2); ello no sólo

justifica que el Estado pueda establecer topes máximos a los incrementos retributivos de los funcionarios autonómicos, sino que pueda decantarse por la congelación salarial en un ejercicio concreto (caso examinado en la STC 94/2015), o por la reducción o supresión de un determinado concepto retributivo en un ejercicio presupuestario (así, en las ya citadas STC 81/2015, respecto a la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012, y STC 215/2015, en cuanto a la realización de aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivos durante el año 2012); se recordará ahora que el TC ha admitido la posibilidad de establecer esta suerte de restricciones a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas por fundamentar su carácter básico en el art. 149.1.13 CE y, al mismo tiempo, en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 CE; la adopción de limitaciones a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas no supone, naturalmente, que quede a la entera disponibilidad del Estado el alcance e intensidad de tales restricciones, sino que las decisiones que el Estado adopte con base en el art. 149.1.13 CE deben ceñirse a aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los fines de política económica que aquéllas persigan (entre otras muchas, SSTC 152/1988, FJ 4, y 201/1988, FJ 2); considera, pues, el TC que la norma recurrida, resulta justificada justificada desde el punto de vista de la autonomía financiera, en la medida en que existe una relación entre esa medida de contención del gasto y la dirección de la política económica general, concretada en el cumplimiento de los compromisos de estabilidad presupuestaria y reducción del déficit público en un momento de especiales dificultades económicas; traerá en su apoyo la STC 215/2014, destaca que la estabilidad presupuestaria es actualmente un principio constitucional que vincula a todos los poderes públicos y que, «en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad –de la competencia– del Estado y de las Comunidades Autónomas» (art. 135.1 CE y SSTC, por todas 157/2011, FJ 3, y 188/2011, FJ 3), correspondiendo en todo caso al Estado, en el ejercicio de sus facultades de dirección general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y como titular de la potestad de coordinación de las haciendas autonómicas (art. 156.1 CE), la función de garante último y responsable *ad extra* del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Se decide desestimar el recurso en este punto. Por lo que se refiere a la impugnación del artículo 2 hemos de señalar, en primer lugar, que las tachas que se formulan al artículo 2 se refieren únicamente a sus apartados 2, relativo a las reglas para hacer efectiva la supresión de la paga correspondiente al mes de diciembre de 2012, y 4, que dispone que las cantidades derivadas de la supresión de la paga se destinarán en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o seguros colectivos, de conformidad con lo que determine la correspondiente ley de presupuestos y de acuerdo con la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La Generalitat de Cataluña, admitiendo la legitimidad constitucional *ex arts.* 149.1.13

y 156 CE de la medida de reducción de retribuciones de los empleados públicos, considera que el establecimiento de los mecanismos concretos y el procedimiento para llevarla a cabo no tiene encaje en el referido título competencial y tampoco lo tendría la obligación de las Administraciones públicas de realizar aportaciones a planes de pensiones o seguros colectivos con la finalidad de compensar las aludidas restricciones retributivas, lo que, además, crearía un compromiso de gasto que limitaría su autonomía financiera. El TC comienza por señalar que, como dejó sentado la STC 81/2015, FJ 8, la medida de reducción salarial responde, por su naturaleza y contenido, al legítimo ejercicio de las competencias que al Estado atribuye el art. 149.1.13 CE. En cuanto a la queja que específicamente se formula al artículo 2.2, se trata de reglas necesarias para asegurar la efectividad de la decisión estatal tendente a la contención de los gastos de personal de las Administraciones públicas. En un sentido similar al examinado en la STC 141/2014, FJ 8 A c), C) y D) d), son normas con vocación de vigencia temporal que responden a la estricta y limitada finalidad de garantizar la efectividad de la regulación establecida legítimamente en ejercicio de competencias del Estado, en la medida en que persigue asegurar la minoración de retribuciones del personal del sector público para así reducir uno de los componentes fundamentales del gasto público en un contexto de exigente contención del mismo; en suma, una norma instrumental de complemento y garantía de la eficacia de la norma principal establecida por el Estado, por lo que procede afirmar que el artículo 2.2 no es contrario a la distribución competencial que perfila nuestro texto constitucional; a la misma conclusión cabe llegar respecto del art. 2.4 impugnado. La impugnación del artículo 8 ha de ser desestimada, en atención a la doctrina que este Tribunal ha establecido en la STC 156/2015, FJ 8. Por lo que se refiere al art. 22 y las disposiciones adicionales séptima y novena, disposiciones transitorias octava, novena, décima, undécima, duodécima y disposición final primera, en los que se plantean cuestiones relacionadas con la modificación del sistema para la atención a las personas en situación de dependencia establecido en la Ley 39/2006. La demanda considera que el sistema de ayudas a la dependencia forma parte de la materia servicios sociales que el art. 166.1 EAC atribuye a la competencia exclusiva de la Generalitat, sin que el Estado se encuentre habilitado *ex art.* 149.1.1 CE para llevar a cabo una regulación exhaustiva y completa del sistema de dependencia como la que entiende que realizan los preceptos impugnados. Realizará el TC una sucinta referencia a la Ley 39/2006 norma que se afirma dictada «al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución», según reza su disposición final octava; la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal se define por la Ley 39/2006 como «una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la

acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social»; así configura un derecho subjetivo de los beneficiarios al que se accede mediante la aplicación de un baremo o escala de valoración de la persona dependiente y que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano, a través del sistema de atención a la dependencia, que administrativamente se organiza en tres niveles y que universaliza el acceso a una red pública de servicios descentralizada en su gestión, pero que responderá a una acción coordinada y cooperativa de la Administración general del Estado y las Comunidades Autónomas, con la participación, en su caso, de las entidades locales. (arts. 1 y 6); las prestaciones del sistema de atención a la dependencia pueden tener naturaleza de servicios o de prestaciones económicas y se describen en los arts. 15 a 25 de la Ley 39/2006. El catálogo de servicios se recoge en el art. 15 de la Ley (aparte de lo previsto en el art. 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud), y son los siguientes: (i) servicios de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal; (ii) servicio de tele-asistencia; (iii) servicio de ayuda a domicilio (atención de las necesidades del hogar y cuidados personales); (iv) servicio de centro de día y de noche (centro de día para mayores, centro de día para menores de 65 años, centro de día de atención especializada, y centro de noche); y (v) servicio de atención residencial (residencia de personas mayores en situación de dependencia, centro de atención a personas en situación de dependencia). Por su parte, las prestaciones económicas se contienen en los artículos 17 y siguientes de la Ley y son las siguientes: vinculada a la adquisición de un servicio cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario (art. 17); para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales de asistencia personal (art. 18) y de asistencia personal, que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, mediante la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria (art. 19). La Ley 39/2006 establece un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la Administración general del Estado en los términos del artículo 9, para lo que destina la pertinente dotación presupuestaria en la Ley anual de presupuestos (art. 32.2 y disposición adicional primera); asimismo, como un segundo nivel de protección, la Ley contempla un régimen de cooperación y financiación entre la Administración general del Estado y las Comunidades Autónomas mediante convenios para el desarrollo y aplicación de las demás prestaciones y servicios que se contemplan en la Ley 39/2006, introduciendo la previsión, actualmente suspendida en su vigencia, de que durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2015, la Administración

general del Estado establecerá anualmente en sus presupuestos créditos para la celebración de los convenios con las administraciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el art. 10 de esta Ley [arts. 7.2, 8.2 a), 10, 32.3 y disposición transitoria primera]. Finalmente, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar, si así lo estiman oportuno, un tercer nivel adicional de protección a los ciudadanos, en los términos de los arts. 7.3 y 11.2 de la Ley 39/2006. Considera el Tc que teniendo en cuenta estas precisiones, y siendo ese el objeto y finalidad de la Ley 39/2006 no cabe duda de que encaja materialmente en el ámbito de la «asistencia social», lo que lleva al TC a descartar ya la aplicación del título competencial del art. 149.1.17 CE; no sólo por haber sido expresamente excluido por el legislador estatal, al invocar exclusivamente el art. 149.1.1 CE y referirse a la atención a la dependencia como «una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social», sino porque sus prestaciones no se integran en lo que la STC 239/2002, FJ 5, calificó como asistencia social «interna» al sistema de Seguridad Social, ya que, por el contrario, protegen situaciones de necesidad específicas mediante técnicas que actúan extramuros del referido sistema; lo mismo sucede con la invocación del art. 149.1.13 CE, pues, sin perjuicio de las finalidades de ahorro de gasto y de garantía de sostenibilidad del sistema que persiguen las modificaciones introducidas en la Ley 39/2006, es evidente que el art. 149.1.1 CE proporciona un título competencial más específico. Se planteará el TC su propia doctrina acerca de la materia *asistencia social*, así como sobre el título estatal del art. 149.1.1 CE que, como se verá, guarda directa relación con dicha materia. Traerá el TC la STC 33/2014, FJ 4, con cita de la STC 36/2012, FJ 4, recuerda que *«este Tribunal ya ha tenido ocasión de definir el alcance de la materia asistencia social cuando ha afirmado que atendiendo a las pautas de algunos instrumentos internacionales como la Carta social europea, la asistencia social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. De esta forma, la asistencia social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces»*. Por lo que se refiere a la delimitación de competencias en materia de asistencia social, la misma STC 33/2014 señala que *«la Constitución se refiere a la asistencia social en su art. 148.1.20 como una materia sobre la que las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia. Así lo ha hecho Cataluña en el artículo 166 de su vigente Estatuto de Autonomía que caracteriza las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de asistencia social como exclusiva; no obstante tal caracterización, y como hemos tenido*

la oportunidad de reiterar, la competencia de la Comunidad Autónoma «no impide el ejercicio de las competencias del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o sea sobre el mismo objeto jurídico» (STC 31/2010, FJ 104); inisistirá el TC en su posición acerca de que las competencias autonómicas sobre materias no incluidas en el art. 149.1 CE, aunque se enuncien como «competencias exclusivas», no cierran el paso a las competencias estatales previstas en aquel precepto constitucional: «el enunciado de la competencia autonómica como exclusiva no enerva las diferentes competencias del Estado que puedan estar implicadas (art. 149.1.6, 7 y 17 CE, entre otras), debiendo insistir, no obstante, en que de ningún modo se precisa una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el art. 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios» (STC 31/2010, FJ 104)». Por su parte, la STC 207/2013, FJ 5, recuerda que el art. 149.1.1 CE es un «título competencial autónomo» (STC 184/2012, FJ 4) «se proyecta de un modo genérico sobre todos los derechos fundamentales» (STC 188/2001, FJ 6; y 111/2012, FJ 5). Y se proyecta para garantizar su contenido esencial o primario (SSTC 61/1997, FJ 7; y 247/2007, FJ 17), sin que la regulación estatal pueda suponer «una normación completa y acabada» del derecho de que se trate, «pudiendo las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencia sobre la materia, aprobar normas ainentes» a su régimen jurídico (SSTC 184/2012, FJ 4; y 3/2013, FJ 8). Ahora bien, aquel título competencial no sólo se proyecta sobre las condiciones básicas «que afectan a su contenido primario», a sus «posiciones jurídicas fundamentales», sino también sobre los «criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas», que sean «absolutamente necesarios para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho» (SSTC 184/2012, FJ 4; y 3/2013, FJ 8), tales como el «ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho», las «condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho» o «el marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho» (STC 61/1997, FJ 8), teniendo a tal fin el legislador estatal «un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional» (STC 154/1988, FJ 3)». El TC ya ha reconocido la aplicación de este título competencial en relación con principios rectores directamente relacionados con el del sistema de atención a la dependencia, como son los de los arts. 49 y 50 CE. Así, la STC 33/2014, FJ 4, indica que «es, por tanto, posible promover, a través de la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE, mandatos, no ya genéricos sino específicos, recogidos en la Constitución como son los establecidos en el art. 50 CE, en relación con las personas mayores, o en el art. 49 CE, en relación con las personas discapacitadas; toda vez que se debe entender que los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la Constitución (entre los que se cuentan los recogidos en los citados art. 49 y 50 CE) pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial ex art. 149.1.1 CE.». Y finalmente, la STC 107/2014, FJ 7, recuerda, con cita de la STC 290/2000, FJ 14, que «junto a la normación, como aspecto esencial del art. 149.1.1 CE, las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igual-

dad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional». Desde esa perspectiva general pasará el TC a resolver las impugnaciones planteadas. En relación con el art. 22.3 que modifica el apartado 1 del art. 9 L 36/2006 se ha cuestionado por la Generalitat de Cataluña su último inciso, según el cual *«la asignación del nivel mínimo a las comunidades autónomas se realizará considerando el número de beneficiarios, el grado de dependencia y la prestación reconocida».* Los dos nuevos criterios de asignación de la financiación estatal son los relativos al número de beneficiarios y la prestación reconocida, si bien lo realmente cuestionado es que en la distribución de los créditos de los presupuestos generales del Estado a transferir a las Comunidades Autónomas para la financiación del nivel mínimo de atención a la dependencia se vaya a tener en cuenta el criterio de la prestación reconocida, pues la demanda admite que dicha aportación estatal ya tiene en cuenta el otro criterio que ahora aparece en la norma relativo al número de beneficiarios; es decisión del TC que la impugnación se ha de desestimar. El Estado es competente para determinar los criterios en virtud de los cuales se distribuye la financiación para atender el denominado nivel mínimo que le corresponde garantizar, en tanto que núcleo prestacional uniforme en todo el Estado. El considerar como criterio de reparto, además del grado de dependencia y del número de beneficiarios, el relativo al número y tipo de prestaciones que efectivamente reciben los beneficiarios, no supone sino ponderar el gasto que suponen unas prestaciones frente a otras, de manera que así la financiación estatal, garantía del ejercicio del derecho, consigue aproximarse al coste efectivo de la atención prestada, en el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del sistema de atención a la dependencia, en función de su grado de dependencia y de los servicios que precisen. Tampoco puede aceptarse la afirmación de que este nuevo criterio de reparto va a condicionar las competencias autonómicas en esta materia de asistencia social, ya que conforme a los arts. 27 y 28 de la Ley 39/2006, el reconocimiento del derecho exige la previa valoración de la situación de dependencia mediante un dictamen del correspondiente órgano autonómico; la adopción de dicho criterio ya se contiene en el acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia de 10 de julio de 2012, hecho público por resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad («BOE» de 3 de agosto), en el que, además, se señala que para evitar desequilibrios demasiado intensos y acelerados en la financiación de unas Comunidades Autónomas respecto a otras, el reparto del nivel mínimo evolucionará progresivamente a lo largo de cinco años. Por lo que se refiere a la impugnación del segundo grupo de preceptos (arts. 22.1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 y la disposición transitoria octava del Real Decreto-ley 20/2012) si bien el único relevante es el art. 22.11, que modifica los tres primeros apartados del art. 27 de la Ley 39/2006, relativo a la valoración de la situación de dependencia; lo que se cues-

tiona es el último inciso del artículo 27.1 según el cual «[e]l consejo territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público», pues, según la demanda, «la determinación unilateral por parte del Estado de unas reglas comunes, para regular aspectos relativos a la composición y a la actividad de los órganos adscritos a la Administración pública de la Generalitat en materia de servicios sociales, excede del ámbito reservado al Estado en el artículo 149.1.1 de la Constitución para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Sin perjuicio de que pudiera considerarse que la fijación de los criterios mínimos que deben regir el reconocimiento del derecho y la valoración de la dependencia encajan en el concepto condiciones básicas al que se refiere el art. 149.1.1 CE, por tratarse de una delimitación del marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho, resulta que, frente a lo sostenido por la Generalitat de Cataluña, la determinación de tales criterios de composición y actuación no corresponde al Estado sino al Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, máximo exponente de los mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas que diseña la Ley 39/2006; en definitiva, corresponde al citado órgano garantizar una cierta homogeneidad en la composición y actuación de estos órganos en el conjunto de las Comunidades Autónomas, que, a su vez, deberán regular, conforme a dichos criterios, la composición y régimen de actuación de los órganos de valoración en su territorio; siendo de toda evidencia que no concurre aquí la supuesta determinación unilateral por el Estado de los criterios relativos a la composición y a la actividad de los órganos de valoración, lo que conduce derechamente a la desestimación de la queja planteada. Tampoco puede ser estimado el argumento general que plantea la Generalitat de Cataluña que considera que la suspensión de la financiación estatal al denominado segundo nivel de protección, aspecto que, en todo caso, se sitúa extramuros del presente proceso, ha supuesto la ruptura unilateral del marco de cooperación en el que se basaba la Ley 39/2006 lo que, a su vez, determina, que «una vez el Estado ha roto unilateralmente el marco de cooperación, no puede seguir manteniendo en los mismos términos la regulación del sistema de atención a la dependencia» y, por otra parte, la imposición a la Comunidad Autónoma de una nueva obligación de gasto derivada de lo dispuesto en el segundo inciso del art. 32.3 de la Ley 39/2006 («la aportación de la Comunidad Autónoma será, para cada año, al menos igual a la de la Administración General del Estado como consecuencia de lo previsto en este apartado y en el anterior»). Este planteamiento no puede ser aceptado pues supone confundir el plano de la disposición de fondos estatales con el de la delimitación de competencias en materia de dependencia. En relación con la impugnación de los apartados 7, 8 y 9 del artículo 22, por entender que exceden del contenido que puede establecer el Estado *ex art.* 149.1.1. CE. El artículo 22.7

modifica el art. 19 de la Ley 39/2006 para establecer que la prestación económica de asistencia personal pueden percibirla personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados, cuando anteriormente sólo podían percibirla las personas con gran dependencia. El art. 22.8 reforma el art. 23 de la Ley 39/2006 para exigir que la prestación de los servicios de ayuda a domicilio relacionados con la atención de necesidades domésticas o del hogar, como limpieza, lavado, cocina y otros, sólo puedan prestarse conjuntamente con los que se reconozcan de atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria. Finalmente, el art. 22.9 introduce un nuevo art. 25 *bis* de la Ley 39/2006, relativo al régimen de incompatibilidad tanto de las prestaciones económicas como respecto a los servicios para la atención de las situaciones de dependencia. La queja que se formula respecto a estos tres preceptos es la misma por cuanto la demanda entiende que no encuentran cobertura en el art. 149.1.1 CE. En cuanto al primero de ellos ha de señalarse, en primer lugar, que para poder obtener el reconocimiento de los derechos por ella contemplados, la Ley 39/2006 exige que los potencialmente interesados se encuentren en situación de dependencia y, más específicamente, en alguno de los grados legalmente establecidos [art. 5.1 a) de la Ley 39/2006]. En dicho contexto el precepto habilita para que una determinada prestación económica, la de asistencia personal, pueda ser reconocida a todas las personas en situación de dependencia con independencia de su grado. Es claro que la ampliación del campo subjetivo de esta prestación que ha introducido la reforma del art. 19 de la Ley 39/2006 no vulnera el art. 149.1.1 CE, en la medida que determinar los posibles beneficiarios de las prestaciones del sistema forma parte de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en relación con el acceso a las prestaciones del sistema de atención a la dependencia que al Estado corresponde establecer. En cuanto al artículo 22.8 es posible apreciar que con la regulación del art. 23 de la Ley 39/2006 el Estado pretende de este modo que existan las mismas modalidades de protección a las personas en situación de dependencia regulando la doble dimensión del servicio de ayuda a domicilio y expresando un criterio de preferencia de unos servicios, los relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria, frente a los relativos a la atención de las necesidades domésticas o del hogar de manera que no puedan prestarse los unos sin los otros. La decisión estatal no excluye ni que las Comunidades Autónomas puedan establecer servicios adicionales (art. 8.2 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, establecidas en la Ley 39/2006) ni que puedan excepcionalmente decidir que se prestan de forma separada (último inciso del art. 23 de la Ley 39/2006 y art. 8.5 del Real Decreto 1051/2013). Por lo que se refiere a la tercera regla de incompatibilidad de prestaciones del nuevo art. 25 *bis* de la Ley 39/2006 se establece que todas las prestaciones económicas del sistema (vinculada al servicio, cuidado familiar y asistencia personal) serán incompatibles

entre sí y con los servicios del catálogo y lo mismo sucede con los servicios entre sí con la única excepción del servicio de teleasistencia que será compatible con las prestaciones de servicios de ayuda a domicilio y centros de día y de noche. Es posible apreciar que con esta regulación el Estado fija una regulación unitaria tanto de la intensidad como de la compatibilidad de prestaciones que cumple la función de garantizar un mínimo uniforme en el sistema de atención a la dependencia que puede ser considerado un parámetro que regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho, evitando así que se generen situaciones de desigualdad relevantes. Por lo que se refiere al artículo 22.13, disposición adicional séptima, disposición transitoria novena y final primera se impugnan conjuntamente en la medida que la demanda considera que las reformas que introducen estos preceptos en relación con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales prevista en el art. 18 de la Ley 39/2006 produce el efecto de desincentivar el uso de esta prestación, condicionando así el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de servicios sociales; considera el TC que ya que la alegación de que las modificaciones normativas que ahora se examinan persiguen desincentivar el uso de esta prestación, calificada de excepcional por la Ley 39/2006 (arts. 14.4 y 18), supone formular un juicio respecto a las intenciones del legislador de urgencia que no puede examinarse en esta sede; considera el TC que el art. 22.13 modifica el art. 29.1 de la Ley 39/2006, relativo al programa individual de atención que han de establecer los servicios sociales correspondientes para determinar las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades del dependientes de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado, estableciéndose la participación del beneficiario o de su familia o entidades tutelares que le representen, mediante la consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas. En realidad lo que la reforma del art. 29.1 de la Ley 39/2006 hace es limitar las posibilidades de elección de aquellos, pues respetando la consulta a los mismos, fija que la determinación de la prestación económica corresponde ahora a la Administración; será criterio del TC que tampoco es posible apreciar aquí el condicionamiento de las competencias autonómicas al que se alude en la demanda, por cuanto el reconocimiento de la prestación corresponde a la Administración autonómica. Por la misma razón tampoco las normas contenidas en la disposición adicional séptima, disposición transitoria novena y final primera vulneran las competencias autonómicas pues en ningún caso afecta a la facultad de la Comunidad Autónoma para reconocer esta prestación caso de estimarla procedente, de suerte que no es posible estimar la queja que se plantea centrada en lo que se considera una limitación para que la Comunidad Autónoma reconozca dicha prestación. Restan por examinar las impugnaciones del artículo 22.17 y de las disposiciones transitoria décima, undécima y duodécima.1. En ellas se plantean tres cuestiones distintas que han de tratarse por separado. La primera es la que

plantea el artículo 22.17, relativo a las modificaciones introducidas en el calendario de aplicación progresiva de la Ley 39/2006; el segundo aspecto a analizar es el relativo a la definición de las cuantías máximas de las prestaciones económicas así como de la intensidad de protección del servicio de ayuda a domicilio que se contienen en las disposiciones transitoria décima y duodécima.1 y el tercero es el relativo a la aportación de la Administración general del Estado para la financiación del nivel mínimo de protección fijado en la disposición transitoria undécima. Comenzando por la relativa a las modificaciones en el calendario de aplicación de la Ley 39/2006, tales modificaciones, introducidas en el apartado 1 de la disposición final primera de la Ley 39/2006, consisten en determinar que la efectividad del derecho a las prestaciones de las personas valoradas en el grado I, nivel 2, que no la tuvieran reconocida antes del 1 de enero de 2012, se realizará a partir del 1 de julio de 2015 mientras que la efectividad del derecho a las prestaciones de las personas valoradas en el grado I, se realizará a partir del 1 de julio de 2015. No es esta la primera vez que se modifica este apartado 1 de la disposición final primera de la Ley 39/2006, sobre la aplicación progresiva de la Ley, pues ya había sido previamente reformado, por la disposición final octava de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el 2012, objeto, entre otros, del recurso de inconstitucionalidad núm. 1743-2013, también interpuesto por la Generalitat de Cataluña. La queja que se formula es la misma, la invasión de la competencia autonómica en materia de servicios sociales reconocida en el art. 166 EAC, dado que impone una pauta temporal sobre la actividad de la Comunidad Autónoma que no encontraría cobertura en el art. 149.1.1 CE. La queja no puede ser estimada. La determinación de un calendario de efectividad del reconocimiento de las situaciones de dependencia y del consiguiente acceso a las prestaciones y servicios del sistema de atención a la dependencia se configura como uno de los elementos básicos, en este caso temporales, que determina el nacimiento y la efectividad de dichas prestaciones, suponiendo un presupuesto necesario y esencial para el ejercicio del derecho que forma parte de las condiciones básicas que al Estado *ex art.* 149.1.1 CE corresponde garantizar mediante la uniformidad temporal y, con ello, la coordinación en la aplicación de la ley; esta previsión participa del objetivo de afianzar «*las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales*» lo que justifica la apelación a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, que constituye un instrumento fundamental para garantizar la homogeneidad en el ejercicio de los derechos en todo el territorio nacional. (STC 162/2013, FJ 5, allí por referencia al calendario aplicativo de la legislación educativa). En lo relativo a la definición de las cuantías máximas de las prestaciones económicas así como de la intensidad de protección del servicio de ayuda a domicilio que se contienen en las disposiciones transitoria décima y duodécima.1, las tachas que formula la Generalitat de Cataluña a estos preceptos son dos. La vulneración del art. 166 EAC, tanto

por la determinación de las cuantías máximas de prestaciones y servicios como por la habilitación al Gobierno para su fijación reglamentaria, y la afectación a la autonomía financiera de la Comunidad Autónoma por lo que se considera sobrecoste en las prestaciones y servicios asistenciales consecuencia de la suspensión estatal de los preceptos de la Ley 39/2006 que regulaban la aportación estatal al nivel de protección acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Comenzando por esta segunda queja es claro que la misma no puede ser estimada en cuanto que aun cuando la afectación a la autonomía financiera en que se basa se hubiera realmente producido, lo cierto es que la propia demanda no la imputa a los preceptos ahora impugnados sino a aquellos que han determinado la suspensión en la vigencia y aplicación de la financiación estatal al denominado nivel acordado de protección de la dependencia, los cuales no forman parte del presente proceso; respecto a la vulneración de las competencias autonómicas, es posible apreciar que ninguno de los dos aspectos, la determinación de la intensidad de los servicios y la cuantía máxima de las prestaciones económicas a reconocer, son novedosos, sino que, por el contrario, formaban parte del sistema de atención a la dependencia desde sus inicios; será criterio del TC que la intensidad se refiere a determinar los servicios concretos que corresponden a cada grado de dependencia y a determinar el contenido prestacional de cada uno de los servicios asistenciales y la extensión y duración de los mismos según ese grado de dependencia; según el art. 8.2 b) de la Ley 39/2006, corresponde al consejo territorial de servicios sociales y del sistema para la autonomía y atención a la dependencia establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios, extremo que, para el ahora cuestionado servicio de ayuda a domicilio, se llevó a cabo en el punto 2.2 del ya mencionado acuerdo del Consejo Territorial de 10 de julio de 2012, limitándose la norma ahora cuestionada a incorporar dicho criterio, que, por lo demás, también ha sido reproducido en el anexo II del también citado Real Decreto 1051/2013; por lo que se refiere a la determinación de las cuantías máximas debe recordarse que corresponde al aludido Consejo Territorial la función de acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas previstas [art. 8.2 c) en relación con el art. 20 y disposición adicional primera de la Ley 39/2006]; de nuevo, como en la forma prevista para la intensidad del servicio, el Estado garantiza, mediante la determinación de tales cuantías máximas, la uniformidad en el reconocimiento de las tres prestaciones económicas que integran el sistema de atención a la dependencia. Considera el TC que cuanto ha expuesto le lleva a desestimar la queja relativa a la habilitación al Gobierno para la determinación de ambas cuestiones, pues el art. 10.3 de la Ley 39/2006 dispone que el Gobierno, mediante Real Decreto, aprobará los criterios establecidos por el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para determinar la intensidad de protección de los servicios y la compatibilidad entre los mismos. Asimismo, el art. 20 de la Ley 39/2006 establece que

las cuantías de las prestaciones económicas, una vez acordadas por el Consejo Territorial, serán aprobadas por el Gobierno mediante Real Decreto, marco normativo en el que las referencias que las dos disposiciones impugnadas contienen a la regulación reglamentaria cobra su pleno sentido. Por último, la disposición transitoria undécima se refiere, en sus dos apartados, a la aportación de la Administración general del Estado para la financiación del nivel mínimo de protección previsto en el art. 9 de la Ley 39/2006, esto es, la cantidad económica que, según el grado de dependencia, la Administración general del Estado aporta a la financiación del sistema por cada beneficiario reconocido como dependiente. La Generalitat no cuestiona que el Estado pueda cuantificar su aportación económica al denominado nivel mínimo del sistema de atención a la dependencia pero alega que se ha determinado unilateralmente por el Estado y que la Comunidad Autónoma, para mantener las prestaciones en el nivel adecuado, debe incrementar su aportación de recursos para cubrir su coste, con el consiguiente quebranto de su autonomía financiera. El art. 9 de la Ley 39/2006 dispone que la determinación del nivel mínimo de protección financiado por el Estado para cada uno de los beneficiarios del sistema es acordado por el Gobierno, como condición básica de garantía del derecho. Desde la perspectiva competencial debemos entender que, efectivamente, el Estado puede cuantificar su aportación al sistema de atención a la dependencia, porque la fijación del mínimo estatal no predetermina la cuantía de cada prestación, razón por la cual se mantiene en los términos en que lo habilita la Constitución Española *ex* art. 149.1.1 CE; el examen de la queja planteada obliga al TC a advertir que el art. 32.3 de la Ley 39/2006, segundo párrafo, únicamente exige que la aportación autonómica sea, al menos igual a la de la Administración general del Estado, en el segundo nivel de protección, lo que implica que, suspendidos los convenios mediante los que se financiaba ese segundo nivel, la aportación autonómica en aplicación de dicho precepto no es ya obligatoria, por lo que, al menos en teoría, la reducción de la aportación estatal es susceptible de producir el correlativo efecto de reducción de la aportación autonómica, sin que, por esa vía, se produzca irremediamente un incremento de gasto autonómico; sobre la denunciada falta de participación autonómica, mediante la intervención del entonces existente Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en la decisión estatal el TC señalará que, como ya con anterioridad estableció en la STC 31/2010, FJ 111) la participación autonómica habrá de ser regulada por la legislación estatal, sin que pueda sustanciarse respecto de los órganos decisorios del Estado ni impedir o menoscabar el libre y pleno ejercicio de las competencias estatales. De acuerdo con ello es necesario advertir que la determinación del nivel mínimo financiado por el Estado no forma parte de las funciones de dicho órgano, conforme al art. 8 de la Ley 39/2006, sino que, según el artículo 9, esa decisión corresponde al Gobierno, oído el mencionado Consejo Territorial y ha de fijarse en la Ley de presupuestos

generales del Estado. En suma, por todo lo expuesto, el legislador estatal no ha rebasado el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que inevitablemente condicionan la adecuación y actualización del sistema de atención a la dependencia, cuyo nivel de cobertura se ve condicionado por las disponibilidades financieras, por lo que no queda sino rechazar la queja que se plantea. Pasará el TC a examinar la controversia competencial que se traba en relación con el art. 27 del Real Decreto-ley 20/2012, al que se le reprocha la vulneración de las competencias autonómicas en materia de comercio interior; la demanda plantea la inconstitucionalidad de los arts. 27.1 y 4, que modifican el art. 3 y la disposición adicional primera de la Ley 1/2004, que tienen por objeto la determinación del horario global semanal en el que los comercios podrán desarrollar su actividad; igualmente se cuestiona el régimen de domingos y festivos de apertura que deriva de los arts. 27.2 y 5, que dan nueva redacción al art. 4 y a la disposición adicional segunda de la citada Ley 1/2004, así como, por conexión con ellos, la disposición transitoria decimocuarta, párrafo primero, y la disposición final tercera del Real Decreto-ley 20/2012. Finalmente se controvierte el art. 27.3, en cuanto modifica el art. 5 de la Ley 1/2004 para regular los establecimientos con régimen especial de horarios así como para fijar criterios para la determinación de las zonas de gran afluencia turística por parte de las Comunidades Autónomas; aspecto por el que se impugnan, por conexión, la disposición adicional undécima y anexo así como la disposición final segunda del Real Decreto-ley 20/2012; considera el TC que el título V de la propia norma, en el que se inserta el art. 27, «*se dicta al amparo del art. 149.1.13 de la Constitución que atribuyen al Estado la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*». Tratándose de una disputa de naturaleza competencial debemos, en primer lugar, encuadrar la cuestión discutida en la materia que le sea propia que, en el presente supuesto, no es otra que la del comercio interior en la que, conforme a nuestra doctrina, se integran los horarios comerciales (por todas, STC 88/2010, FJ 2); por lo que hace a la determinación de las competencias autonómicas en esta materia considera el TC que ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 121.1 c) EAC, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de comercio y ferias, lo que incluye «*la regulación de los horarios comerciales respetando en su ejercicio el principio constitucional de unidad de mercado*». Previsión estatutaria sobre la que ya se pronunció el TC en la STC 31/2010, señalando (FJ 68) que: «*en cuanto al apartado 1 c) del art. 121 EAC, que atribuye a la Generalitat «la regulación de los horarios comerciales respetando en su ejercicio el principio constitucional de unidad de mercado*», la demanda considera que el precepto resultaría inobjetable si en su enunciado se entendiera salvaguardada la competencia estatal del art. 149.1.13 CE; la regulación de los horarios comerciales se encuadra en la materia de comercio interior, debiendo la competencia autonómica cohonestarse con la competencia que al Estado atribuye el art. 149.1.13 CE (STC 254/2004, FJ 7

y las allí citadas); se recuerda que es doctrina del TC que no es preciso que los preceptos estatutarios salvaguarden las competencias del Estado que el art. 149.1 CE proclama, el art. 121.1.c) EAC no impide ni menoscaba el ejercicio de la competencia estatal del art. 149.1.13 CE, por lo que la impugnación debe ser desestimada; el TC ya ha afirmado que es posible que, en relación con el comercio interior, incidan competencias estatales y en tal sentido hemos recordado en la STC 88/2010 (FJ 2), con cita de decisiones anteriores, que: «a partir de este encuadramiento material hemos dicho en la STC 284/1993, de 30 de septiembre, que sobre el comercio interior pueden incidir las competencias básicas del Estado previstas en el art. 149.1.13 CE, si bien cada Comunidad Autónoma, dentro de su ámbito territorial, podrá ejercer las competencias de desarrollo normativo y/o ejecución, según lo establecido en el respectivo Estatuto en materia de comercio interior [STC 284/1993, FJ 4 a), con remisión a la STC 225/1993]». Así centrada la cuestión queda reducida a dilucidar si el Estado, al dictar las reglas impugnadas contenidas en el art. 27 del Real Decreto-ley 20/2012, con el carácter de norma básica *ex* art. 149.1.13 CE que le atribuye la disposición final cuarta, se ha atenido a un ejercicio adecuado de sus competencias o, por el contrario, ha incurrido en un exceso competencial vulnerador de las competencias autonómicas en materia de comercio interior; considera el TC que el artículo 27 es un precepto formalmente básico, pues con tal carácter se proclama en la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 20/2012, lo que hemos ahora de dilucidar es si aquel puede ser considerado, también, como materialmente básico; a tal fin trae el TC su doctrina según la cual «el ámbito de lo básico, desde la perspectiva material, incluye las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material» (STC 14/2004, de 13 de febrero, FJ 11, con cita de otras). Por lo que se refiere a los arts. 27.1 y 4, recuerda el TC que el apartado 1 modifica el art. 3.1 de la Ley 1/2004 y establece que el horario global en el que los comercios pueden desarrollar su actividad en días laborables no puede ser restringido por las Comunidades Autónomas a menos de 90 horas; el apartado cuatro, modificando la disposición adicional primera de la Ley 1/2004, dispone que, en el caso de que las Comunidades Autónomas no hagan uso de esta facultad, se entenderá que los comerciantes disponen de plena libertad horaria. La intervención estatal *ex* art. 149.1.13 CE en la regulación de los horarios comerciales ya ha sido reconocida por doctrina del TC por su carácter «particularmente relevante en la ordenación de la actividad comercial minorista, rama o sector de la economía nacional respecto a la cual el Estado puede, conforme a nuestra doctrina, establecer medidas básicas en cuanto lo requiera la adecuada ordenación de la actividad económica» (STC 88/2010, FJ 5, reiterado en la STC 26/2012, FJ 7). Cuando la intervención estatal ha consistido en establecer un régimen de libertad total de las empresas para la fijación de los horarios, la JTC ha considerado que no requería ulteriores desarrollos legislativos porque comportaba una desregu-

lación legal en esta materia que no producía un vaciamiento de la competencia autonómica de comercio interior en la medida en que esta posee un ámbito más extenso y la decisión estatal afectaba únicamente a una materia o subsector específico, el relativo al régimen de horarios comerciales (SSTC 225/1993, FJ 3; 264/1993, FJ 3; 284/1993, FJ 4, y 140/2011, FJ 4). Igualmente se ha considerado básico por el TC *ex art. 149.1.13 CE* un régimen de horarios comerciales fijado por el Estado en el que se impedía que el horario global semanal pudiera restringirse a menos de 72 horas, correspondiendo al propietario, dentro del respeto al límite semanal, determinar el horario diario de apertura y cierre del establecimiento (STC 26/2012, FJ 7); se recuerda un principio general que sienta la misma STC 26/2012, FJ 7, según el cual *«la aplicación de nuestra doctrina en relación con el art. 149.1.13 CE en lo que específicamente respecta a los horarios comerciales [al respecto, STC 225/1993, FJ 4 b) in fine] permite sostener que la regulación de los horarios globales semanales no supone sino el establecimiento de unas directrices o criterios globales que cumplen, dado su carácter de condiciones mínimas y comunes, los parámetros constitucionales para su consideración material de norma básica, en tanto que la misma encierra una serie de objetivos de política económica aplicables a un sector de gran trascendencia en nuestra economía como es el de la distribución comercial»*. En el caso que ahora se examina el Estado, en el ejercicio de sus competencias *ex art. 149.1.13 CE* ha decidido que, para la consecución de los objetivos básicos que persigue, resulta preciso establecer un régimen de más amplia liberalización de horarios, lo que, conforme a la doctrina que hemos expuesto, no resulta contrario al orden constitucional de distribución de competencias, debiendo aquí cesar nuestro enjuiciamiento, pues no corresponde a este Tribunal pronunciarse acerca de si la norma va a conseguir o no los objetivos de política económica perseguidos; la desestimación de la queja planteada respecto al artículo 27.1 conlleva la del artículo 27.4 en la medida en que la norma establece simplemente una consecuencia para el caso de falta de ejercicio de las competencias autonómicas en materia de comercio en el subsector de los horarios comerciales, de modo que no impone una libertad horaria –que sería conforme con el orden competencial, de acuerdo con la doctrina antes citada– sino que permite que las Comunidades Autónomas opten por ella en el caso de que decidan no utilizar las posibilidades de regulación que derivan de la norma estatal. Por lo que se refiere a la controversia acerca del régimen de domingos y festivos de apertura que deriva de los artículos 27.2 y 5, que dan nueva redacción al artículo 4 y a la disposición adicional segunda de la citada Ley 1/2004, así como, por conexión con ellos, de la disposición transitoria decimocuarta, párrafo primero, y la disposición final tercera del Real Decreto-ley 20/2012. Considera el TC que el artículo 27.2 determina que el número mínimo de domingos y días festivos en los que los comercios podrán permanecer abiertos al público será de dieciséis, si bien las Comunidades Autónomas podrán modificar dicho número en atención a sus necesidades comerciales, incrementándolo o reduciéndolo, sin que en ningún caso se pueda

limitar por debajo de diez el número mínimo de domingos y festivos de apertura autorizada, cuyo horario concreto de apertura será determinado libremente por cada comerciante. Igualmente se fijan los criterios que deberán tenerse en cuenta por las Comunidades Autónomas para determinar los concretos domingos y festivos de apertura en su territorio. La Generalitat controvierte tanto la fijación por el Estado del número de domingos y festivos de posible apertura de los establecimientos comerciales (arts. 4.1 y 2 de la Ley 1/2004) como el establecimiento de criterios para su determinación (art. 4.5 de la Ley 1/2004). Ambas quejas se desestiman. El punto de partida del régimen establecido en el art. 27.2 del Real Decreto-ley 20/2012, al modificar el art. 4 de la Ley 1/2004, es el del reconocimiento de las competencias autonómicas para determinar los domingos o días festivos en los que podrán permanecer abiertos al público los comercios (apartado 4), respetando el mínimo anual (señalado en los apartados 1 y 2); por lo que se refiere a la fijación por el Estado de un número de festivos hábiles para el ejercicio de la actividad comercial, debemos remitirnos a la STC 26/2012, FJ 8, en la que quedó señalado que *«teniendo presentes los objetivos que persigue la regulación estatal en materia de horarios comerciales, relacionados con la necesidad de “promover unas adecuadas condiciones de competencia en el sector, contribuir a mejorar la eficiencia en la distribución comercial minorista [y] lograr un adecuado nivel de oferta para los consumidores” es de apreciar que tales circunstancias determinan el carácter materialmente básico de la norma estatal, en la medida en que tal decisión no es indiferente, en cuanto estimulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dicho sector comercial, lo que justifica que puede ser adoptada por el Estado en atención a su incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general y la comercial en particular»*. Por otra parte, la opción legislativa estatal supone el establecimiento de normas básicas en lo relativo a la intervención administrativa en la fijación de los horarios comerciales cuya concreción requiere de la actuación autonómica, para, respetando el mínimo estatal, fijar el número y determinación concreta de los festivos de apertura autorizada, lo que permite excluir la vulneración que se denuncia. Considera el TC que la desestimación de esta queja lleva consigo a la del artículo 27.5, que modifica la disposición adicional segunda de la Ley 1/2004, pues la plena libertad de apertura en domingos y festivos es una opción a disposición de la Comunidad Autónoma para el caso de que decida no ejercer las posibilidades de regulación que le ofrece la norma estatal. La nueva redacción del art.4.5 de la Ley 1/2004, establece un régimen mínimo de regulación en materia de apertura de comercios en domingos y festivos, mínimo que, una vez respetado, permite a las Comunidades Autónomas determinar el número y los concretos días de apertura, respondiendo así, en cuanto tiene por finalidad fijar las bases de la regulación en la ordenación de la actividad comercial, a un adecuado ejercicio de las competencias estatales del art. 149.1.13 CE, tal como ya quedó dicho en la STC 150/2015, FJ 10. Asimismo se desestiman las impugnaciones de la disposición transitoria decimocuarta, párrafo primero, y la disposición final

tercera del Real Decreto-ley 20/2012 en la medida en que se formulaban por conexión con aquellas relacionadas con preceptos que ya hemos considerado conformes con el orden constitucional de distribución de competencias. Por último se controvierte el art. 27.3, en cuanto modifica el art. 5 de la Ley 1/2004 para regular los establecimientos con régimen especial de horarios así como para fijar criterios para la determinación de las zonas de gran afluencia turística por parte de las Comunidades Autónomas, aspecto por el que se impugnan, por conexión, la disposición adicional undécima y anexo así como la disposición final segunda del Real Decreto-ley 20/2012. En cuanto al primero de los aspectos discutidos la Generalitat de Cataluña cuestiona que la nueva regulación del artículo 5 en lo relativo a los establecimientos que gozan de libertad horaria supone el vaciamiento de la competencia autonómica en la materia. Tacha que no puede ser apreciada, pues, en la medida en que se establece una desregulación para determinados tipos de establecimientos es aplicable la doctrina de la STC 140/2011, FJ 4, en la que se consideró, en relación a determinados establecimientos que resultaba *«legítimo que el Estado, por consecuencia, establezca un régimen homogéneo de libertad para todo el territorio nacional, de modo que el empresario decida el régimen de horarios que en cada caso resulta más conveniente para la atención de dicha demanda; legitimidad que no resulta enervada porque en este caso, a diferencia de otras regulaciones de la misma ley, no quepa intervención normativa de las Comunidades Autónomas»*. La queja sobre la delimitación de las circunstancias por las que determinados lugares (municipios o partes de los mismos) deben ser considerados como *«zonas de gran afluencia turística»* ha de ser desestimada en aplicación de la doctrina de la STC 156/2015, FJ 10; según la cual *«la ley estatal establece, también, un régimen mínimo de regulación en materia de determinación de zonas de gran afluencia turística, pues, con sujeción al mismo las Comunidades Autónomas pueden, también, añadir otras zonas con dicha calificación, haciendo uso de la circunstancia contenida en la letra g) del apartado 4. En efecto, hay que señalar que el precepto permite a las Comunidades Autónomas, no sólo determinar las que deban considerarse como tales, teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en las letras a) a f) del apartado 4, pero, a las anteriores, podrán añadir, también, otras zonas de gran afluencia turística cuando, como establece la letra g), la respectiva Comunidad autónoma aprecie que concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen»*, lo que hace que *«la relación de los presupuestos que delimitan el concepto de “zonas de gran afluencia turística” no constituyan un catálogo taxativo y cerrado, sino un conjunto de mínimos a los que la Comunidad Autónoma pueda añadir otras circunstancias adicionales de carácter especial que justifiquen tal determinación»* Igualmente, en la misma sentencia y fundamento jurídico ya se señaló que *«en el caso del apartado 5 del art. 5, se establece que, cuando concurren las circunstancias que el propio apartado prevé (tratarse de municipios con más de 200.000 habitantes que hayan registrado más de 1.000.000 de pernoctaciones en el año inmediatamente anterior o que cuenten con puertos en los que operen cruceros turísticos que hayan recibido en el año inmediato anterior más de 400.000 pasajeros), se declarará al menos una zona de gran afluencia turística, permitiendo, así que las Comunidades*

Autónomas puedan establecer zonas adicionales aplicando los criterios previstos en el apartado 4 del propio precepto». Se trata, por tanto, de reglas que cumplen «dado su carácter de condiciones mínimas y comunes, los parámetros constitucionales para su consideración material de norma básica, en tanto que la misma encierra una serie de objetivos de política económica aplicables a un sector de gran trascendencia en nuestra economía como es el de la distribución comercial», sin que las normas sean tan exhaustivas o minuciosas «que agoten la regulación de la materia, sino que establecen un minimum sobre el que la Comunidad Autónoma pueda establecer una normativa adicional en el ejercicio de sus competencias». Es criterio del TC que la desestimación de la tacha formulada contra los art. 5.4 y 5.5 de la Ley 1/2004, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 20/2012 lleva consigo la desestimación del recurso respecto a la disposición adicional undécima y anexo y disposición final segunda del Real Decreto-ley 20/2012 en la medida que tales impugnaciones estaban conectadas a la principal. Restan por examinar las quejas que se formulan al artículo 28,f pues la disposición transitoria decimocuarta, párrafo segundo, que se relaciona con aquel, queda excluida del enjuiciamiento, en la medida en que la demanda únicamente alude al contenido del precepto, pero no a las razones por las que vulneraría las competencias autonómicas, incumpliendo así la carga alegatoria que pesa sobre el recurrente. En consecuencia la impugnación se circunscribe al artículo 28, que modifica determinados preceptos de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, afectando a la normativa reguladora de todo tipo de actividades de promoción de ventas, es decir, rebajas, saldos, liquidaciones o cualquier otra oferta promocional destinada al incremento de las ventas; a tal fin introduce reformas en aquellos preceptos del título II de la citada Ley 7/1996, que se refieren al régimen de promoción de ventas (artículos 18, 20, 25, 26, 27, 28 y 31). El apartado 1 añade un apartado 4 al art. 18 de la Ley 7/1996, a fin de permitir que en un mismo comercio puedan simultanearse las actividades de promoción de ventas, excepto la venta por liquidación, teniendo la consideración de actividades de promoción de ventas las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa (artículo 18.1). El apartado 2 incorpora un nuevo apartado 3 al artículo 20 intitulado «constancia de la reducción de precios» para disponer que en ningún caso pueden condicionarse las actividades de promoción de ventas a la existencia de una reducción porcentual mínima o máxima. El apartado 3 modifica el art. 25 de la Ley 7/1996, que fijaba las temporadas de rebajas y su duración, para establecer que cada comerciante podrá decidir libremente los periodos de rebajas y su duración. El apartado 4 dispone que los artículos de rebajas deberán haberse incluido con anterioridad en la oferta habitual de ventas, suprimiendo los requisitos anteriormente fijados en el art. 26.1 de la Ley 7/1996. La modificación introducida por el apartado 5 se limita a añadir al art. 27 de la Ley 7/1996 el inciso «los artículos que vayan a comerciarse como en productos en promoción podrán adquirirse con este exclusivo fin», a la redacción

anterior que establecía que «los productos en promoción no podrán estar deteriorados, ni tampoco ser de peor calidad que los mismos productos que vayan a ser objeto de futura oferta ordinaria a precio normal». El apartado 6 da nueva redacción al art. 28 de la Ley 7/1996, relativo a la definición de la venta de saldos, suprimiendo su apartado 3, que establecía que «tampoco cabe calificar como venta de saldos aquella en que los productos no pertenecieran al comerciante seis meses antes de la fecha de comienzo de este tipo de actividad comercial, excepción hecha de los establecimientos dedicados específicamente al referido sistema de venta». Finalmente el apartado 7 modifica el artículo 31, estableciendo, en el apartado 1, que la duración máxima de la venta en liquidación debe ser de un año y en el apartado dos, que «no procederá efectuar una nueva liquidación en el mismo establecimiento de productos similares a la anterior en el curso de los tres años siguientes, excepto cuando esta última tenga lugar en ejecución de decisión judicial o administrativa, por cesación total de la actividad o por causa de fuerza mayor». La Generalitat de Cataluña considera que las modificaciones del art. 28 del Real Decreto-ley 20/2012, todas ellas dirigidas a liberalizar las ventas promocionales, no tienen la incidencia en la actividad económica requerida para justificar su amparo en el art. 149.1.13 CE, ni tampoco encuentran fundamento en el art. 149.1.6 CE, sino que, por el contrario, se trata de medidas relacionadas con la defensa de los consumidores y usuarios y con la regulación administrativa de las ventas promocionales, extremos ambos de competencia autonómica conforme a los arts. 121.1 y 123 a) EAC. Respecto al encuadramiento competencial de lo aquí discutido, la STC 26/2012, FJ 3, se reitera la anterior doctrina que señala que las competencias autonómicas, tanto en materia de comercio interior como de defensa de consumidores y usuarios, no pueden dejar de atemperarse a la disciplina establecida por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias, lo que significa que las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas han de respetar el legítimo ejercicio de las competencias del Estado relacionadas en el art. 149.1 CE; a la delimitación de competencias en la materia comercio también se refiere la STC 31/2010, FJ 68, con cita de doctrina anterior, en los términos siguientes *«partiendo de la plena eficacia de las competencias estatales concurrentes relacionadas en el art. 149.1 CE, que no requieren de salvaguarda explícita como hemos tenido ocasión de señalar en los fundamentos jurídicos 59 y 64, debemos diferenciar, de un lado, el ámbito de la regulación administrativa de la actividad comercial, es decir, la disciplina de la proyección y alcance jurídico-público de estas ventas (por todas, STC 124/2003, FJ 7), y, de otro, el propio del régimen de derechos y obligaciones específico de las relaciones contractuales privadas. Pues bien, si en el ámbito jurídico-público señalado se proyectan con normalidad las competencias autonómicas, en el jurídico-privado lo hacen las competencias del Estado ex art. 149.1.6 y 8 CE (STC 124/2003, FJ 7). Añadiéndose a los dos ámbitos anteriores un tercer plano que afecta a la defensa de la competencia, es decir a los aspectos atinentes al “régimen de la competencia de los ofertantes” (STC 157/2004, FJ 9), que corresponde disciplinar también al Estado ex*

art. 149.1.13 CE». Asimismo, en materia de consumidores y usuarios, la STC 31/2010, FJ 70, recuerda que «*la materia de defensa de los consumidores es un ámbito de concurrencia competencial de títulos habilitantes diferentes, de manera que la atribución estatutaria de la competencia de carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma no puede afectar a las competencias reservadas por la Constitución al Estado (art. 149.1 CE), que se proyectarán cuando materialmente corresponda (STC 15/1989, de 26 de enero, FJ 1), sin necesidad de que el Estatuto incorpore cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales (fundamentos jurídicos 59 y 64)*»; asimismo recordará el TC que de la doctrina constitucional en torno a las modalidades de venta (por todas, STC 228/1993, FJ 5) ya ha advertido de las dificultades existentes para deslindar, ante una regulación concreta, lo que sea propio del ámbito «*defensa de los consumidores*» y lo que corresponda a la «*defensa de la competencia*», de modo que, como se confirma en resoluciones posteriores (SSTC 157/2004; 106/2009; 4/2011, y 26/2012), en la caracterización competencial de una determinada norma lo relevante será atender al «*objetivo predominante*» de la norma reguladora de una determinada modalidad de venta, con el fin de determinar si el mismo incide en el plano de la situación de las empresas en su actuación en el mercado en relación con otras empresas o más bien en la actuación de la empresa frente a los consumidores. Los preceptos impugnados se afirman dictados al amparo del art. 149.1.13 CE, según reza la disposición final cuarta, pese a que, como hace notar la demanda, en la versión originaria de la Ley 7/1996 tenían carácter supletorio, salvo los arts. 25, 28.1 y 31.2 que se fundamentaban en la competencia exclusiva que el art. 149.1.6 CE atribuye al Estado para regular el Derecho mercantil de la competencia. Realizará el TC dos consideraciones en relación con la trascendencia que tengan los cambios en la calificación competencial de las normas impugnadas: La primera es que el legislador estatal es libre para determinar el título competencial en el que funda sus decisiones, siendo lo único relevante a la hora de determinar la constitucionalidad o no de la normativa controvertida que responda a un legítimo ejercicio de las competencias estatales; la segunda es que, conforme a reiterada doctrina, corresponde en todo caso al TC identificar finalmente el título competencial concreto que ofrezca cobertura a los preceptos impugnados, sin que en dicha tarea se encuentre vinculado por «*las incardinaciones competenciales contenidas en las normas sometidas a su enjuiciamiento*» (STC 144/1985, FJ 1), ni tampoco «*por el encuadramiento competencial que realicen las partes en el proceso*» (por todas, STC 74/2014). El artículo 28.1 tiene como objeto permitir la convivencia de distintas modalidades de venta en un único establecimiento comercial; se trata de un modo de intervención pública que pretende ordenar el mercado, eliminando restricciones existentes en la regulación anterior, que afecta al régimen de competencia entre los ofertantes permitiéndoles el desempeño simultáneo de varias actividades comerciales; se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado y no a la situación del consumidor como destina-

tario de los productos; en consecuencia su aprobación corresponde al ente territorial competente para legislar en el ámbito de la defensa de la competencia, esto es, el Estado en virtud del art. 149.1.13 CE (en un sentido similar, STC 26/2012, FJ 10); apreciará el TC que eso mismo sucede en relación con el artículo 28.2 en cuanto se refiere a los condicionantes necesarios para la puesta en práctica de las actividades de promoción de ventas. Al artículo 28.3, que permite a cada comerciante decidir libremente los periodos de rebajas y su duración, le es aplicable nuestra doctrina según la cual las normas que regulan un marco temporal para el desarrollo de específicas modalidades de ventas, deben considerarse integradas en las normas que velan por la defensa de la competencia (por todas, STC 106/2009, FJ 2), siendo, por tanto, competencia del Estado *ex* art. 149.1.13 CE. Considerará el TC, sin embargo, que son diversos los supuestos de los arts. 28.4 y 5. Ambos contienen disposiciones relativas a los artículos objeto de las ventas en rebajas o de las ventas en promoción o en oferta cuya finalidad principal es la protección de los consumidores que utilicen estas modalidades de venta, haciendo referencia a garantías de autenticidad de los productos objetos de la venta en rebajas para salvaguarda de aquellos, así como estableciendo criterios respecto a los artículos en promoción a fin de evitar engaños o confusiones. Se trata de previsiones jurídico-públicas que atienden fundamentalmente a la situación del consumidor como destinatario de los productos. No forman parte del núcleo normativo que es propio de la figura contractual de la venta en rebajas o de las ventas en promoción o en oferta, ni se sitúan en la defensa de la competencia en el mercado, ni tienen una incidencia significativa en la actividad económica que justifique la invocación del art. 149.1.13 CE. Por el contrario, en tanto que relacionadas directamente con los artículos objeto de las ventas, se inscriben en las competencias autonómicas en materia de comercio interior y protección del consumidor y el usuario; en consecuencia, concluye el TC, el art. 28.4, en cuanto que da nueva redacción al art. 26.1 de la Ley 7/1996, y 5, en la redacción que da al art. 27.2 de la Ley 7/1996, son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucionales y nulos. Afirmará el TC que la conformidad competencial del artículo 28.6 viene dada por la doctrina de la STC 124/2003, FJ 5, en la que ya se declaró que el art. 28.1 de la Ley 7/1996 «*tiene encaje en las competencias estatales en la medida en que delimita el ámbito de la excepción que el art. 14.1 de la propia Ley establece a la prohibición general de las ventas a pérdida. En efecto, el citado precepto —no recurrido de inconstitucionalidad— contempla la venta de saldos como supuesto exceptuado de la genérica prohibición de la venta con pérdidas establecida en virtud del título estatal sobre defensa de la competencia; en tales circunstancias, no resulta exorbitante entender que el mismo título habilita al Estado para establecer los límites definitorios de la excepción que la propia norma consagra*». Esa misma consideración es aplicable aquí en la medida en que el subsistente artículo 28.2 cumple esa función de definición de la excepción, sin que con ello se establezca una completa regulación sustantiva de derecho público acerca de la

venta de saldos. Finalmente, el artículo 28.7 es también conforme con el orden constitucional de delimitación de competencias. En cuanto a la determinación de la duración de la venta en liquidación, es aplicable aquí la doctrina constitucional según la cual las normas que establecen un marco temporal imperativo para el desarrollo de modalidades específicas de venta deben considerarse integradas en las normas que velan por la defensa de la competencia y su aprobación corresponde al Estado *ex art.* 149.1.13 CE (STC 228/1993, FJ 6; 157/2004, FJ 9; y 106/2009, FJ 2). Y con respecto a la prohibición de efectuar una nueva liquidación de productos similares en los tres años siguientes, ya la STC 88/1986, consideró que un precepto similar excedía de las competencias autonómicas porque suponía impedir el ejercicio de una actividad comercial durante un periodo, lo cual equivalía a «una interdicción del ejercicio del comercio con su contenido propio... de clara competencia estatal, a tenor del artículo 149.1.6 CE» [FJ 8 f)]. Por último, la impugnación por conexión de la disposición final cuarta que enuncia los títulos competenciales que habilitan al Estado para establecer la regulación que contiene el Real Decreto-ley 20/2012 ha de resolverse en consonancia con las conclusiones alcanzadas en los anteriores fundamentos jurídicos. De esta manera, declarada la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 28.4 y 5, la misma suerte ha de correr esa disposición final cuarta, si bien exclusivamente en la medida en que enuncia el título competencial que ya hemos determinado que no presta amparo a esos preceptos.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:

1.º Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y en consecuencia:

a) Declarar inconstitucionales y nulos los arts. 28.4 y 28.5 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en cuanto que dan nueva redacción a los arts. 26.1 y 27.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.

b) Declarar que la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad es contraria al orden constitucional de distribución de competencias en los términos establecidos en el fundamento jurídico 11.

2.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Voto particular que formula el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez en relación con la Sentencia dictada en el recurso de inconstitu-

cionalidad núm. 1983-2013, y al que se adhieren los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno, emito este Voto particular discrepante porque entiendo que el art. 8, apartado 1 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en el particular que ha dado nueva redacción al art. 48 k) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público es inconstitucional en lo que se refiere a la específica duración del permiso de tres días por asuntos particulares, que ha regulado temporalmente este precepto respecto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, incluidos los de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, sin que deba ser declarado nulo en lo que atañe a los funcionarios de la Administración general del Estado.

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 156/2015, de 9 de julio, al que me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

Con este número comenzamos la reseña de la Jurisprudencia Constitucional de 2016. Se han consultado las primeras 126 SSTC de este 2016. Entre ellas, amén de la comentada in extenso, son reseñables las relacionadas a continuación, acompañadas de la nota resumen del propio BOE.

Pleno. Sentencia 5/2016, de 21 de enero de 2016 (BOE núm. 45, de 22 de febrero de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 1886-2012. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de diversos preceptos 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 de simplificación administrativa.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación general de la economía, medio ambiente, urbanismo y vivienda: nulidad de los preceptos legales estatales que regulan la inspección urbanística de los edificios (STC 61/1997).

Véase el nº 93 de esta Revista referencia a la STC 29/2015, sobre parte de los preceptos impugnados en la Sentencia que se reseña.

Sala Primera. Sentencia 10/2016, de 01 de febrero de 2016 (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016).

Recurso de amparo 2870-2013. Promovido por el Grupo Parlamentario Socialista (PSOE-Regionalistas) en la Asamblea de Extremadura y por su portavoz, don Valentín García Gómez respecto de los acuerdos de la Mesa de la Cámara que inadmitieron a trámite una propuesta de Ley de defensa de la sanidad pública.

Vulneración del derecho al ejercicio de los cargos públicos en condiciones de igualdad: inadmisión de una iniciativa legislativa incurra en extralimitación en el ejercicio de las funciones de calificación y admisión de escritos atribuidas por el Reglamento parlamentario a la Mesa de la Asamblea de Extremadura (STC 95/1994).

Sentencia 25/2016, de 15 de febrero de 2016 (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2016).

Cuestión de inconstitucionalidad 6245-2014. Cuestión de inconstitucionalidad 6245-2014. Planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con el artículo 6.1.1 c) de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 15/2002, de 23 de diciembre, de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tasas regionales.

Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: nulidad del precepto legal autonómico que introduce un medio a aplicar en los procedimientos de comprobación de valores no contemplado en la normativa estatal (STC 161/2012).

Pleno. Sentencia 26/2016, de 18 de febrero de 2016 (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 4528-2012. Recurso de inconstitucionalidad 4528-2012. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

Límites a los decretos-leyes, principio de seguridad jurídica, competencias sobre educación y función pública, autonomía financiera: nulidad de los preceptos legales estatales que habilitan al Gobierno para regular los requisitos básicos de mantenimiento de centros y estructuras universitarias y que prevén la creación de alianzas estratégicas entre universidades o con organismos públicos de investigación. Voto particular.

Sentencia 29/2016, de 18 de febrero de 2016 (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 5852-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5852-2013. Interpuesto por el Gobierno de Navarra en relación con diversos pre-

ceptos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

Límites de los decretos-leyes, principios de seguridad jurídica, irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante; constitucionalidad de los preceptos legales que establecen un nuevo régimen retributivo para los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado (STC 270/2015). Voto particular.

Sentencia 33/2016, de 18 de febrero de 2016 (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 5458-2015. Recurso de inconstitucionalidad 5458-2015. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con varios preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2014, de 22 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

Límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas, competencias sobre minas: nulidad del precepto legal autonómico relativo a los medios de comprobación de valores en tributos cedidos (STC 161/2012).

Sentencia 36/2016, de 03 de marzo de 2016 (BOE núm. 85, de 08 de abril de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 5763-2012. Interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y asistencia social; autonomía financiera de Navarra: constitucionalidad de las disposiciones legales estatales relativas a la ayuda domiciliaria, y régimen de compatibilidad de prestaciones (STC 18/2016, vid. Supra Comentario General de esta STC).

Pleno. Sentencia 70/2016, de 14 de abril de 2016 (BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 5567-2013. Interpuesto por el Gobierno de Canarias respecto del artículo 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.

Límites de los decretos-leyes, reserva de ley orgánica: nulidad del precepto legal relativo a las responsabilidades derivadas de las correcciones financieras acordadas por las instituciones de la Unión Europea.

Sentencia 101/2016, de 25 de mayo de 2016 (BOE núm. 159, de 02 de julio de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 1762-2014. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público.

Sistema de financiación autonómica: constitucionalidad de los preceptos legales que reforman las leyes orgánicas de financiación autonómica y de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Votos particulares.

Sentencia 118/2016, de 23 de junio de 2016 (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 3443-2010, 4138-2010, 4223-2010, 4224-2010. Recursos de inconstitucionalidad 3443-2010, 4138-2010, 4223-2010 y 4224-2010 (acumulados). Interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el Parlamento de La Rioja, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y las Cortes de Castilla y León, respectivamente, respecto de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

Principios de igualdad, interdicción de la arbitrariedad, solidaridad, unidad de mercado y autonomía financiera; derecho a la tutela judicial efectiva, potestades jurisdiccionales del Tribunal Constitucional y del orden contencioso-administrativo: interpretación conforme de los preceptos legales que establecen un control de las normas forales fiscales compartido entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

Sentencia 121/2016, de 23 de junio de 2016 (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016).

Cuestión de inconstitucionalidad 6244-2014. Cuestión de inconstitucionalidad 6244-2014. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con la disposición adicional trigésima primera de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las Leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, incorporada por la disposición final cuadragésima novena, apartado primero, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

Principio de seguridad jurídica: nulidad del precepto legal que dota de una retroactividad máxima a la regulación del régimen fiscal de los rendimientos derivados del ejercicio de opciones de compra sobre acciones.

Sentencia 123/2016, de 23 de junio de 2016 (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016).

Cuestión de inconstitucionalidad 703-2015. Cuestión de inconstitucionalidad 703-2015. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el apartado primero de la disposición adicional sexagésima sexta del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, incorporada por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014. que establece el régimen de protección por desempleo de los liberados de prisión.

Principio de seguridad jurídica y derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad sancionadora (non bis in idem); límites materiales de las leyes de presupuestos: nulidad del precepto legal.

Pleno. Sentencia 126/2016, de 7 de julio de 2016 (BOE núm. 192, de 10 de agosto de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 6524-2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados, integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista; IU, ICV-EUIA, CHA: La Izquierda Plural; y Unión, Progreso y Democracia, en relación con el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación, de Defensa y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Límites a los decretos-leyes: ausencia del presupuesto habilitante necesario para la concesión urgente de un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa.

•••••

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Tribunal Supremo¹

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS POR MIEMBROS DE LA CORPORACIÓN

Para la impugnación jurisdiccional por miembros de una Corporación Local, de acuerdos de tales entes en los que hubieran votado en contra, se ha de considerar como día inicial del plazo la fecha en que se hubiera votado el citado acuerdo.

“Debe decirse al respecto que la manera de efectuar el cómputo en ese específico supuesto es considerar como día inicial del plazo procesal la fecha en que se hubiera votado el acuerdo, por ser de aplicación lo establecido en el artículo 211.3 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre [ROF/EELL].

Así lo tiene declarado de manera muy reiterada esta Sala], entre otras, en las sentencias (SsTS) de 5 de julio de 1999 (casación 8518/1996 , 3 de abril de 2003 (casación 3245/1996) y 26 de mayo de 2003 (casación 6995/2000).

Esta última sentencia de 26 de mayo de 2003, que recuerda y reitera esa doctrina jurisprudencial, se expresa así:

«Por lo que atañe al segundo de los motivos, en el que se alega infracción del artículo 58.1 de la Ley Jurisdiccional por defectuoso cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso, no puede prosperar pues la doctrina que sostiene la sentencia de instancia no es distinta de la mantenida por esta Sala en su sentencia de 27 de marzo de 2003 y las que en ella se citan, donde se afirma:

“El artículo 211.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de Noviembre de 1986, es taxativo al afirmar que el

¹ Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

plazo para interponer recurso de reposición por los Concejales o miembros de las Corporaciones locales que hubieran votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el mismo. Poco importa la supresión en el caso del recurso de reposición, ya que es necesario mantener la fecha de celebración de la sesión como “dies a quo” para el cómputo de los plazos para recurrir.

Existe, en efecto, jurisprudencia de esta Sala (entre otras, sentencias de esta Sección de 18 de marzo de 1992 y de su Sección Tercera de 30 de septiembre de 1988) que, aún sin recurrir al precepto reglamentario citado, aclaran que cualquier duda sobre el día inicial del cómputo del plazo para recurrir se debe resolver necesariamente en favor de considerar como tal la fecha misma de la sesión de la Corporación municipal, porque en ella se tiene cabal conocimiento del acto del que se disiente y contra el que se vota, siendo improcedente una notificación personal ulterior, como la que defiende aquí la parte recurrente, de un acto que el Concejäl conocía ya perfectamente.

Esta legitimación, que se concede al margen de toda condición subjetiva, no puede implicar, sin embargo, que quien acuda al proceso contencioso-administrativo legitimado al amparo de la acción pública, resulte dispensado de cumplir todos los requisitos procesales necesarios para que se pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que formula, siempre que los mismos resulten de aplicación lógica a la legitimación que se contempla. La acción pública está concebida para que cualquiera (“quivis de populo”) pueda incoar el proceso contencioso-administrativo. Por ello no está prevista, en principio, para quien ha sido notificado debidamente del acto que se impugna (sentencia de 19 de septiembre de 1996). Eso explica la limitación temporal que, por seguridad jurídica, establece el apartado 2 del artículo 304 del TRLS de 1992, aunque evidente es también que puede ejercerse la acción pública por los interesados a los que se hubiese notificado el acto con todos los requisitos, o cuando el mismo ha sido publicado y esté previsto que la publicación surta los efectos de una notificación. Como declaran los autos recurridos, y no discuten las partes en esta casación, en tales casos rigen también los plazos que, con carácter general establece el artículo 58 de la LJCA para incoar el proceso administrativo. Así lo ha venido declarando desde antiguo la jurisprudencia de este Tribunal (sentencias de 28 de octubre de 1968, 15 de abril de 1971, 10 de mayo de 1974 ó 15 de enero de 1976) y lo ha recordado recientemente la sentencia de esta misma Sección Quinta de 18 de marzo de 1992, al declarar que el artículo 235.1 del TRLS de 1976, idéntico al artículo 304 que aquí se contempla, no excluye la aplicación de los artículos 37, 40, 52 y 53 de la LJCA”.

A la vista de esta jurisprudencia, y de la fijación del momento en que empieza a correr el plazo para la interposición del recurso, es evidente que poco importa la fecha de publicación del acuerdo en el periódico oficial, así como la eventual corrección de errores. Esas fechas podrán ser relevantes para quienes no tienen conocimiento personal del acuerdo,

pero son irrelevantes para quienes, como el recurrente, por su condición de concejales, han participado activamente en la adopción del acuerdo impugnado».

A las que acaban de mencionarse deben añadirse las posteriores y más recientes STS de 20 de junio de 2006 (casación 1237/2003) y 3 de julio de 2006 (casación de 2003), que también reiteran y recuerdan esa misma jurisprudencia. Siendo de subrayar, además, que la STS de 20 de junio de 2006 efectúa en su FJ segundo esta importante declaración:

«No hay razón para hacer excepción, en contra del criterio sostenido por la Sala de instancia en la sentencia recurrida, de los actos normativos, cual fue la aprobación de un Estudio de Detalle, que para su eficacia requieren ulterior publicación, pues su contenido es conocido desde la aprobación por los Concejales disidentes».

Lo que acaba de exponerse debe completarse con éstas otras consideraciones que continúan.

La primera es que no resulta aquí de aplicación lo razonado en la sentencia de 3 de febrero de 2011 (casación 3194/2006), pues el criterio que en ella se contiene, de la necesidad de observar lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Haciendas Locales de 1988 (vigente cuando ocurrieron los hechos del litigio que se enjuiciaba), está referido a las impugnaciones jurisdiccionales que sean planteadas por ciudadanos particulares al amparo de las reglas generales de legitimación de la LJCA; y no las que se hayan efectuado, como en el actual caso acontece, por miembros de la corporación local con apoyo en la específica legitimación que confiere el artículo 63.1 .b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local [LRBRL].

La segunda es que tampoco lo son las declaraciones de la STS de 25 de junio de 2015 (casación 18/2014), ya que la concreta cuestión en ella abordada fue cual es el acto susceptible de impugnación jurisdiccional en materia de aprobación de Ordenanzas fiscales, pero sin que tal fallo analizara ni se pronunciara sobre la distinta cuestión del cómo debe efectuarse el cómputo del plazo procesal para la impugnación cuando ésta sea realizada por los concejales disidentes del acuerdo de aprobación.

Lo que resolvió dicha sentencia (aplicando la jurisprudencia sobre los planes generales de ordenación urbanística que ha afirmado que solo es recurrible en la vía judicial contencioso-administrativa el acuerdo último y definitivo que pone fin a la tramitación) es que la aprobación provisional de la Ordenanza Fiscal es un típico acto de trámite abierto tan solo a reclamaciones, y son los acuerdos definitivos de aprobación de la Ordenanza (a los que se refiere el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Ha-

ciendas Locales) los susceptibles de impugnación en la vía contencioso-administrativa.

La tercera es que esa impugnación jurisdiccional que se permite en la LR-BRL a los concejales no lo es para la defensa de sus derechos o intereses individuales, sino como una manifestación del derecho de participación política que es inherente a su cargo; y esto es lo que explica que no sea aplicable la regla general prohibitiva de impugnación jurisdiccional que para los órganos de las Administraciones públicas establece el artículo 20 de la LJCA y que, en la misma línea de excepcionalidad, la normativa de régimen local establezca también una regulación especial sobre el cómputo del plazo aplicable a dicha impugnación.

Y la cuarta y última consideración es que la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia, que constituye como se ha puesto de manifiesto una línea firme y reiterada, ha de prevalecer frente a cualquier fallo aislado que se haya manifestado en un sentido diferente”

(STS de 10 de noviembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Maurandi Guillén).

(ROJ: STS 4995/2016.Nº Recurso:2937/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

VÍA DE HECHO

Para que la actuación material derivada de un acto administrativo nulo de pleno derecho, pueda ser impugnada al amparo del artículo 25.2 LJ, esto es como vía de hecho, es imprescindible que el recurrente no haya podido impugnar el acto administrativo de cobertura.

“El quinto motivo se articula por entender que la fundamentación de la sentencia es arbitraria -con vulneración del art. 24 CE - cuando niega la existencia de vía de hecho no obstante concurrir tan graves infracciones.

No incurre en ningún tipo de arbitrariedad la Sala de instancia cuando razonada y razonablemente excluye la vía de hecho -daremos aquí por reproducido cuanto hemos reflejado en el Fundamento precedente- porque, dice acertadamente la sentencia, «*todos los recurrentes conocieron y fueron parte del procedimiento de expropiación, hasta el punto que el 12-8-2009 se procedió a publicar en el BOE la relación de propietarios afectados por la expropiación y se abrió un trámite de información pública por quince días habiéndose citado a los propietarios para*

el levantamiento de actas previas el 21-10-2009. Es decir, todos pudieron impugnar el procedimiento expropiatorio... Y, con cita y transcripción parcial del F.D. Cuarto de la STS de 15 de octubre de 2008, recuerda que los actores han acudido a la vía del art. 30 LJCA, que, «como se declara en STS, entre otras, de 10/11/09 y 6/03/12, «configura un remedio procesal específico para obtener la cesación de actuaciones administrativas completamente desprovistas de base jurídica o realizadas eludiendo el procedimiento; es decir, viene a situarse en el mismo lugar tradicionalmente ocupado por la tutela interdictal frente a la Administración. Pero la existencia de un remedio procesal específico para obtener la cesación de la vía de hecho no significa que ésta no tenga consecuencias jurídicas a otros efectos, como es señaladamente el de determinar la nulidad del acto administrativo adoptado en tales circunstancias; y esa nulidad puede ser declarada por el cauce procesal ordinario. Téngase en cuenta, a este respecto, que mediante el art. 30 LJCA sólo puede pedirse la cesación de la vía de hecho, no un enjuiciamiento sobre la validez o invalidez de actos administrativos. Así, si no cupiese la impugnación por el cauce ordinario de actos administrativos en cuya elaboración ha mediado una vía de hecho, este vicio -tan grave que frente al mismo siempre se ha admitido excepcionalmente la tutela interdictal- resultaría beneficiado en comparación con otros vicios menos graves de los actos administrativos. Véase, en esta línea, la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2001».

Y, a este razonamiento, en este caso, cabría añadir que habiéndose iniciado un nuevo expediente expropiatorio -posterior al requerimiento de cese de vía de hecho-, en el que se han subsanado las esenciales omisiones denunciadas, ha desaparecido sobrevenidamente el acto impugnado (desestimación presunta del requerimiento de cese de vía de hecho), lo que, bien pudo haber conducido a la finalización del proceso por satisfacción extraprocesal (tal como postuló la Abogacía del Estado y que fue, sin embargo, rechazado por la Sala de instancia en su auto de 2 de junio de 2011), o, incluso, a la inadmisión del recurso por inexistencia del acto impugnado (art. 69.c) en relación con el art. 25 LJCA).

No existe arbitrariedad, ni, desde luego, indefensión de clase alguna, sino lisa y llanamente desestimación de una pretensión. Este último motivo, pues, ha de ser igualmente desestimado, y, con él el presente recurso de casación.”

(STS de 14 de noviembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 2º. Magistrada Ponente Sra. Huerta Garicano)

(ROJ: STS 5094/2016.Nº Recurso: 1932/2015.<http://www.poderjudicial.es>)

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUBVENCIONES

La caducidad del procedimiento de reintegro y los recursos interpuestos para ello, carecen de virtualidad para interrumpir la prescripción de la acción de reintegro.

“Por lo que se refiere al primer aspecto (prescripción de la acción de la Administración), la razón de decidir de la Sala de instancia para llegar a la desestimación de ese alegato fué la de que los *recursos interpuestos contra una primera resolución de reintegro, luego anulada por caducidad, a consecuencia precisamente de esos recursos, interrumpen el plazo de prescripción del derecho de la Administración para liquidar y exigir el reintegro de la subvención*”. La Sala de instancia se basó para llegar a esta conclusión en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010 -casación nº 412/2008 - y de 23 de octubre de 2012 casación para la unificación de doctrina nº 306/2012 -, si bien expresando sus reservas sobre la tesis de estas sentencias.

Esta es la razón en que la Sala de instancia fundó la desestimación del recurso contencioso-administrativo, y a ella hemos de atenernos, sin que podamos nosotros variar la razón de decidir.

Aparte de dos sentencias del Tribunal Supremo (a las que más adelante nos referiremos), la parte recurrente cita varias sentencias (hasta diez) de la Audiencia Nacional, de las que podemos decir lo siguiente:

- a) Las sentencias de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2014 - recurso contencioso-administrativo nº 366/2012-, de 12 de junio de 2013 - recurso contencioso-administrativo nº 103/2013-, de 12 de junio de 2013- recurso contencioso-administrativo nº 2533/2012-, de 27 de febrero de 2013 - recurso contencioso-administrativo nº 2218/2012-, de 9 de octubre de 2012 - recurso contencioso-administrativo nº 87/2011 -, de 10 de noviembre de 2010 - recurso contencioso-administrativo nº 142/2009 - y de 8 de marzo de 2007 – recurso contencioso-administrativo nº 17/2006 -, son inaplicables al presente caso, porque se limitan, cualquiera que sea su aparato discursivo, a concluir que las actuaciones declaradas caducadas no interrumpen el plazo de prescripción de la acción administrativa, lo cual es obvio porque lo dice la ley. Pero el problema del recurso que nos ocupa es otro distinto, a saber, si con independencia de la caducidad declarada (que no interrumpe la prescripción), existe o no alguna causa de interrupción.
- b) Únicamente las sentencias de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2010 - recurso contencioso- administrativo nº 25/2010-, de 21 de julio de 2011 - recurso contencioso-administrativo nº 2/2011 -y de 11 de mayo

de 2011 - recurso contencioso-administrativo nº 288/2010 - se refieren específicamente al problema que plantea la sentencia aquí recurrida, a saber, repetimos, el de si los recursos entablados para lograr que se declare caducado un procedimiento, interrumpe o no el plazo de prescripción de la acción administrativa. (Hemos de decir que el auto de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2011 , que declaró la nulidad de la citada sentencia de 21 de julio de 2011 -recurso de apelación nº 2/2011 - ha de entenderse que deja intactos los argumentos en que finalmente fundó la Sala la estimación de la apelación y del recurso contencioso- administrativo).

Estas tres sentencias de la Audiencia Nacional, enfrentadas al problema dicho, en aplicación también de la normativa de subvenciones (como aquí), y, en concreto, en aplicación también del artículo 39.3.b) de la Ley General de Subvenciones, llegan a la conclusión de que los recursos interpuestos para que se declare caducado un procedimiento de reintegro no interrumpen el plazo de prescripción de cuatro años que la ley otorga a la Administración para decretar el reintegro.

En concreto, la sentencia de 11 de mayo de 2011 -recurso contencioso-administrativo 288/2010 -, razona y decide lo siguiente:

«Una vez sentado que es de aplicación el plazo de prescripción de 4 años previsto en la Ley 38/2003, procede analizar si el mismo ha transcurrido o no.

El plazo de referencia empieza a computar “desde el momento en que venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora”, según dispone el art. 39.2.a) LGS. Y en el caso que nos ocupa ese momento queda fijado en la Resolución de la Dirección General del INEM de 25 de julio de 2003, de convocatoria, en el plazo de un mes desde la finalización del plan de formación; habiendo presentado la Asociación beneficiaria dicha justificación el 12 de julio de 2004, fecha en que ha de situarse el “dies ad quo”.

Cuando se inicia el procedimiento de reintegro el 26 de enero de 2005 no había transcurrido aún el plazo de cuatro años. Ahora bien, este procedimiento que finaliza por resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal de 9 de febrero de 2007, fue declarado caducado por la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 10 de 9 de febrero de 2009, y en consecuencia, no tuvo capacidad para interrumpir el plazo de prescripción, según lo previsto en el artículo 42.4 de la Ley General de Subvenciones , que si bien señala que la declaración de caducidad no impide la continuación de las actuaciones hasta su terminación, a renglón seguido señala que la prescripción no se considera interrumpida

“por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo”, esto es, que “los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”, como con más precisión dispone el artículo 93.2 de la Ley 30/92.

Por tanto, hemos de concluir que cuando se inicia el nuevo procedimiento de reintegro en fecha 23 de abril de 2009 (notificado a la recurrente el 7 de mayo de 2009), ya había transcurrido el plazo de cuatro años a contar desde la presentación de la justificación (12 de julio de 2004), sin que entre ambas fechas se haya desarrollado actuación alguna con virtualidad para interrumpir la prescripción. Plazo que habría transcurrido incluso si tenemos en cuenta como fecha de inicio del cómputo el 10 de febrero de 2005, considerado por la Administración.

En consecuencia, el derecho de la Administración para solicitar el reintegro había prescrito.

(...) Y a tales efectos, no puede compartirse la tesis que sostiene la resolución impugnada de que el plazo se ha ido interrumpiendo con la interposición por la entidad solicitante de distintos recursos.

Aunque es cierto que el artículo 39.2 b) LGS (en el mismo sentido que, bajo la normativa anterior, el artículo 66 de la LGT por remisión del artículo 40 LGP), dispone que la prescripción se interrumpe por la interposición de cualquier clase de recursos, sin embargo, como pone de manifiesto la Sentencia de esta Sala (Sección 1a) de fecha 20 de mayo de 2010 (rec. 25/2010), con remisión a otras anteriores dictadas en los recursos de apelación 44/2009 y 32/2009), dicho precepto debe interpretarse de forma conjunta con el artículo 92.3 LRJPAC, de tal manera que si la parte se vio obligada a utilizar los recursos pertinentes para conseguir una declaración de caducidad que tenía que haber sido apreciada de oficio por la Administración, y el procedimiento caducado no interrumpe la prescripción, hay que entender de una interpretación armónica de dicho precepto junto con el artículo 39.3.b) de la Ley de Subvenciones, que en un supuesto como el presente, los recursos interpuestos no vienen sino a integrar el procedimiento caducado, por lo que carecen de virtualidad para interrumpir la prescripción.

En virtud de lo expuesto, procede estimar el presente recurso contencioso administrativo y anular la resolución impugnada, sin necesidad de analizar los demás motivos de impugnación opuestos por la parte recurrente”.

(STS de 10 de enero de 2017. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil).

(ROJ: STS 4/2017. Nº Recurso: 1943/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN

En la confrontación de estos derechos fundamentales se ha de estar a si existe o no vulneración del juicio de proporcionalidad.

“Reducido el recurso al motivo primero, ya dijimos que el mismo, por la vía del “error in iudicando”, denuncia que la sentencia de instancia vulnera los artículos 20.1º y 4º y 18.1º de la Constitución ; los artículos 4,5,6 y 44.3º de la Ley Orgánica de Protección de Datos y los artículos 7 y 25 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1720/07, de 21 de diciembre. En la fundamentación del motivo lo que se cuestiona es que la sentencia determine que existe una colisión entre el derecho a la protección de los datos del recurrente y el de libertad informativa del medio de comunicación en que se reflejaron sus datos personales, y que la Sala se decanta por la primacía del segundo de los mencionados derechos fundamentales, con demérito del derecho del recurrente a la exclusión de sus datos en la publicación a que se refiere la denuncia origen de las actuaciones. Se aduce en este sentido que no puede aceptarse, como hace la Sala de instancia, que sus datos personales tuvieran repercusión pública y, además, que no son ciertos, porque no es un personaje público, tan siquiera en el ámbito territorial a que se refiere la Sala de instancia. De otra parte, se aduce que la libertad de información no está exenta de acreditar la veracidad de la información facilitada y que en el caso de autos los hechos a que se refieren los datos son falsos. Finalmente, se aduce que no puede aceptarse que el recurrente no instara el derecho de cancelación de datos conforme a las exigencias formales, como se expone en la sentencia.

A la vista del planteamiento que se hace en el recurso, en realidad, lo que se viene a cuestionar en el motivo es lo que se había ya aducido en la demanda en contra de la legalidad de la resolución originariamente impugnada; a saber, que habiéndose publicado los datos personales del recurrente en un medio de comunicación pública digital y estando dicha publicación amparada en el derecho a la libertad de expresión que ese tipo de publicaciones comporta, se considera que la confrontación entre su derecho fundamental a la protección de datos no puede ceder en favor del derecho a la libertad de expresión. En suma, que el juicio de proporcionalidad que se hace por la Sala de instancia para desestimar la pretensión inicial de este proceso, no es, a juicio de la defensa del recurrente, correcto porque infravalora aquel primer derecho del recurrente, cuando éste no tiene el carácter público que

lo justificaría, tan siquiera en ámbito espacial de la publicación y, además de ello, que la información facilitada no es cierta.

Es manifiesto que como frecuentemente deja constancia el mismo Tribunal de Garantías, ese examen de proporcionalidad requiere un examen específico de cada supuesto, de cuyas circunstancias pueda determinarse ese juicio de ponderación de condiciones. Pues bien, en el caso de autos se deja sin explicar por el recurrente en qué medida se ha vulnerado el mencionado juicio de proporcionalidad por la Agencia primero y por la Sala de instancia después al revisar su decisión, sobre la primacía del derecho a la información de la publicación en que se incluían los datos del recurrente y la necesidad de que, desde la óptica del mencionado derecho, esa primacía era proporcionada.

No obstante lo anterior y a la vista de los argumentos que ahora se invocan en el recurso, debemos recordar la relevancia que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siguiendo lo declarado por el Tribunal de Derechos Humanos, ha conferido al derecho a libertad de información y de expresión. En este sentido se declara en la sentencia antes citada, que “el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término «información», en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo «veraz» (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2 ; 1 74/2006, de 5 de junio, FJ 3 ; 29/2009, de 26 de enero, FJ2,y 50/2010, FJ 4).

Asimismo, el Tribunal ha subrayado que en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos, y la «expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado

químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión» (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 174/2006, FJ 3; 29/2009, FJ 2; y 50/2010, FJ4).”

Y ello es así por la relevancia institucional que tienen los derechos de información y de libertad de expresión en cuanto “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso”, (STC 79/2014, de 28 de mayo). En el sentido expuesto, el Tribunal de Derechos Humanos ha declarado en su sentencia de 14 de junio de 2016 (procedimiento 53421/2010. Asunto Jiménez Losantos c. España), que “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y de la plenitud de cada persona. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10 del Convenio, no es solo válida para las «informaciones» o «ideas» que se reciben con agrado o que se consideran como inofensivas o indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o inquietan; asilo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe «sociedad democrática» (Handyside c. Reino Unido, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A n° 24, y Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia [GC], n°s 21279/02 y 36448/02, § 45). Tal como lo consagra el artículo 10 del Convenio, la libertad de expresión va acompañada de unas excepciones que requieren, sin embargo, una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe determinarse de forma convincente...”

La prensa juega ciertamente un papel esencial en una sociedad democrática; aun no debiendo rebasar ciertos límites, para amparar especialmente la protección de la reputación y los derechos ajenos; le incumbe, sin embargo, comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general (De Haes y Gijssels c. Bélgica, 24 de febrero de 1997, § 37, Compendio de sentencias y decisiones 1997-1, Fressoz y Roire c. Francia [GC], n° 29183/95, § 45, CEDH 1999 -I, y Bédat c. Suiza [GC], n° 56925/08, § 50, 29 de marzo de 2016). En razón a esta función de la prensa, la libertad periodística implica también el posible recurso a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación (Gawé da c. Polonia, n° 26229/95, § 34, CEDH 2002 -II).”

Teniendo en cuenta esas premisas debe señalarse que la inclusión de los datos del recurrente en la publicación periodística ha de enmarcarse en lo que constituía la noticia de la que se informaba en el Diario Digital, ciertamente

referida a una actuación desarrollada por un determinado movimiento político - “Comité Nacional para la Liberación de Ceuta y Melilla y los islotes”, “PMA”, en cuya actividad debe encuadrarse la información ofrecida que, por lo demás, no hacía sino recoger la aparición de “carteles” con los datos del recurrente como una crítica referida a la actuación de los Estados español y Marroquí en relación con una determinada orientación política. Y no puede confundirse la notoriedad de las personas con relevancia pública con las personas comúnmente aceptada como “políticos”, sino que esa relevancia pública puede venir también vinculada a las propias funciones que se desarrollan por determinadas personas que se incardinan en esa actuación de carácter público. Y en cuanto a la veracidad, sin perjuicio de lo que cabe concluir de las mencionadas sentencias antes transcritas, es lo cierto que la información estaba referida a la aparición de unos carteles, que no se niega fueran ciertas, en los que se hacía referencia al recurrente, vinculado a la crítica, de indudable carácter político, a que se refiere la publicación.

En suma, a la vista del planteamiento que se hace por la Sala de instancia, no puede estimarse que exista una vulneración del juicio de proporcionalidad en la confrontación de los derechos fundamentales afectados haciendo prevalecer, en el estricto ámbito de la protección de datos de carácter personal, el derecho a la libertad de información”.

(STS de 14 de noviembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Olea Godoy)

(ROJ: STS 5047/2016. Nº Recurso: 3068/2015.<http://www.poderjudicial.es>)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA RETASACIÓN

El derecho del expropiado a una nueva evaluación del objeto de expropiación, por el transcurso de dos años (cuatro años a partir del 01.01.2013), sin que se haga efectivo el pago del justiprecio, se enerva al haberse pagado la cantidad concurrente entre las hojas de aprecio y consignado a disposición del Tribunal –en beneficio de la expropiada- la diferencia entre el aprecio de la beneficiaria de la expropiación y el acuerdo del Jurado.

“El art. 58 de la Ley de Expropiación Forzosa contempla el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación (retasación), por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne, plazo

de caducidad, cuyo cómputo se inicia en la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, como señala el art. 35.3 de la dicha LEF y declara abundante jurisprudencia (a título de ejemplo sentencia de la extinta Sección Sexta de 17 de enero de 2007, casación 1096/04, y las que en ella se citan).

Es también reiterada la jurisprudencia que declara que dicho plazo no se interrumpe por la interposición de recursos jurisdiccionales, solo por el pago o consignación del justiprecio fijado por el Jurado.

Los acuerdos del Jurado, como los actos administrativos en general, son ejecutivos, de forma que, una vez determinado por el Jurado de Expropiación el justiprecio, debe ser pagado por el beneficiario de la expropiación, según dispone el art. 48.1 de la LEF, obligación que subsiste -art. 50.2 LEF- aunque exista litigio o recurso pendiente, si bien en estos casos, limitada a la parte del justiprecio en la que exista acuerdo entre las contendientes, y dado que las hojas de aprecio formuladas por las partes de la expropiación, constituyen los límites mínimo y máximo de la definitiva cuantificación del justo precio, ese límite mínimo será el que (art. 50.2 LEF) ha de satisfacerse en estos supuestos .

En este sentido se pronuncia la sentencia de 25 de enero de 2001 (casación 617/99): *«hemos de precisar que si bien el acto de fijación del justiprecio es ejecutivo, su ejecutividad se concreta en los efectos que la legislación de expropiación forzosa hace derivar del mismo, caso de que el beneficiario de la expropiación interponga recurso contencioso contra el mismo, dichos efectos son el pago al expropiado de la cantidad concurrente, art. 50.2 y el abono de los intereses establecidos en los arts. 52,56 y 57 sobre la cantidad que resulte definitivamente fijada en vía jurisdiccional menos la efectivamente pagada. No alcanza por tanto la ejecutividad del acto recurrido al pago del total del justiprecio establecido en la resolución administrativa objeto de recurso contencioso, tal abono únicamente procederá si el beneficiario asilo decide de forma voluntaria a fin de liberarse del abono de los intereses establecido en los arts. 52, 56 y 57 a que nos hemos referido»*

Consiguientemente, cuando haya litigio sobre la cuantía del justiprecio, para interrumpir el plazo de la retasación es imprescindible el pago al expropiado de la parte del justiprecio en la que se exista conformidad (arts. 50.2 LEF y 51.4 Reglamento) y la consignación de la cantidad cuestionada.

En este caso, al haber sido impugnado por la beneficiaria, el límite mínimo sería el justiprecio fijado en la hoja de aprecio de dicha beneficiaria, cantidad que debía satisfacerse a la aquí recurrente, y, solo si hubiera rehusado -lo que implica la necesidad del previo ofrecimiento de pago de dicha cantidad-,

procedería la consignación, a disposición del expropiado, de dicho límite mínimo.

La consignación de la cantidad « *que sea objeto de la discordia, en la Caja General de Depósitos, a disposición de la autoridad o Tribunal competente*», a la que alude el art. 50.1 LEF, nada tiene que ver con ese límite mínimo del justiprecio que es ejecutivo y al que no afecta la existencia del pleito, y no tiene otra finalidad que la de garantizar al expropiado el cobro del justiprecio íntegro en el caso de que, como así acaeció en este caso, se desestime el recurso y confirme el justiprecio fijado por el Jurado, pues al estar ante una expropiación tramitada por el procedimiento de urgencia, dicha consignación no podía tener como finalidad la de posibilitar la ocupación de la finca (art. 51 LEF).

Luego, el art. 50.1 LEF contempla dos supuestos distintos: 1) Que, sin existir litigio, el propietario expropiado rehuse el pago, en cuyo caso para que la beneficiaría quede liberada de su obligación de pago, es imprescindible que haga el ofrecimiento de pago, y, rehusado éste, consigne el justiprecio, a disposición del expropiado. Requisitos ambos para que la consignación, en estos casos, tenga eficacia liberatoria (arts. 1176 y ss. CC). Y lo mismo cabe decir, como más arriba anticipábamos en relación con el límite mínimo del justiprecio cuando el expropiado se niega a recibir su importe; 2) Que exista litigio -como aquí acaece- en relación con el importe del justiprecio. En este supuesto entra en juego el apartado 2 del citado art. 50 LEF, conforme al cual el expropiado tiene derecho -y obligación la beneficiaría-recurrente- de recibir ese límite mínimo del justiprecio, representado, aquí, por el justiprecio ofrecido por AENA en su hoja de aprecio (parte del justiprecio plenamente ejecutiva al margen de su impugnación jurisdiccional). Pago que, por importe de 27.871,75 €, realizó AENA a la propietaria- expropiada el día 17 de diciembre de 2008, tal como queda acreditado en el documento nº 3 de los aportados por AENA con su contestación de la demanda, antes, incluso, de que se dictara el acuerdo del jurado fijando el justiprecio en 214.895,34 € (15 de enero de 2009). La diferencia entre ese límite mínimo ya abonado y la cuantía del justiprecio, es la que, con arreglo al 50.1 ha de ser consignada en la Caja General de Depósitos, a disposición del Tribunal que está conociendo del pleito (Sección 4ª de la Sala de Madrid, a resultas del Rº 220/09, interpuesto por AENA contra el acuerdo del Jurado), como así acaeció y fue informada la expropiada-recorrida en escrito de 7 de diciembre de 2010 (folio 30 del expediente) en el que se decía que se había procedido a la consignación «*de la diferencia entre la cantidad en la que se valoró el bien expropiado por la Administración expropiante, ya abonada, y la fijada como justiprecio definitivo por Acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Madrid, así como los intere-*

ses moratorios correspondientes». Y esa consignación, que al existir litigio queda a disposición del Tribunal hasta que la controversia quede definitivamente zanjada, tiene por finalidad garantizar al propietario la entrega íntegra del justiprecio, con los intereses a la expropiada (como destinataria última), que es a quien el Tribunal de Madrid hizo entrega de la cantidad consignada, una vez quedó desestimado el recurso de la beneficiaria.

La actuación de AENA en los términos legalmente establecidos enerva la retasación al haber pagado la cantidad concurrente entre las hojas de aprecio y consignado a disposición del Tribunal -en beneficio de la expropiada- la diferencia entre el aprecio de la beneficiaria y el acuerdo del jurado, y que, como hemos dicho, le fue entregada una vez se confirmó jurisdiccionalmente dicho acuerdo, sin que respecto de la consignación a la que se refiere el art. 50.2 sea preciso el previo ofrecimiento de pago, pues su finalidad no es realizar el pago en ese momento sino garantizarlo a resultas del pleito pendiente”

(STS de 15 de diciembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 1º. Magistrada Ponente Sra. Huerta Garicano).

(ROJ: STS 5444/2016. Nº Recurso: 2061/2015.<http://www.poderjudicial.es>)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ERROR JUDICIAL

La demanda para el reconocimiento de error judicial exige el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico (artículo 293.1.f de la LO 6/1985), comenzando el cómputo de los tres meses para interponer la demanda a partir de la resolución denegatoria del incidente de nulidad de actuaciones.

“La Sala debe examinar, como cuestión previa, si la presente demanda para el reconocimiento de error judicial es admisible o no por razón del agotamiento de los recursos, al haberse alegado por el Abogado del Estado, por la representación procesal del Ayuntamiento de Pradales y por el Ministerio Fiscal que el requisito relativo al agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento, art. 293.1 .f) de la LOPJ , no se ha cumplido. Pues bien, el cómputo de los tres meses fijado en la letra a) del artículo 293.1 de la LOPJ se inicia desde la notificación de la resolución judicial firme. Así resulta del citado apartado f). al señalar que “*no procederá la declaración de error judicial contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubiera agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento*”; tal disposición solo puede referirse a los que resulten procedentes o, al menos, a los que le hayan sido ofrecidos al litigante

aunque fueran improcedentes, pero no a cualquier otro recurso que, aunque esté previsto en el ordenamiento, no esté establecido concretamente para combatir el fallo de que se trate.

Es cierto que esta Sala venía estableciendo -en un principio- que el plazo para la interposición de la demanda para el reconocimiento de error judicial no se interrumpía por la formalización y desarrollo de un Incidente de nulidad de actuaciones, ni tampoco por la interposición de un Recurso de amparo, sin embargo, a partir de la STS de 23 de septiembre de 2013, de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (REJ 9/2013), esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, asumiendo plenamente los razonamientos contenidos en la citada sentencia, ha considerado que el Incidente de nulidad de actuaciones se incardina dentro del ámbito del artículo 293.1 .f) de la LOPJ , decisión, pues, que exige qué, previamente a la interposición de la demanda para el reconocimiento por error judicial, se promueva Incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución judicial a la que imputa el error, comenzando el cómputo del plazo para interponer aquella a partir de la resolución denegatoria del Incidente de nulidad de actuaciones. Y ello es así porque iniciar un procedimiento específicamente destinado a declarar el error judicial -como el que ahora nos ocupa- no tiene sentido cuando la equivocada apreciación de los hechos o aplicación del derecho puede ser un remedio dentro del proceso, a través del Incidente de nulidad de actuaciones.

Por todas, SSTS de 16 de enero, 17 de julio y 2 de septiembre de 2014, dictadas en los Recursos para reconocimiento de error judicial números 41/2013,9/2013 y 18/2013, respectivamente. En términos similares se pronuncia el Tribunal Constitucional que considera al Incidente de nulidad de actuaciones como “el remedio procesal idóneo” para obtener la reparación de la vulneración de derechos fundamentales, señalando que, en tales casos, antes de acudir en amparo debe solicitarse en vía ordinaria el referido Incidente de nulidad “sin cuyo requisito la demanda de amparo devendrá inadmisibile... por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial” (SSTC 228/2001, de 26 de noviembre, 74/2003, de 23 de abril, 237/2006, de 17 de julio y 126/2011, de 18 de julio).

Esta doctrina no es contradictoria con los últimos pronunciamientos al respecto de la citada Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Efectivamente, en la STS (Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ) de 23 de abril de 2015, REJ 15/2013, se ha recordado que, fuera de este supuesto

contemplado por el Tribunal Constitucional en la STC 216/2013, de 19 de diciembre -esto es, en el que “el propio objeto del proceso consistía en la posible vulneración de derechos fundamentales (derechos a la libertad de expresión y al honor), de forma que la posible lesión del derecho fundamental no resultaba atribuible ex novo a la sentencia que cerraba la vía judicial previa al amparo”-, ha de entenderse qué, antes de acudir al amparo constitucional, ha de acudir al incidente excepcional de nulidad de actuaciones para intentar solventar ante la jurisdicción ordinaria eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que no hubiesen podido denunciarse con anterioridad. La misma STS de la Sala Especial recuerda la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su STS de 27 de octubre de 2010 (REJ 32/2008), que configura el Incidente de nulidad de actuaciones como un remedio de exigencia previa inexcusable antes de la reparación excepcional del derecho que supone la declaración de error judicial. Y, a su vez, reitera la doctrina establecida por la propia Sala Especial en su ya citada STS de 23 de septiembre de 2013: “haciendo referencia a que la exposición de motivos de la lo 6/2007 por la que se modifica el artículo 241 LOPJ caracteriza el incidente de nulidad de actuaciones como el mecanismo procesal idóneo para identificar y corregir las infracciones de derechos fundamentales acaecidas en el quehacer jurisdiccional y lo configura como el primer escalón de protección y garantía de los derechos fundamentales, como una corrección interna dentro del propio ámbito judicial de las infracciones de los derechos fundamentales, la sala concluye que es una razón de lógica jurídica incluir el incidente de nulidad de actuaciones en el ámbito del artículo 293.1 .f) LOPJ como forma de agotar dentro de la propia esfera jurisdiccional las posibilidades de subsanación y corrección del error, apurando las posibilidades de dar a la parte una respuesta judicial a su pretensión, dado que la eventual sentencia estimatoria de una demanda de error judicial no colmaría ese derecho, pues solo daría, a lo sumo, derecho a una indemnización por el error sufrido. En consecuencia, si existe una posibilidad de corregir el error dentro del proceso entiende la sala que habrá que ser apurada siempre antes de acudir al mecanismo indemnizatorio, que solo puede paliar las consecuencias del error, pero nunca equivaler a la satisfacción de la tutela solicitada mediante el ejercicio de la acción.

En términos similares se han expresado los AATS de la misma Sala Especial de 19 de junio de 2015 (REJ 1/2014 y 2/2015), concluyendo, este último, en los siguientes términos: “En suma, la pretendida violación de derechos fundamentales achacada por los demandantes a la referida sentencia no ha sido objeto, ni formal ni materialmente, de ningún incidente de nulidad de ac-

tuaciones que permitiera un remedio dentro del proceso. Y así, al no haberse cumplido el requisito establecido en el art. 293.1 .f) LOPJ, esta demanda debe ser declarada inadmisibles”.

ib

En el presente caso no se instó la nulidad de actuaciones contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Segovia a la que se imputa el error.

En efecto, frente a la sentencia de 23 de septiembre de 2015 , el recurrente, en lugar de promover Incidente de nulidad de actuaciones contra la misma, interpuso la demanda para el reconocimiento de error judicial que aquí nos ocupa, por lo que cabe concluir, por las razones expuestas, que ha quedado incumplido el requisito, exigido por el art. 293.1 .f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de haberse agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento para que proceda la declaración de error; lo que determina la desestimación de la presente demanda.

Efectivamente, el supuesto a que se remite el actor es de los que permitían dar acceso al Incidente excepcional de nulidad de actuaciones según la redacción dada al artículo 241.1 LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, redacción modificada, a su vez, por la Disposición Final 1º de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo , conforme a la cual, el Incidente excepcional de nulidad de actuaciones puede fundarse en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE .

La materia exclusiva y excluyente del Incidente de nulidad de actuaciones ha de ser la vulneración de un derecho fundamental, no, por tanto cualquier infracción legal. Por ello, el Incidente es solo idóneo para remediar violaciones de derechos fundamentales (salvo que, como se ha señalado, el propio objeto del procedimiento fuese la lesión de un derecho fundamental), debiendo, portanto, analizarse, si la pretensión ejercitada a través de la demanda de error judicial lleva aparejada una eventual vulneración de un derecho fundamental para que resulte exigible promover previamente el incidente.

Pues bien, el actor fundamenta su pretensión en la existencia de unos errores manifiestos, clamorosos y flagrantes padecidos por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 1 de Segovia, lo cual, en su caso, comportaría una lesión del derecho fundamental de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

En consecuencia, ha de entenderse que la pretensión ejercitada afecta a una eventual vulneración de un derecho fundamental de los contemplados en el

artículo 53.2 CE y que, por lo tanto, resultaba exigible haber promovido el incidente excepcional de nulidad de actuaciones como remedio ordinario a través del que la parte pudiera haber obtenido una respuesta judicial a su pretensión antes de acudir a una demanda de error judicial, pues, ni siquiera la eventual estimación de la misma puede colmar su derecho, al tratarse de un mecanismo indemnizatorio subsidiario que, aunque pueda paliar las consecuencias del error, nunca puede equivaler a la satisfacción de la tutela solicitada mediante el ejercicio de la acción.

Por lo tanto, la Sala estima que procede desestimar la demanda de error judicial por falta de agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento”.

(STS de 20 de diciembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 1ª. F. D. 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Suay Rincón).

(ROJ: STS 5679/2016. Nº Recurso: 55/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XVI. MEDIO AMBIENTE

PLANES DE ORDENACIÓN DE RECURSOS NATURALES

Poseen naturaleza reglamentaria, por lo que el régimen de caducidad del procedimiento de elaboración ha de estar expresamente previsto en las normas de elaboración y aprobación de dichos planes, sin que pueda aplicárseles el régimen de caducidad del procedimiento de elaboración de los actos administrativos.

“Inadmitido el primero de los motivos sobre los que se sustenta el recurso de casación sometido ahora a nuestra consideración, la única cuestión que queda por examinar es la que se plantea con ocasión del segundo y último de los motivos fundamentadores de dicho recurso.

Invoca la asociación recurrente a tal fin, correctamente, al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de nuestra Ley Jurisdiccional, la infracción de lo dispuesto por los artículos 42.2 y 44 LRJAP -PAC, en la medida en que, habida cuenta de la inexistencia de un plazo específico previsto por la normativa autonómica de aplicación, le son de aplicación al supuesto examinado por la sentencia impugnada las previsiones establecidas en los preceptos antes indicados, atinentes a la caducidad de los procedimientos administrativos, dado que, por medio del procedimiento en curso encaminado a la aprobación del Plan de Ordenación de Recursos Naturales de la Sierra de Carrascoy y El Valle, se consuma una sensible ampliación de los límites del espacio natural concernido, que repercute negativamente sobre los titulares de las tierras afectadas. Dado que la aprobación inicial del citado Plan se produjo el 18

de mayo de 2005 ha transcurrido sobradamente el plazo legalmente previsto por la normativa estatal sobre procedimiento administrativo común que se invoca como infringida.

Denuncia la asociación recurrente asimismo al término del desarrollo del motivo casacional que nos ocupa una vulneración del artículo 118.1 LRJAP-PAC, a cuyo socaire trae a colación nuestra conocida jurisprudencia sobre la distinción entre el error de hecho y de derecho (se citan las Sentencias de 26 de octubre de 2005 RC 7405/1999 y de 4 de febrero de 2008 RC 2160/2003; aunque son muchas otras las que siguen la misma línea); pero resulta de todo punto impertinente la apelación al precepto indicado, que resulta de aplicación estricta en el ámbito del recurso administrativo extraordinario de revisión y sin que por tanto resulten trasladables al supuesto que nos ocupa las consideraciones que puedan deducirse como consecuencia de la exégesis del indicado artículo 118.1. Tampoco se razona lo más mínimo, por otra parte, sobre las intenciones por las que se invoca este precepto legal. En todo caso, los errores que son tomados en consideración por el artículo 118.1 son atribuibles en su caso a los actos administrativos, pero no a las sentencias; por lo que no resulta de aplicación a la actividad jurisdiccional, que es para lo que parece pretenderse.

Centrada consiguientemente la controversia en torno a la cuestión relativa a la caducidad, cabe anticipar ya que tampoco cumple acoger el motivo que nos ocupa desde esta perspectiva, porque, como bien argumentan las partes que se oponen a la estimación del recurso, los planes de ordenación de recursos naturales son disposiciones de carácter general que gozan de la consideración de normas reglamentarias.

Sentada la distinción entre actos administrativos y disposiciones de carácter general no les son de aplicación miméticamente, en efecto, a ambas categorías jurídicas el mismo régimen jurídico, sino que al contrario éste difiere en no pocos aspectos relevantes (régimen de validez y de eficacia, régimen de impugnación, etc.) y, entre otros, también son distintos los procedimientos conducentes a la producción de actos y reglamentos. No quiere esto decir que no resulte de aplicación a éstos últimos el régimen de la caducidad, no obstante las disfunciones que ello trae consigo. Ahora bien, para que sea así, se precisa que la caducidad esté expresamente contemplada en los procedimientos encaminados a la aprobación del instrumento normativo de que se trate en cada caso. Lo que resulta de todo punto inaceptable es pretender la aplicación subsidiaria de la regla del artículo 42.2 y de las consecuencias del artículo 44 LRJAP-PAC. Ambas previsiones van referidas a los procedi-

mientos administrativos tramitados para la adopción de actos administrativos y no de reglamentos o disposiciones de carácter general.

Así lo ha entendido acertadamente la Sala de instancia. Con base, por lo demás, en nuestra doctrina que asimismo recoge en sus fundamentos (Sentencia de 29 de junio de 2012 RC 1568/2009 , en la que se citan, por otra parte, muchas otras).

Hemos de venir ahora, pues, a ratificar expresamente la vigencia de esta doctrina que, en fin, acabamos también de recordar y de aplicar recientemente (Sentencia de 20 de julio de 2016 n° 1891/2016 RC 2006/2015, FJ 5°; con cita en ella también de nuestras anteriores Sentencias de 17 de diciembre de 2010 RC 1473/2006 y 13 de diciembre de 2011 RC 3214/2008, en el mismo sentido)”

(STS de 12 de diciembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Suay Rincón).

(ROJ: STS 5323/2016. N° Recurso: 3319/2015.<http://www.poderjudicial.es>)

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

En el fondo, como sucede con todas las notificaciones administrativas, lo relevante es que permitan a los afectados adoptar las medidas de recurso que estimen más eficaces para la defensa de sus intereses.

“No se cuestiona, todo lo contrario, como expresamente se recoge en la propia sentencia impugnada, la validez y eficacia de las notificaciones por comparecencia electrónica, prevista en el art. 112 de la LGT, y reguladas al tiempo de los hechos en los arts. 28.5 de la Ley 11/2007 (derogada por Ley 39/2015), «Producirá los efectos propios de la notificación por comparecencia el acceso electrónico por los interesados al contenido de las actuaciones administrativas correspondientes, siempre que quede constancia de dichos acceso» y arts. 35 , 36 y 40 del Real Decreto 1671/2009 .

En lo que ahora interesa, el cambio tan radical que supone, en tema tan sumamente importante como el de las notificaciones administrativas, las notificaciones electrónicas, en modo alguno ha supuesto, está suponiendo, un cambio de paradigma, en cuanto que el núcleo y las bases sobre las que debe girar cualquier aproximación a esta materia siguen siendo las mismas dada su importancia constitucional, pues se afecta directamente al principio básico

de no indefensión y es medio necesario para a la postre alcanzar la tutela judicial efectiva, en tanto que los actos de notificación «cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar las medidas que estime más eficaces para sus intereses, singularmente la oportuna interposición de los recursos procedentes» [STC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 2].

Como la práctica enseña, y buen ejemplo de ello es el caso ante el que nos encontramos, la materia es extremadamente casuística, lo cual no ha impedido que vía jurisprudencial se haya establecido una serie de reglas generales que procuren una cierta homogeneidad en su tratamiento práctico y sirvan de medida para ponderar cada caso concreto.

Con carácter general se ha entendido que lo relevante en las notificaciones no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas o haya podido tener conocimiento del acto notificado, en dicho sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2015, rec. cas. 680/2014 ; puesto que la finalidad constitucional, a la que antes se hacía mención, se manifiesta en que su finalidad material es llevar al conocimiento de sus destinatarios los actos y resoluciones al objeto de que éstos puedan adoptar la conducta procesal que consideren conveniente a la defensa de sus derechos e intereses y, por ello, constituyen elemento fundamental del núcleo de la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizada en el art. 24.1 de la Constitución española (CE), sentencias del Tribunal Constitucional 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3, ó 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2. Este es el foco que en definitiva debe alumbrar cualquier lectura que se haga de esta materia, lo que alcanza, sin duda, también a las notificaciones electrónicas.

Desde luego el desconocimiento de lo que se notifica, hace imposible no ya que pueda desplegarse una defensa eficaz, sino cualquier defensa. Por ello, lo realmente sustancial es que el interesado llegue al conocimiento del acto, sea uno u otro el medio, y por consiguiente pudo defenderse, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, en cuyo caso no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia, sentencias del Tribunal Constitucional 101/1990, de 4 de junio, FJ 1; 126/1996, de 9 de julio, FJ 2; 34/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 90/2003, de 19 de mayo, FJ 2; y 43/2006, de 13 de febrero, FJ 2]. Por ello, como este Tribunal ha dicho, lo relevante, pues, no es tanto que se cumplan

las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas. Todo lo cual lleva a concluir, en palabras del propio Tribunal Constitucional, que ni toda deficiencia en la práctica de la notificación implica necesariamente una vulneración del art. 24.1 CE, ni, al contrario, una notificación correctamente practicada en el plano formal supone que se alcance la finalidad que le es propia, es decir, que respete las garantías constitucionales que dicho precepto establece, sentencias del Tribunal Constitucional 126/1991, FJ 5; 290/1993, FJ 4; 149/1998, FJ 3 ; y 78/1999, de 26 de abril, FJ 2].

Debe tenerse en cuenta que, como se ha señalado en numerosas ocasiones por este Tribunal, con carácter general, cuando se respetan en la notificación las formalidades establecidas normativamente siendo su única finalidad la de garantizar que el acto o resolución llegue a conocimiento del interesado, debe partirse en todo caso de la presunción *iuris tantum* de que el acto de que se trate ha llegado tempestivamente a conocimiento del interesado; presunción que cabe enervar por el interesado de acreditar suficientemente, bien que, pese a su diligencia, el acto no llegó a su conocimiento o lo hizo en una fecha en la que ya no cabía reaccionar contra el mismo; o bien que, pese a no haber actuado con la diligencia debida (naturalmente, se excluyen los casos en que se aprecie mala fe), la Administración tributaria tampoco ha procedido con la diligencia y buena fe que le resultan reclamables.

Sobre las anteriores premisas ha de hacerse el análisis del caso concreto. A dicho efecto, por las razones apuntadas anteriormente, ha de estarse al material fáctico y valoración realizada por la Sala de instancia, que en apretada síntesis identifica dos conductas irregulares la de la Administración, por las deficiencias en la notificación realizada y apartarse de la forma habitual de la notificación electrónica que venía haciendo, y la de la Mutuality por la falta de diligencia de su empleada encargada de recibir las notificaciones electrónicas. Ha de observarse que la Sala de instancia parte de la doctrina correcta, centra su discurso en el derecho de defensa, y analiza la conducta de la Administración, la imperfección de la notificación, y de la Mutuality, la falta de diligencia del destinatario, significa el reproche penalizador que acompaña al recargo de apremio, en la línea en la que una constante jurisprudencia se ha movido cuando se trata de notificación de actos sancionadores en los que se exige a la Administración extremar el celo, y la desproporción entre las consecuencias y la conducta negligente de la empleada en relación con la imperfecta notificación electrónica, para concluir, por las especiales circunstancias del caso concreto, que otra solución colocaría al contribuyente en situación de indefensión. En definitiva, en última instancia

habiendo aplicado correctamente la Sala la legislación vigente y la doctrina jurisprudencial sobre la materia, el debate se desplaza a una pura cuestión de valoración de la prueba, lo que nos conduce a las reflexiones realizadas anteriormente para desestimar el recurso de casación”.

(STS de 16 de noviembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Montero Fernández).

(ROJ: STS 4991/2016. NºRecurso: 2841/2015.<http://www.poderjudicial.es>)

XX. RESPONSABILIDAD

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

A causa de la incorrecta transposición de una Directiva.

“La demandante impugna la desestimación primero presunta y luego ya expresa de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador descrita en el Antecedente de Hecho Primero de esta sentencia. En concreto la reclamación se basa en que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de 6 de octubre de 2005, dictada en el asunto C-2045/03, declaró que España había hecho una incorrecta trasposición de la Sexta Directiva o Directiva 77/388/CEE en lo relativo al cálculo de prorrata del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA) mediante los artículos 102.1.21º y 104.2.2º de la Ley 37/1992.

Así las cosas, para juzgar la conformidad a derecho de los actos impugnados que apreciaron la cosa juzgada como impeditiva de la declaración de responsabilidad patrimonial, debe tenerse presente lo que sigue:

1º Que respecto de la firmeza del acto de liquidación, esta Sala viene señalando que tanto si se impugnó o no como si ha prescrito el derecho a la devolución de ingresos indebidos, no son circunstancias que impiden la reclamación de responsabilidad patrimonial.

2º La razón es que la impugnación o revisión de liquidaciones tributarias y la impugnación de la denegación de la reclamación por responsabilidad obedecen al ejercicio de potestades diferentes, que responden a principios, y protegen bienes jurídicos, no coincidentes. *«Dicho de otro modo, el objeto y la razón de decidir, son distintos y, en todo caso la acción de responsabilidad obliga a reparar el daño, pero no anula el efecto de cosa juzgada derivado de la sentencia judicial anterior»* (cf. entre otras muchas, la sentencia de esta Sección de 24 de febrero de 2016, recurso contencioso-administrativo 195/2015).

3º A estos efectos, ya la sentencia del Pleno de la Sala, de 2 de junio de 2010 (recurso contencioso administrativo 588/2008), entendió que las normas referidas al instituto de la cosa juzgada deben interpretarse de modo estricto y no extensivo, por lo que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones invocadas en el proceso ya fenecido pero no a las distintas y esto último - que sean distintas - cabe apreciarlo respecto del *petitum* o bien jurídico cuya protección se solicita en un supuesto de reclamación por responsabilidad patrimonial.

4º Por lo tanto, la reclamación por responsabilidad patrimonial no queda impedida por ese pronunciamiento previo pues - en este caso - lo que juzgó la sentencia de la Audiencia Nacional fue la concurrencia de un supuesto en el que cabe rectificar un acto firme que ha dado lugar a un ingreso indebido; en cambio lo que ahora se juzga es la responsabilidad patrimonial por un daño antijurídico causado no por la Administración tributaria sino por el legislador y la *causa petendi* es la concurrencia de los elementos integradores de esa responsabilidad, no la legalidad de lo decidido por la Administración tributaria conforme al artículo 8.2.2º del Real Decreto 1163/1990.

De esta manera, frente a lo sustentado por la Administración demandada y según esa jurisprudencia constante y de sobra conocida, concurren en este caso los requisitos para apreciar dicha responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión, y en concreto porque:

1º La norma comunitaria -la Sexta Directiva- vulnerada por la norma nacional sí confería derechos a los particulares; concretamente, el derecho a la deducción del IVA soportado sin más excepciones o limitaciones que las establecidas en ella.

2º La norma nacional sí supuso una infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea, tal y como se razona en las sentencias antes citadas y a las que ahora procede remitirse.

3º Existe el nexo de causalidad directa entre la aplicación de la norma interna declarada por la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2005 contraria a la Sexta Directiva y el daño ocasionado a la entidad reclamante, que no pudo deducir el IVA soportado en la cifra que le hubiera correspondido de haberse respetado por la legislación española los mandatos contenidos en la norma comunitaria”.

(STS de 7 de noviembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 1º, 5º y 7º. Magistrado Ponente Sr. Requero Ibáñez).

(ROJ: STS 4879/2016. Nº Recurso: 186/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

FACULTADES DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Las modificaciones del planeamiento que incidan sobre actuaciones declaradas ilegales en sentencia firme, deben demostrar que aquéllas no tienen por finalidad convertir lo ilegal en legal, sino atender el interés público urbanístico.

“La Sala de instancia considera, por el contrario, en sus autos de 2 de febrero de 2015 y 29 de enero de 2016, que no concurren los requisitos exigidos para que se entienda vulnerado el citado artículo 103.4, ya que en el recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la sentencia de cuya ejecución ahora se trata, se impugnaba el acuerdo de Adaptación Básica del PGOU de Las Palmas de Gran Canaria a las referidas leyes 1/2000 y 19/2003, mientras que en el acuerdo de la COTMAC de 29 de diciembre de 2012 ahora recurrido se aprueba la Adaptación Plena de dicho Plan a las referidas normas, por lo que se trata de una revisión- adaptación de un planeamiento anterior “a los nuevos criterios respecto a la estructura general y orgánica de los elementos que la constituyen con sus consiguientes determinaciones, por lo que no se puede apreciar identidad sustancial entre el planeamiento anterior y el aprobado en 2012”.

Contra los referidos autos la recurrente interpone recurso de casación al amparo del apartado c) del artículo 87.1 de nuestra Ley Jurisdiccional, éste es, por resolver cuestiones no decididas en la sentencia o por contradecir los términos del fallo que se ejecuta.

Se fundamenta el motivo en que el nuevo P.G.O.U de Las Palmas de Gran Canaria introduce una nueva determinación de planeamiento, la de “Equipamiento Estructurante” que permite la continuidad de las dos instalaciones anuladas por la sentencia de cuya ejecución ahora se trata.

Conviene ante todo recordar que el fallo de dicha sentencia vino determinado por la falta de justificación de tales edificaciones en el suelo de protección agrícola.

Pues bien, el PGOU objeto ahora de impugnación no sólo tiene por finalidad adaptarse plenamente a las citadas leyes 1/2000, de 8 de mayo y 19/2003, de 14 de abril, sino también a la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de Ordenación Territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo, que afronta la ordenación del uso del suelo rústico, mediante la modificación del artículo 55.b) 5 del TR-LOTCEC, estable-

ciendo el suelo rústico de protección de infraestructuras y equipamientos para la implantación de equipamientos y dotaciones en suelo rústico.

Como consecuencia precisamente de dicha modificación, el suelo rústico de protección agraria de la Adaptación Básica del PGOU de 2005 se recategoriza, en función de los valores en presencia, una parte como protección paisajística -SRPP-3- por sus valores naturales, otra parte como protección de infraestructuras y equipamientos -SRP1-2- por su aptitud para cubrir las necesidades de implantación de actividades, y un resto que conserva la categoría de protección agraria 1 - SRPA-1- en el suelo que mantiene la estructura agraria.

Interesa señalar que no sólo las referidas leyes 1/2000 y 19/2003 son anteriores a la sentencia de cuya ejecución se trata, sino que también lo es la 6/2009, creadora del suelo rústico de protección de infraestructuras y de equipamientos y a la que el PGOU de Las Palmas no se había adaptado hasta la aprobación cuestionada en el presente incidente de ejecución.

Esta Sala tiene declarado, así sentencias de 10 de diciembre de 2003 , 4 de mayo de 2004 y 2 de febrero de 2006 , que tras la anulación de un determinado planeamiento, *“si bien la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertirlo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente el interés público urbanístico”*.

Pues bien, en el presente caso la Comunidad Autónoma de Canarias acompañó a su escrito de oposición al incidente de ejecución de sentencia la Memoria de Ordenación Estructural en la parte relativa a la justificación de la ordenación, así como un informe técnico sobre las específicas circunstancias que justifican la inclusión del Centro Reto y depósito de vehículos en el suelo categorizado de Protección de Infraestructuras y de Equipamientos, que han puesto de manifiesto que, en contra de lo alegado por la recurrente, la actuación de la Administración no ha tenido por finalidad contravenir el pronunciamiento del fallo cuestionado”.

(STS de 13 de diciembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º, 4º y 5º. Magistrado Ponente De Oro-Pulido y López).

(ROJ: STS 5410/2016. Nº Recurso: 807/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Espacio radioeléctrico. Choque entre competencias estatales y potestades normativas municipales. Criterios.

Constituye el objeto del presente recurso la Ordenanza Municipal para la regulación de la ubicación, instalación y funcionamiento de Sistemas de Comunicación Radioeléctricas, aprobada por acuerdo plenario del Ayuntamiento de Gelves de 15 de julio de 2013, y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 14 de agosto de 2013.

Se interesa en la demanda como pretensión principal por parte de Telefónica Móviles España, S.A.U. la declaración de nulidad de la totalidad de la Ordenanza sin otro motivo que el de tener el Estado competencia exclusiva sobre las telecomunicaciones.

Esta alegación no puede prosperar: A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016 (Sección Cuarta, recurso 2300/2014) recuerda la jurisprudencia creada en recursos en los que se ha planteado, como aquí, que las ordenanzas municipales invadían competencias estatales, la cual puede resumirse en los siguientes puntos:

“1º) El Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones -artículo 149.1.21ª de la Constitución - lo que se circunscribe a los «aspectos propiamente técnicos». Se está así ante un título competencial sectorial.

2º) Este título ni excluye ni anula las competencias municipales para la gestión de sus respectivos intereses que son de configuración legal. Tales intereses se plasman en unos títulos competenciales transversales (la ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente), cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil.

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

3º) Se está así ante títulos competenciales de distinta naturaleza, uno sectorial de titularidad estatal y otros transversales de titularidad municipal que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio -suelo, subsuelo y vuelo-, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades.

4º) La Sala ha aplicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, referida a la concurrencia competencial de la normativa estatal y autonómica, pero ha entendido que su doctrina es extrapolable al ejercicio por los municipios de su potestad reglamentaria. De esta Sentencia cabe deducir que los títulos antes citados se limitan y contrapesan recíprocamente; no pueden vaciarse mutuamente de contenido y han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial.

5º) Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha dicho, por ejemplo, que de entrecruzarse e incidir en el mismo espacio físico una competencia estatal sectorial con una competencia horizontal, ésta tiene por finalidad que su titular -en esa sentencia, las Comunidades Autónomas- formule una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones incluida la estatal.

6º) La competencia sectorial como la ahora contemplada condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o concertación como fórmulas de integración de estos ámbitos competenciales concurrentes. Aun así, si esas fórmulas resultan insuficientes, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.

7º) De esta manera, como la Sala ha declarado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye las municipales, los Ayuntamientos en sus ordenanzas pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones.

8º) Estas exigencias impuestas por los municipios en atención a los intereses cuya gestión les encomienda el ordenamiento, deben ser conformes a ese ordenamiento y no pueden suponer restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni pueden suponer limitaciones.

9º) Esto ha llevado a la Sala a fijar como doctrina que el enjuiciamiento de los preceptos impugnados en cada caso se haga desde principios como el de

proporcionalidad, lo que implica un juicio sobre la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación que se haga al derecho al operador y el interés público que se intenta preservar”.

Esto dicho, esta misma Sala y Sección en su recurso núm. 483/2013, conociendo del que interpuso la entidad mercantil France Telecom España S.A. contra la misma Ordenanza Municipal de Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas en el municipio de Gelves, dictó sentencia el 18 de junio de 2014, que ha ganado firmeza, declarando la nulidad de los artículos 6.2; art. 10 excepto el apartado 8 del citado artículo; 12.2; 22.2.c); 22.3 y 25.

Examinaremos, pues, ahora los preceptos impugnados por la aquí recurrente, Telefónica Móviles España, S.A.U. Alega ésta, primeramente, la nulidad radical del inciso del art. 1 de la Ordenanza “con todas las garantías de seguridad y salubridad para los ciudadanos” por invadir las competencias del Estado sobre protección de la salud pública en relación con los límites de emisión radioeléctrica y distancias mínimas.

Dicho precepto enuncia cuál es el objeto de la Ordenanza: La regulación de “las condiciones urbanísticas y medioambientales a las que deben someterse la ubicación, instalación y funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación en el término municipal de Gelves a fin de que su implantación se realice con todas las garantías de seguridad y salubridad para los ciudadanos”.

Así redactado el precepto, que no incide en aspectos técnicos, no entra en contradicción con la normativa estatal en la materia.

En segundo lugar se interesa la nulidad de la exigencia de un plan de implantación como condición para la autorización municipal del establecimiento de las instalaciones, por supeditarse a las necesidades del Ayuntamiento y no recabar de la Administración del Estado el preceptivo informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial al que se refieran.

Con la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2013 (recurso 3420/2010), debemos decir que “un plan de implantación del conjunto de la red dentro del término municipal, con el que se pretende la localización de las distintas instalaciones titularidad del operador, y así conjugar su impacto paisajístico y ambiental con la adecuada cobertura territorial, obedece a una medida relacionada con materias estrechamente vinculadas a la protección de intereses municipales, no resultando desproporcionada la exigencia de di-

cha planificación”. Por tanto, no procede la declaración de nulidad de los arts. 3 y 8 de la Ordenanza.

En cambio, el art. 10, como bien alega la recurrente, en sus n^o 1 a 4 establece una regulación de los límites de exposición, y en sus n^o 6 y 7 determina un establecimiento de áreas preferentes y de distancias a suelo urbano y centros sensibles, así como en el art. 25.1, a su vez, establece que la Comisión Local de Nuevas Tecnologías asume “las competencias de inspección de las antenas, con participación de la ciudadanía”.

Pues bien, la misma STS de 1 de octubre de 2013 se pronuncia al respecto así: “Tal como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, de 18 de enero, el Estado, por medio del Real Decreto 1066/2001, «en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico, así como para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de autorización, seguimiento, inspección y control en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones». «En efecto, la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no solo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones».

El Pleno de esta Sala del Tribunal Supremo, en la sentencia de 11 de febrero de 2013 (recurso de casación 4490/2007) ha venido a depurar determinados desajustes apreciados en los criterios mantenidos por las Secciones Cuarta y Quinta de la propia Sala al respecto de las regulaciones contenidas en ordenanzas o planes urbanísticos que incidían en las instalaciones e infraestructuras de las telecomunicaciones. Será obligado, pues, referirnos ahora a ese

pronunciamiento por contener, en definitiva, la doctrina aplicable, con la que se da respuesta al primer motivo de casación.

Al igual que sucedía en el caso examinado en la sentencia del Pleno de 11 de febrero de 2013, para establecer las limitaciones impuestas el Ayuntamiento carece de título habilitante, porque el Estado ya ha intervenido aplicando el principio de precaución con una reglamentación que, atendido el estado de la ciencia, tiene una pretensión de exclusividad, por lo que representa un ámbito en el que las Corporaciones Locales tienen impedida cualquier posibilidad de regulación.

Decíamos entonces y repetimos ahora que «el ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas representa para los Ayuntamientos un límite al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBRL». A ello añadíamos que «Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen más límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radiolétricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como “sensibles”, que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante».

Con este criterio queda claro que las Corporaciones Locales no pueden regular y exigir, en este caso mediante un Plan Especial, normas adicionales de protección de la salud pública más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica -Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre-, en relación con las prohibiciones de ubicación, distancias a los espacios sensibles, y emplazamiento de las instalaciones. En el caso examinado, aunque las normas del Plan no contienen límites de emisiones radioeléctricas distintos de los contenidos en el Reglamento, las medidas impugnadas contenidas en los preceptos que ahora examinamos obedecen a razones de salud, con lo que se

produce una invasión por extralimitación de la competencia exclusiva estatal ex artículo 149.1.16- de la Constitución por más que se considere que las previsiones son totalmente compatibles con las del Real Decreto 1066/2001. A decir verdad, en algunos extremos la compatibilidad sería más que dudosa, como es el caso de la prohibición de instalación de elementos en el interior de parcelas que alberguen equipamientos considerados sensibles contenida en el Plan, cuando el Real Decreto lo que establece es una directriz de minimizar en los espacios sensibles los niveles de exposición del público a las emisiones radioeléctricas, sin olvidar que el artículo tercero de la Orden CTE /23/2002 obliga a presentar un Estudio de niveles de exposición con las solicitudes de autorización de estaciones radioeléctricas cuando en un entorno de 100 metros existan espacios considerados sensibles.

Tampoco es atendible que algún precepto (como ocurriría con el artículo 4.1.1) se haya limitado a clarificar y a traducir a lenguaje jurídico-urbanístico la relación de “espacios sensibles” que establece el artículo 8-7 d) del Real Decreto 1066/2001 , pues el Ayuntamiento no puede arrogarse competencias de desarrollo o clarificación en una materia que compete en exclusiva al Estado.

En definitiva, el Estado ha ejercitado sus competencias exclusivas en esta materia y el Ayuntamiento no puede adicionar condiciones o restricciones añadidas a las ya establecidas”.

Se interesa la nulidad del art. 5.2.d) de la Ordenanza en cuanto exige informar al Ayuntamiento de las características técnicas de la estación, zona estimada de cobertura, características del sistema radiante y cálculo de exposición, y además, previamente a la instalación, por entender la recurrente que es una información de aspectos de carácter técnico ajeno al estrictamente urbanístico, que es el que debe guiar la planificación exigida.

Sin embargo, la petición de información concerniente a tales características no constituye ninguna invasión de las competencias exclusivas que el Estado tiene en la materia, por lo que esta alegación no se puede estimar (véase en igual sentido el fundamento jurídico décimo quinto de la STS del 24 de febrero de 2015, rec. 2273/2013).

En cuanto a la impugnación del art. 6.1.b), referido a los criterios para la instalación de los equipos, establece dicho precepto que “en el caso de infraestructuras radioeléctricas sobre cubierta de edificios, sus titulares procurarán instalar el sistema emisor de manera que el haz principal no incida sobre el propio edificio, terraza o ático”. También se impugnan los tres últimos párrafos del art. 7 de la Ordenanza, relativos a la actualización y modificación del

plan de implantación, en cuanto al deber de los operadores de “comprobar que la suma de niveles de energía radiada es inferior al mínimo establecido” y la de “justificar adecuadamente (necesidad de cobertura, calidad de servicio, etc.) la necesidad de nuevas Estaciones de base o reubicación de las existentes para poder obtener la autorización por parte del Ayuntamiento”. En realidad, estos aspectos técnicos constituyen materia de la exclusiva competencia del Estado, aun cuando no vulnerasen lo dispuesto en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, pues, como ya se dijo, el Ayuntamiento no puede atribuirse competencias de desarrollo o de clarificación en una materia que compete en exclusiva al Estado, por lo que procede estimar esta pretensión actora.

También se impugna el art. 6.2 de la Ordenanza, según el cual “en las instalaciones se deberá utilizar la solución constructiva técnica y económicamente viable que mejor contribuya a la minimización del impacto visual y medioambiental”. De igual modo está redactado el art. 22.2.c) de la Ordenanza.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016 (recurso 2300/2014) estima el recurso contra la sentencia que entendía que “las características de las instalaciones no son extrañas a la competencia municipal sobre seguridad y ornato de edificaciones, protección del paisaje o entorno, luego tal exigencia es proporcional para la protección de los intereses públicos cuya tutela corresponda al Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias en esas materias; tampoco invade las competencias estatales del artículo 149.1.21- de la Constitución”. El motivo aducido por la recurrente era en ese caso que “la obligación de justificar que el operador va a emplear la tecnología más avanzada para minimizar el impacto visual debe exigirse bajo el cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, por el cual se deja a las operadoras la libertad de elegir las soluciones tecnológicas que más les convengan. Los preceptos impugnados se extralimitan en sus competencias al adentrarse de lleno en el ámbito de las telecomunicaciones y cita así las sentencias de esta sección de 24 de abril de 2012, de 31 de mayo, 7 y 12 de junio de 2013 (recursos de casación 1598/2007, 4398/2011 y 4689/2010 respectivamente) en relación con el artículo 149.1.21ª de la Constitución, porque la Sentencia impugnada no menciona expresamente el respeto a los parámetros técnicos fijados por el Estado”. El Alto Tribunal “estima este motivo pues aunque no se hace una crítica al razonamiento de la sentencia, sin embargo las sentencias de esta Sala y Sección antes citadas sustentan la anulación de la exigencia de la justi-

ficación de la mejor tecnología cuando la Ordenanza en cuestión no salva los criterios fijados por el Estado respecto del nivel tecnológico, que es a quien compete establecer un régimen uniforme en esta materia; esa falta de precisión genera incertidumbre, cosa que no ocurriría si la Ordenanza impugnada se fundase claramente en la normativa estatal, lo que no es el caso, razón por la que se estima en este punto el recurso de casación”.

Se impugna el art. 10.7.c) -por error se invoca el apartado e)- en cuanto a la exigencia de aportar autorización de la comunidad propietaria del emplazamiento, así como el art. 9.4 en cuanto impone la “obligación de los vecinos arrendadores de solicitar al Ayuntamiento informe favorable sobre los usos relativos a la instalación de antenas”.

Esta pretensión se ha de acoger. La STS de 5 de junio de 2013 (recurso 6562/2008), invocada por la recurrente, ya recuerda cómo el Alto Tribunal se ha “pronunciado sobre esta cuestión en nuestra STS de 23 de noviembre de 2010, rec. 4780/2006 , en la que se citan otras anteriores de 6 y 27 de abril de 2010 (rec. 4450/2007, rec. 4801/2006, respectivamente), donde nos planteábamos la conformidad a derecho de disposiciones que entre la documentación a presentar por el operador para la obtención de la licencia de instalación era la que acreditara la conformidad del titular del terreno o finca sobre la que se habría de ubicar la instalación. Esta exigencia se consideró nula por cuanto limita el derecho de los operadores a la ocupación de la propiedad privada, tal y como aparece recogida en la legislación estatal de telecomunicaciones -artículo 28LGTel-.

En todo caso, la disponibilidad por los operadores de los terrenos sobre los que pretenden asentar sus redes, bien se obtengan dichos terrenos de forma forzosa o voluntaria, es una situación ajena al limitado ámbito de control que pueden ejercer los Ayuntamientos”.

En igual sentido se pronuncia la STS de 17 de marzo de 2016 (recurso 1876/2014).

Se impugna el último párrafo del art. 22.5 de la Ordenanza, que establece textualmente respecto del deber de conservación: “En los supuestos de cese definitivo de la actividad o existencia de elementos de la instalación en desuso, el titular de la licencia o, en su caso, el propietario de las instalaciones deberá realizar las actuaciones necesarias para dismantelar y retirar los equipos de radiocomunicación o sus elementos, restaurando el estado anterior del terreno, la construcción o edificio que sirva de soporte a dicha instalación, en un plazo máximo de tres meses”. El último párrafo añade: “Serán responsables subsidiarios de esta obligación, a excepción del deber de revisión, el promotor

de la obra o de la actividad, el que hubiere realizado la instalación y el propietario o comunidad de propietarios del inmueble donde se ubican. Por lo que hace a la responsabilidad subsidiaria, ha de recordarse que el artículo 130.3 de la Ley 30/1992 establece: “Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”.

Atendiendo a lo establecido en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, ha de concluirse que el último párrafo del art. 22.5 de la Ordenanza, en la determinación de los responsables subsidiarios, excede de lo que contemplan estas Leyes citadas, pues no hacen una determinación de responsables subsidiarios de la comisión de las infracciones. Este párrafo, por lo tanto, ha de ser anulado, sin perjuicio de la posibilidad de exigir la responsabilidad por la comisión de infracciones a los sujetos que puedan resultar responsables con arreglo a lo previsto en dichas leyes.

A igual conclusión llega la sentencia de la Sala de Granada de este T.S.J. de Andalucía de 9 de julio de 2007 (recurso 1578/2002).

Se impugna también el art. 10.7.d) de la Ordenanza que exige para la autorización de antenas suscribir una póliza de responsabilidad civil que cubra los daños a personas y cosas.

Esta alegación hay que estimarla. La cuestión no es tanto la exigibilidad sino quién puede exigir dicha obligación, siendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo clara en este punto (cf. sentencias de 8 de marzo y 17 de mayo de 2013, recursos de casación 5778/2005 y 3177/2006, respectivamente) señalando la segunda de las citadas que no existe normativa sectorial específica que exija a los operadores la constitución de seguro de responsabilidad civil por los daños que pueda producir la actividad, máxime si el estado actual de conocimientos y la autorización y control del Estado y a su vez de organismos internacionales no determinan que deba existir una garantía especial para afrontar posibles perjuicios.

Se impugna la imposición de la obligación de “compartición” de infraestructuras establecida en el art. 10.8 y en el art. 15 de la Ordenanza.

Al respecto ya nos pronunciamos en nuestra sentencia de 18 de junio de 2014 (recurso 483/2013) en los siguientes términos: “En la también reciente sentencia de 14 de febrero de 2012 -recurso núm. 3830-2010 obtenemos el criterio jurisprudencial

aplicable al uso compartido de instalaciones que deriva del apartado 8 del artículo 10 y del 15 de la Ordenanza, expresándose en los siguientes términos:

“El Tribunal Supremo en sentencia de 27 diciembre 2007, señala que en “el momento en que se está imponiendo un uso compartido para instalaciones a una determinada distancia se está contraviniendo lo dispuesto en la normativa estatal, que no establece esas prohibiciones ni limitaciones al número de infraestructuras, menos aún con carácter general para todos los supuestos sin tener en cuenta las peculiaridades de cada situación concreta, y se está cercenando la competencia que esa legislación atribuye a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones para adoptar la resolución final con base en la viabilidad económica de la contilización, las obras adicionales que hayan de realizarse. Ni razones urbanísticas ni medio ambientales permiten una limitación tan general” En el mismo sentido la sentencia de 13 noviembre 2007, “Es clara y tajante la normativa estatal vigente respecto al “fomento” que no “imposición” de la compartición”.

En el caso que nos ocupa, tanto el apartado 8 del artículo 10 como el artículo 15 no infringen la LGT. El artículo 30 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre dispone que “al regular la ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada, dispone, en primer término, que las Administraciones públicas fomentarán la celebración de acuerdos voluntarios entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras situadas en bienes de titularidad pública o privada; después, que cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario; y a continuación, que el uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendado.

En el caso que nos ocupa, los preceptos de la Ordenanza que se refieren a la compartición de infraestructuras no infringen la Ley, pues los criterios que establecen no son imperativos: en el art. 10.8 se emplea la expresión “siempre que sea posible”, y en el art. 15 “se promoverá siempre y cuando sea viable” con lo que parece favorecer los acuerdos entre las operadoras para compartir ubicaciones que establece el art. 30 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Se impugnan los arts. 11, 12 y 13 de la Ordenanza en cuanto imponen determinadas condiciones que inciden sobre los elementos técnicos de las instalaciones.

Esta alegación se ha de estimar porque el art. 11.1 se refiere a las condiciones aplicables a las edificaciones normalizadas (casetas u otros contenedores), el art. 12.2 a las condiciones aplicables a los sistemas radiantes (antenas) y el art. 13.3 a las condiciones de aplicación a los mástiles y torres, apreciándose una extralimitación de la competencia del Ayuntamiento al introducir exigencias técnicas en edificaciones, antenas y mástiles.

Se impugna el art. 23 de la Ordenanza según el cual “estarán sujetas a los mismos requisitos establecidos en la presente ordenanza para la primera instalación la renovación o sustitución completa o parcial de una instalación y la reforma de las características de la misma que hayan sido determinantes para su autorización (sistemas radiantes, estructuras portantes, balizamientos, potencia de emisión, caseta, aires acondicionados, equipos de suministro eléctrico, trazado de cableado exterior, etc.), así como la sustitución de cualquiera de sus elementos por otro de características diferentes a las autorizadas. La razón de la impugnación es que se pretende fiscalizar y controlar la renovación o sustitución de elementos técnicos de las instalaciones.

Sin embargo, que la renovación o sustitución completa o parcial de una instalación esté sujeta a los mismos requisitos válidos que se exigen en la primera instalación no supone una indebida invasión de competencia estatal por parte del Ayuntamiento.

Sí se ha de anular el párrafo primero del art. 14 de la Ordenanza, también impugnado, que establece que “las infraestructuras radioeléctricas deberán señalizarse y, en su caso, vallarse, de acuerdo con lo establecido en el art. 8.2 del R.D. 1066/2001”, pues el Estado en el ejercicio de sus competencias regula la sobre esta materia, como ya se dijo, con vocación de exclusividad.

Se interesa la nulidad de los arts. 9.3 y arts. 16 a 21, sobre exigencia de sometimiento a información pública y licencias de apertura, de actividad y de funcionamiento, por contradecir la regulación estatal introducida en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Por lo que respecta al art. 9.3 de la Ordenanza se establece en él la “intervención activa de los ciudadanos en la Comisión de Telecomunicaciones que ha de controlar la puesta en funcionamiento y realizar el seguimiento y control pertinentes, de cada antena, previo los informes técnicos correspondientes en cada caso”.

Como expresa la sentencia del T.S.J. de Murcia de 17 de mayo de 2013 (recurso 423/2008), el motivo debe ser desestimado “pues el derecho que la Ordenanza concede a los ciudadanos de acceder a la información de los Planes, y el sometimiento a información pública de los Planes de Despliegue de antenas para alegar sobre ubicación y características, no supone ninguna intromisión de competencias ejercidas por el Estado (a través del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) en el procedimiento de control e inspección de las instalaciones de telecomunicaciones. A través de este derecho el Ayuntamiento no ejercita una competencia que no le corresponda, ni se produce vulneración del RD 1066/2001, tal y como se denuncia. Ni ello supone una intromisión en la relación contractual entre operadoras y particulares. En realidad, permitir a los ciudadanos formular alegaciones sobre estas materias, no implica alterar ninguna de las competencias en la materia, ni el hecho de que el conocimiento de las mismas precise conocimientos técnicos impide el uso de tal derecho”.

Por su parte, en lo que respecta al “régimen jurídico de las licencias” contenido en los arts. 16 a 21 de la Ordenanza, la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, establece que “las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley se aplicarán a las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, a excepción de aquéllas en las que concurran las circunstancias referidas en el artículo 2.2 de esta Ley -las actividades desarrolladas en establecimientos que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público-, ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, tengan impacto en espacios naturales protegidos. La presente disposición se entiende sin perjuicio de la aplicación a dichas instalaciones de lo establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”.

Pues bien, los preceptos contenidos en el Título I de la Ley 12/2012 recogen la inexigibilidad de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, así como de otras similares o análogas, que serán sustituidas por declaraciones responsables, o bien por comunicaciones previas.

Por tanto, se ha de estimar esta alegación de la recurrente y declarar nulos los arts. 16 a 21 de la Ordenanza, que han de entenderse además derogados

por el artº 34.6 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones .

Se impugnan también los arts. 22.3 y 25 de la Ordenanza. Ya nos pronunciamos en nuestra sentencia de 18 de junio de 2014 (recurso 483/2013) del siguiente modo: *Asimismo se solicita la anulación del artículo 22.3 de la Ordenanza, el cual establece que “tras la concesión de licencia de funcionamiento del equipo de telecomunicación se deberán presentar ante el Delegado de Economía y Hacienda y Relaciones Institucionales, con periodicidad semestral, certificado expedido por entidad colaboradora independiente oficialmente autorizada acerca de que la instalación sigue cumpliendo los niveles máximos de exposición a campos electromagnéticos que le fueron autorizados”. El motivo debe prosperar pues las cuestiones sobre inspección y certificación de las instalaciones radioeléctricas competen en exclusiva al Estado conforme a la ya reiterada STS de 24/04/2012, y ello debe determinar la nulidad del artículo 25 de la Ordenanza “Inspección y Disciplina” por las mismas razones.*

Incluido, por supuesto el apartado 8 de este art. 25, que dispone que “el Ayuntamiento de Gelves, por razones de interés público, podrá exigir en cualquier momento la modificación de la ubicación de las instalaciones o de cualquiera de sus elementos, siendo esta modificación obligatoria para la empresa autorizada”. Como bien dice la recurrente, esas razones de interés público quedan en un grado de indefinición e incertidumbre tales, que el precepto pugna con el principio constitucionalmente consagrado de seguridad jurídica que ha de presidir las relaciones de la Administración con los operadores económicos.

Se alega también la nulidad del régimen sancionador contenido en el art. 27 de la Ordenanza.

En principio cabe recordar con la STS de 12 de junio de 2013 (recurso 4689/2010), “que las entidades locales pueden establecer un régimen de infracciones y sanciones en las Ordenanzas -potestad sancionadora, artículo 4.1. f) LBRL-, puesto que así se vino a regular en los artículos 139 y ss LBRL a partir de la reforma operada por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local, que entre otros aspectos, introduce un nuevo título a la Ley de Bases de Régimen Local, el XI, referente a la “Tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales en determinadas materias”, pero con los condicionantes recogidos en ese articulado”. Por eso añade dicha STS, invocada por la recurrente, que se ha de proceder a un examen más pormenorizado del precepto impugnado, en este caso el aludido art. 27 de la Ordenanza, para comprobar si tipifica conductas u omisiones que responden al legítimo ejercicio de las competencias urbanísticas y de ordenación del territorio que le corresponden, o no, en el caso

que invadan o desconozcan la competencia del Estado sobre la inspección, control y subsiguiente sanción del funcionamiento de la actividad fuera de las previsiones del RD 1066/2001, de 28 septiembre, porque si el Ayuntamiento no puede regular ni exigir límites adicionales de protección, tampoco puede reaccionar y restablecer el orden jurídico vulnerado mediante un régimen sancionador, por cuanto carece de competencia para ello; los artículos 50.7 y 58 LGTel 32/2003 atribuyen esta potestad al Estado.

El artículo 27.1.1.A) de la Ordenanza recoge entre las infracciones muy graves: “La instalación sin las correspondientes licencias de las infraestructuras radioeléctricas”.

El artículo 27.1.2 de la Ordenanza tipifica como infracciones graves:

“A) El funcionamiento de la actividad con sus equipos de telecomunicaciones sin respetar las condiciones que figuren incorporadas a la licencia concedida.

B) El incumplimiento de los deberes de conservación, revisión y retirada de las instalaciones radioeléctricas.

C) El incumplimiento de los plazos de adecuación de las instalaciones existentes establecidos en la presente Ordenanza”.

Estos preceptos deben ser anulados porque, de un lado, carece el Ayuntamiento de competencia para imponer condiciones al funcionamiento de la actividad en la licencia, como se alega por la recurrente; y de otro, porque no responden al ejercicio de competencias urbanísticas sino se basan en una pretendida competencia para proteger la salud pública que ya hemos dicho que no ostenta.

Por último, el artículo 27.1.3 de la Ordenanza dispone que son infracciones leves: “Aquellas otras acciones y omisiones, de escasa entidad y perjuicio a los intereses generales, no contempladas en los apartados anteriores, que vulnere lo dispuesto en lo referente a las instalaciones radioeléctricas”.

Este precepto infringe el principio de tipicidad al no establecer ni describir de manera concreta qué acciones son merecedoras de una sanción. La sentencia de del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 se pronuncia así:“(…/…) la falta que nos ocupa tipifica como infracción leve aquellos actos no contemplados como infracción grave o muy grave que “vulneren lo dispuesto en lo referente a las instalaciones radioeléctricas”, sin acotar de ninguna manera aquello que consista en “lo referente a las instalaciones”, de manera que haga discernible la conducta objeto de reproche. Es igualmente doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo la que indica que ha

de flexibilizarse la exigencia de ley para la regulación de las infracciones y sanciones en cuanto se refiere a las Ordenanzas municipales, siempre que se apruebe por el Pleno del ayuntamiento (en este caso la aprobación inicial por la comisión de urbanismo del Ayuntamiento devino definitiva por falta de reclamación), “aunque esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley” (así la Sentencia del Tribunal Constitucional 161 y 193/2003). Dicho todo esto, el recurso cuestiona la anulación del artículo 20.1.3 de la Ordenanza por cuanto dice que por tratarse la que nos ocupa de una relación de sujeción especial, ha de considerarse que el titular de una instalación radioeléctrica tiene suficiente conocimiento de las concretas obligaciones que tiene en tal cualidad, como de la calificación de sus incumplimientos, de lo que desprende que se respeta el principio de seguridad jurídica. En dichos términos, se ha entendido la modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativa, en tanto en cuanto que la naturaleza o contenida de esta categoría administrativa permita una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones, así en relación con un preso (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987), un Policía Nacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1989) o un Arquitecto colegiado (Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989), si bien, en palabras de las Sentencia del Tribunal Constitucional 69 y 219/1989, “incluso en el ámbito de una “relación de sujeción especial” una sanción carente de toda base normativa legal resultaría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución “. Asimismo, en Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001 , reiterada en Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2003 y 232/2006, en orden la sanción establecida en una Ordenanza municipal respecto una relación de sujeción especial, como fue en la ocasión la prestación de servicios de transporte en autotaxi, declaró que “en el caso que nos ocupa ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es. Tampoco ninguna ley vigente al tiempo de la infracción sancionada modulaba el disfrute de los derechos fundamentales de quien hoy pide nuestro amparo, portante, y con independencia de cómo se denomine la relación que une al titular de la licencia de autotaxi con su Ayuntamiento, no hay fundamento alguno para que la sanción impuesta al recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 de la Constitución . El artículo 25.1 de la Constitución obliga al legislador (Sentencia del Tribunal Constitucional 305/93 , 6/94) a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que a partir de la Constitución se puedan tipificar nuevas infrac-

ciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley”. En lo que nos ocupa, el recurso a pesar de afirmar que la relación de la operadora con el municipio supone una situación de sujeción especial, es lo cierto que no identifica qué fundamento constitucional o legal habilita al ayuntamiento la modulación del principio de legalidad en materia sancionadora al destinatario potencial del régimen sancionador previsto en la Ordenanza, fuera del que resulta del ejercicio de la actividad de telecomunicaciones que compete al Estado; siendo así, es la consecuencia de la relajación de la tipificación que se permite el artículo 20.1.3 que impide a sus destinatarios la predecibilidad de lo que en el ámbito que compete al municipio constituya la conducta infractora, conforme expresa la sentencia impugnada, que lo es para la desestimación del motivo del recurso”.

En cuanto a las sanciones, la Ordenanza establece en el mismo art. 27.2 que “la determinación de las sanciones que corresponde imponer por la comisión de las infracciones tipificadas en esta ordenanza se realizará en la forma siguiente:

2.1. La comisión de las infracciones leves a que se refiere esta ordenanza se sancionarán con multa de 1% al 5% del valor de la instalación.

2.2. La comisión de las infracciones calificadas como graves en la presente ordenanza serán sancionadas con multa del 15 al 30% del valor de la instalación.

2.3. La comisión de las infracciones muy graves se sancionará con multa del 30 al 50% del valor de la instalación.

La recurrente alega que carece este precepto de toda cobertura legal, lo que ni siquiera se discute de adverso. La alegación de la demandante, pues, también se ha de acoger.

Se impugnan las disposiciones transitorias de la Ordenanza. Sobre este particular ya nos pronunciamos en nuestra sentencia de 18 de junio de 2014 (recurso 483/2013) en los siguientes términos:

“Disposición 1-: Instalaciones existentes.

1.1. *Las instalaciones existentes en el momento de entrada en vigor de esta Ordenanza que dispongan de las licencias exigibles de acuerdo con el planeamiento u Ordenanzas vigentes en aquella fecha, deberán adecuarse a esta Ordenanza en el plazo de 1 año.*

1.2. *Las instalaciones existentes en el momento de entrada en vigor de esta Ordenanza que*

no dispongan de las licencias que fueran preceptivas antes de dicha entrada en vigor, deberán cumplir con las obligaciones determinadas en esta ordenanza en los plazos que fije la normativa urbanística, ambiental o sectorial de telecomunicaciones de la Comunidad Autónoma o en su caso, en el plazo máximo de 1 año desde la entrada en vigor de la presente Ordenanza.

2. *Si las instalaciones no cumplieran con lo establecido en el apartado 1, el Ayuntamiento podrá suspender cautelarmente la actividad de las citadas instalaciones hasta que se proceda a la referida adecuación, y podrá ordenar su clausura si transcurrido un mes desde la suspensión, no se hubiera presentado la solicitud de las licencias que correspondan y el Plan de Implantación de las Instalaciones.*

3. *Los plazos establecidos en apartado 1 no impedirán el ejercicio de la potestad inspectora y sancionadora por parte del Ayuntamiento, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta Ordenanza.*

Disposición 2-: Solicitudes en trámite.

Las solicitudes de licencia, presentadas antes de la entrada en vigor de esta Ordenanza de acuerdo con el planeamiento u Ordenanzas vigentes en aquella fecha, deberán adecuarse a esta Ordenanza, para lo cual los solicitantes dispondrán de un plazo de 6 meses quedando suspendida la tramitación del expediente hasta la presentación de la nueva documentación.

Sobre este particular, compartimos el criterio de la STSJ de Murcia de 17 de mayo de 2013 que expresó ante disposiciones transitorias del mismo tenor:

“Como ha señalado la Sala en otras ocasiones (Sentencia 54/2013), tal motivo de impugnación no puede prosperar, pues estas disposiciones no tienen una eficacia retroactiva incompatible con la prohibición establecida en el art. 9.3 de la Constitución. No se trata de una disposición sancionadora o restrictiva de derechos en el sentido estricto en que acoge este concepto la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino que más bien persigue la adecuación de las antenas a la nueva regulación que por su carácter uniforme requiere el establecimiento de un régimen general. Téngase en cuenta que nos encontramos ante actividades amparadas por una autorización por funcionamiento que han de adecuarse a las circunstancias de cada momento, más aún en un campo en que nos movemos en un ámbito de incertidumbre científica en el que se aplica el principio de precaución, y resulta exigible una adaptación permanente a las últimas innovaciones científicas, para la consecución de los fines cuya garantía sí incumbe al Ayuntamiento. Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo y 21 de noviembre de 2006 al confirmar el criterio mantenido por esta misma Sala respecto de Disposiciones Transitorias cuya redacción es semejante a la que nos ocupa, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, y se recoge en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo “cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no”, una retroactividad de

grado medio “cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados”, y una retroactividad de grado mínimo “cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior”.

Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas).

El examen de las disposiciones transitorias de la Ordenanza cuestionada proyecta su eficacia al futuro, tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella establecidas para el otorgamiento de las correspondientes licencias, concediendo un plazo para la obtención de aquéllas y para la modificación de las condiciones de las ya instaladas con sujeción a los nuevos requisitos. Esto supone, a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor)”.

Por último, se impugna la disposición final tercera de la Ordenanza, según la cual: “Si pasados seis meses no se ha presentado el programa de desarrollo por parte de la operadora de telefonía, se procederá a la retirada inmediata de la instalación de radiocomunicación de telefonía móvil, mediante procedimiento de ejecución subsidiaria”.

El fundamento de la impugnación es que dicha disposición vulnera el art. 183 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que prevé que procederá adoptar la medida de reposición de la realidad física alterada cuando las obras sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, se inste la legalización y ésta haya sido denegada, o se haya instado la legalización en el plazo concedido al efecto y de las actuaciones de instrucción realizadas en el procedimiento resulte la improcedencia legal de dicha legalización por desconformidad de los actos con las determinaciones de la legislación y de la ordenación urbanística aplicables.

El Ayuntamiento demandado no discute tampoco este alegato; en consecuencia, se ha de declarar la nulidad de dicha disposición final tercera, así como, por igual motivo, del art. 26.3 de la Ordenanza.

Procede, pues, la estimación parcial del recurso anulando los preceptos de la Ordenanza que se citarán; debiéndose publicar el fallo de esta sentencia

(ex art. 72.2 L.J.C.A.), en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

De conformidad con el artículo 139.1 de la L.J, no procede la condena de ninguna de las partes al pago de las costas causadas.

(St. de 7 de septiembre de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Valpuesta Bermúdez)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Expulsión de extranjeros. Artículo 57 de la Ley de Extranjería a la luz del artículo 12 de la Directiva 2003/a09 en relación con la sanción de expulsión automática.

La resolución judicial apelada desestima el recurso del recurrente, titular de permiso de residencia y trabajo de larga duración, contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Córdoba indicada, que acuerda su expulsión como consecuencia de la condena a pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de delito doloso, conforme al artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.”

En concreto fue condenado por un delito de lesiones, de violencia doméstica, de homicidio en grado de tentativa, de atentado a la autoridad y lesiones, sumando un total de trece años, veintidós meses y dos días de prisión.

Expone la sentencia que más allá del arraigo laboral del recurrente, que es consustancial al permiso del que ha sido titular y que ahora se revoca, carece de arraigo familiar en España.

El recurso de apelación combate la resolución apelada insistiendo en la existencia de relaciones con residentes en España que justifican el arraigo familiar. Así como el trabajo continuado del recurrente, como lo acredita su cotización laboral.

Sobre esta medida de expulsión, y el automatismo en su aplicación, se ha pronunciado ya esta misma Sala, entre otras en sentencia de 17 de octubre de 2013 (recurso de apelación 362/2013), en que la señalamos: “Ya la sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 26 de abril del corriente año conociendo

de una apelación en la que la sentencia recurrida razonaba que, tratándose de un residente de larga duración, conforme al artículo 57.5 en la redacción introducida por la Ley Orgánica 2/2009 , no cabía acordar su expulsión sin atender a las circunstancias personales y de arraigo que allí se dicen, argumentaba de este modo: “La apelación se funda en que, tal como resulta del texto del precepto, la excepción sólo se aplica en aquellos supuesto en los que la expulsión es una sanción como alternativa a la de multa, lo que no es el caso del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería , donde la expulsión se impone imperativamente como única consecuencia legal prevista. Ciertamente el argumento resulta sugerente, sin embargo no debe olvidarse que la modificación introducida por la Ley Orgánica 2/2009 pretende la transposición de la Directiva 109/2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; y allí se habla de expulsión sin distinción alguna entre sanción o medida de otra naturaleza. Por tanto, a la expulsión sin distinciones se extiende la protección reforzada establecida por dicha directiva. Y, conforme a ello, una medida de expulsión sólo puede ser acordada en las condiciones del artículo 12 de la directiva, que son las señaladas en el precepto que aplica la sentencia apelada. En consecuencia, sin esa decisión individualizada tomando en consideración la duración de la residencia, la edad de la persona, las consecuencias para el y su familia, la vinculación con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen, no puede considerarse válida la decisión. Así, en el artículo 32.5 de la Ley de Extranjería , sobre extinción de la residencia de larga duración, se habla sin más de orden de expulsión adoptada conforme a la Ley, y esto es conforme al artículo 9 de la Directiva, que sólo prevé la extinción cuando se adopte una orden de expulsión en los términos del artículo 12. Por tanto, comoquiera que la orden de expulsión se ha adoptado sin consideración alguna a las circunstancias dichas, se ha adoptado con infracción del precepto citado por la sentencia apelada, con lo que su declaración de nulidad es perfectamente ajustada a derecho”.

En efecto, el criterio actual de la Sala, como se razona en las sentencias de la Sección Segunda de 20 y 26 de septiembre último, es que en relación a los extranjeros con residencia de larga duración se ha de colegir la imposibilidad de interpretar el citado artículo 57.2 de la forma automática que pretende la Administración sino de conformidad, ahora, con el artículo 12 de la Directiva 2003/109 , con cita de la sentencia del T.S.J. de Cantabria de 23 de diciembre de 2011 (rec. 197/2011).

Dicha sentencia se expresa así: “(...) Invoca la parte recurrente la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y, en

concreto, los artículos 9 y 12 de dicho texto. El primero de los citados prevé expresamente que los residentes de larga duración pierdan su derecho a mantener el estatuto de residente de larga duración cuando sea adoptada una medida de expulsión. Medida que el artículo 12 permite tomar cuando «represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública», tomando en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen. Y en este supuesto no se habría realizado valoración alguna de estos elementos. TERCERO.- Partiendo de que el precepto aplicado por la Administración es el 57.2, conviene recordar la efectiva condena del Tribunal de Justicia, ahora de la Unión Europea, a España mediante Sentencia 15-11-2007, num. C-59/2007, por falta de adaptación del Derecho español a la Directiva 2003/109, dada la respuesta que el Reino de España dio mediante escrito de 11 de septiembre de 2006, de encontrarse «preparando las medidas necesarias». La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 mencionada, expresamente incorpora dicha Directiva. A dicha fecha el precepto del Consejo General del Poder Judicial aplicado, artículo 57.2, preveía ya la expulsión administrativa como consecuencia de la comisión de un delito con pena de prisión superior a un año. Previsión que fue examinada por el Tribunal Constitucional para concluir su adecuación a la Constitución. En sentencia del Pleno num. 236/2007, de 7-11, validó la constitucionalidad de dicho precepto introducido en la anterior regulación descartando la vulneración del principio «ne bis in idem» pues «la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6). Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza afflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado». En efecto, la expulsión contemplada en el precepto impugnado consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su

entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquéllos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE (STC 72/2005, de 4 de abril , FJ 8). De ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las “legalmente establecida(s) o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España” (art. 26.1, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000). Al respecto, merece destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración “la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública” (art. 6). Asimismo, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de “condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año” (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTED caso Habdulaziz, 28 de mayo de 1985 EDJ1985/6983 ; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaqim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, 28 de noviembre de 1996). (ATC 331/1997 , FJ 4)». Pero no es el problema del bis in idem el que aquí se plantea sino la consideración de las circunstancias personales, más bien su ausencia, para adoptar la medida en cuestión, que la Administración considera automática. Cuestión que excede de la competencia del Tribunal Constitucional en cuanto a su compatibilidad con el derecho de la Unión, que goza de efecto primacía frente al nacional.

En este marco, el artículo 57.2 de aplicación no resulta en sí incompatible con la Directiva 2003/109/CE. Pero su aplicación exige adecuarla a las directrices jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Los artículos 9 y 12 de la nor-

mativa comunitaria referida (por todas, STJ 8-12-2011, núm. C-371/2008, caso Ziebell) prevén que «el residente de larga duración de que se trate sólo puede ser expulsado cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Seguidamente, se afirma que la decisión de expulsión no podrá justificarse por razones de orden económico. Por último, se precisa que, antes de adoptar tal decisión, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deberán tomar en consideración la duración de la residencia del interesado en el territorio de ese Estado, su edad, las consecuencias de la expulsión para la persona afectada y para los miembros de su familia, y los vínculos de esa persona con el Estado de residencia o la ausencia de vínculos con el Estado de origen». Y la excepción basada en el orden público en materia de libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Unión... debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (véase, en particular, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bozkurt, antes citada, apartado 56 y jurisprudencia citada). Cierto es que una condena como la examinada puede, en principio, ser considerada para denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública tomando en consideración “la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública”. Pero no lo es menos que, como ha indicado expresamente el Tribunal de Justicia, «la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (véanse, en particular, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 28; de 19 de enero de 1999, Caífa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 24, y de 7 de junio de 2007, Comisión/Países Bajos, C-50/06, Rec. p. I-0000, apartado 41). El Tribunal de Justicia siempre ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75, Rec. p. 1219, apartado 27; Bouchereau, antes citada, apartado 33; de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania, C-441/02, Rec. p. I-3449, apartado 34, y Comisión/ Países Bajos, antes citada, apartado 42). Según una jurisprudencia reiterada, la utilización, por parte de una autoridad nacional, del concepto de orden público requiere, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (sentencias Rutili, antes citada, apartado 27; de 29 de

abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartado 66, y Comisión/Alemania, antes citada, apartado 35)». Incluso la existencia de varias condenas penales carece a estos efectos de relevancia por sí misma (STJ 4-10- 2007, núm. C-349/2006, Murat Polat). En este supuesto, no es que las circunstancias personales del recurrente se hayan obviado, como así han sido. Es que siquiera constan las de la propia condena, por lo que difícilmente se han podido valorar por la Administración. Conforme a esta jurisprudencia en relación a los extranjeros con residencia de larga duración, de la que la citada es sólo una muestra, cabe colegir la imposibilidad de interpretar el artículo 57.2 de la forma automática que pretende la Administración sino de conformidad con las exigencias jurisprudenciales y, ahora, con el artículo 12 de la Directiva 2003/109. Normativa que, se aduce por el legislador, es traspuesta con la última reforma de la Ley de extranjería. Y si con la redacción anterior, conforme a la cual «los residentes permanentes solamente podrán ser expulsados cuando hayan participado en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones del Reino de España con otros países o cuando estén implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana», el Tribunal concluyó que no se había traspuesto adecuadamente nuestra legislación a la normativa comunitaria, lógicamente no cabe sino interpretar que el artículo 57.5.b) debe ser aplicado en todo caso de expulsión de un extranjero. No sólo por razones sistemáticas sino porque es la trasposición del artículo 12 de la Directiva y de la citada jurisprudencia, que en ningún momento hacen distinción respecto de expulsión alguna y la causa que lo genera. Es más; Se produce expresamente respecto del supuesto de expulsión como consecuencia de una condena y, sin entrar en cuestiones de naturaleza jurídica en que pretende escudarse la abogacía del Estado, concluye la necesidad de ese análisis personalizado que aquí se ha obviado. Conclusión que conlleva la estimación parcial del recurso. Apreciando causa de anulabilidad por ausencia de la valoración de las circunstancias personales y de los hechos por los que fue condenado el recurrente necesaria para motivar la decisión de expulsión en cuanto residente de larga duración, este defecto resulta subsanable. Y en consecuencia, procede retrotraer las actuaciones para que por la Administración se valoren éstas de conformidad con el precepto invocado y la jurisprudencia comunitaria y resuelva en consecuencia”.

Pues bien, en el caso de autos debemos coincidir con el juez a quo a la hora de negar la existencia de relaciones del recurrente con personas residentes en España que pudieran constituir arraigo para sustituir la expulsión.

La intención de contraer matrimonio, por la fecha de las actuaciones indicadas, es en todo caso posterior al procedimiento administrativo seguido. Y sin que las alegaciones esgrimidas sean suficientes para desvirtuar por manifiestamente erróneo o ilógico, la conclusión del juez a quo, sobre la falta de arraigo del recurrente.

Procede la imposición de las costas a la parte apelante.

(St. de 31 de octubre de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Jiménez-Jiménez)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Condición de empresario a efectos de ITP en actividad urbanística.

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada), de fecha 31 de enero de 2011, dictada en el expediente número 18/2678/2009, por la que, estimando la reclamación económico-administrativa interpuesta por la entidad mercantil codemandada, CN, S.L., anuló la liquidación girada por la Delegación en Granada de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por un importe de 14.779,52 euros, devengado por la compraventa formalizada en la escritura pública otorgada el 28 de diciembre de 2006.

El TEARA, en esencia, entendió que la adquisición de terrenos efectuada por varias empresas, entre ellas la recurrente, por quintas partes indivisas, estaba sujeta y no exenta al IVA, porque los vendedores ya habían iniciado la ejecución material de las obras de urbanización, adquiriendo en consecuencia la condición de empresarios a los efectos del referido IVA.

La Administración recurrente postula que la Sala dicte una sentencia por la que, anulando la resolución impugnada, declare, en contra de lo resuelto por el TEARA, que la operación documentada en la mencionada escritura pública está sujeta al ITP, por carecer de la necesaria condición de empresarios los vendedores y no estando por ello sujeta la operación al IVA.

Los terrenos objeto de transmisión en la escritura pública de compraventa de 28 de diciembre de 2006 se describen como rústica, haza de tierra calma en pago de Ofra, término de Granada con una superficie de 2.359 m² y que está integrada en la Unidad de Ejecución del Plan Parcial Oeste 01/02, ferrocarril, habiendo sido aportada al proyecto de reparcelación de dicha unidad que se aprobó definitivamente el 22 de diciembre de 2006 con el número

57 y como consecuencia de ese proceso se le han adjudicado como finca de destino, en sustitución de la finca de origen, en virtud del principio de subrogación real, dada su equivalencia de valor, las parcelas número 2, parcela RPMC-2, número 6 RPBA-3, y número 19 ET-1. Las dos primeras parcelas tenían asignado un aprovechamiento urbanístico, con un uso residencial en manzana cerrada y en bloque abierto, respectivamente, y la tercera su uso era de equipamiento terciario y según el informe de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Granada de 31 de diciembre de 2006 esas parcelas eran suelo urbanizable programado (regular). En la escritura pública de compraventa cuando se reseñaban las parcelas de adjudicación se especificaba que cada una de ellas estaba afecta al pago de distintas cantidades que le correspondían en el saldo de la cuenta de liquidación provisional por gastos de urbanización. El importe de esas cantidades era en total de 2.575.821 euros.

El TEARA, como ya se ha dicho, concluyó que la operación estaba sujeta a IVA dado que los vendedores, pese a ser personas físicas, habían alcanzado la condición de empresarios, según se deducía del contenido del certificado emitido por el Secretario de la Junta de Compensación, en el que se exponía que las obras de urbanización que implicaban una transformación física del terreno para dotarlo de servicios urbanísticos, empezaron el 19 de julio de 2006 con la firma del acta de replanteo, es decir antes de la fecha de la compraventa, que tuvo lugar el 28 de diciembre de 2006, y que las derramas que se solicitaron a los partícipes en la Junta de Compensación para sufragar las obras de urbanización, se produjeron en los meses de septiembre y octubre de 2006, habiendo ingresado cada uno de los cuatro vendedores la cantidad de 4.979,39 euros, con destino a atender el pago, entre otras partidas, de las certificaciones de obra emitidas por la empresa urbanizadora y las empresas constructoras, todas ellas citadas con su nombre, en los meses de julio y agosto de 2006 que arrojaban un importe de ejecución de obra civil de 570.166,05 euros.

Dicho certificado, fechado el 31 de julio de 2009, fué expedido como Secretario de la Junta de Compensación por quien compareció en la escritura de compraventa como representante legal de una de las empresas que adquirieron los terrenos, concretamente la mercantil P.S.L, sin que al mismo se acompañasen los documentos, imágenes o planos acreditativos de las obras concretas de urbanización que manifiesta se ejecutaron, ni el grado de desarrollo de esa urbanización. Tampoco la Administración en el procedimiento de Inspección que culminó con la liquidación que anuló el TEARA requirió a la Junta de Compensación para que exhibiera las facturas que mencionaba en su certificado el Secretario de la Junta de Compensación.

Quedaría incompleta la anterior reseña si no añadiéramos que el documento notarial expresaba en su estipulación cuarta que todos los gastos y responsabilidades derivadas de la urbanización que corresponda a la reparcelación de la actuación a desarrollar sobre el denominado Plan Parcial PP-01-02 del PGOU de 9 de febrero de 2001 de Granada, en el que está incluida la finca objeto de esta escritura, serán de cuenta exclusiva de la parte compradora, incluso los anteriores a este otorgamiento, si los hubiere. Es decir que el importe de todos los gastos y responsabilidades derivadas de la urbanización para la reparcelación de ese plan parcial serían de cargo de las mercantiles adquirentes, tanto los que penden de su pago como los que ya abonaron los transmitentes.

De cuanto antecede se deduce, a criterio de la Sala, que los vendedores no desarrollaban ninguna actividad empresarial o profesional de la que la transmisión de la finca constituyera una manifestación, sino que eran particulares que enajenaron esa propiedad. Sentado lo anterior, lo que hay que dilucidar es si la intervención de la parte vendedora en las obras de urbanización la dotaba de la condición de empresario a los efectos del Impuesto sobre el valor Añadido.

La finalidad del IVA es someter a gravamen la generación de valor añadido que tiene lugar en la producción de bienes y servicios, entendiéndose que, cuando lo producido es suelo edificable, esta creación de valor añadido comienza con la preparación material del suelo para la producción de las edificaciones, que es cuando se aporta propiamente un valor que no existía, distinguiéndose así entre el tráfico del suelo sin transformación alguna, prescindiendo de las transformaciones ideales que hubiera podido experimentar por efecto del mero planeamiento urbanístico, del tráfico de suelo convertido por la acción del hombre en una superficie susceptible de aprovechamiento constructivo. El comienzo del proceso de producción de suelo edificable es lo que determina que el tráfico de terrenos urbanizables salte de un régimen fiscal a otro: mientras el terreno urbanizable permanece virgen se entiende que no hay valor añadido y su tráfico escapa del IVA por vía de la exención del artículo 20.º Uno.º LIVA, para ir a parar al ITP, como si fuera tráfico civil. Y siendo ésta la finalidad de la exención, resulta congruente con ella que, una vez iniciado el proceso de producción de suelo edificable y siempre que la transmisiones se realicen por empresarios profesionales u ocasionales por su labor de urbanización, la cadena de deducciones no se vea interrumpida por una exención, resultando contrario a la misma que, una vez iniciado el proceso de producción de suelo urbano por un promotor, posteriores transmisiones empresariales de dicho suelo queden exentas del impuesto. De ahí que el IVA no deba

gravar operaciones realizadas en fases anteriores al proceso de urbanización que comienza con las obras materiales de urbanización, pero sí una vez que ha empezado dicho proceso.

De acuerdo con lo dispuesto por el apartado uno del artículo 4 de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, “estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen”.

En este sentido, la propia Ley del Impuesto recoge el concepto de empresario o profesional en su artículo 5, en cuyo apartado uno, letra a) se atribuye tal condición, entre otros, a las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de ese artículo, según el cual son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Por su parte, el artículo 5, apartado uno, letra d), de la misma norma considera igualmente empresarios a “quienes que la operación descrita y comentada está afecta al Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente”.

Finalmente, cabe citar el número 20 del apartado uno del artículo 20 de la Ley 37/1992, que establece la exención en operaciones interiores de “las entregas de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables, incluidas las construcciones de cualquier naturaleza en ellos enclavadas, que sean indispensables para el desarrollo de una explotación agraria, y los destinados exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies viales de uso público.

A estos efectos, se consideran edificables los terrenos calificados como solares por la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y demás normas urbanísticas, así como los demás terrenos aptos para la edificación por haber sido ésta autorizada por la correspondiente licencia administrativa.

La exención no se extiende a las entregas de los siguientes terrenos aunque no tengan la condición de edificables: a) Las de terrenos urbanizados o en curso

de urbanización, realizadas por el promotor de la urbanización, excepto los destinados exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies viales de uso público.(...)”.

En relación con la aplicación de los preceptos señalados a las actuaciones de urbanización y reparcelación de terrenos por quienes no tenían previamente a la realización de las mismas la condición de empresarios o profesionales, existe un consenso jurídico general acerca de que los propietarios de los terrenos afectados por la unidad de ejecución no se convierten, por esta sola condición, en empresarios o profesionales hasta que no se les incorporen los costes de urbanización de dichos terrenos. En consecuencia, en tanto la transmisión del terreno se realice sin incorporar costes de urbanización, haciéndose cargo el adquirente de todos los costes, no cabe considerar que el transmitente ha urbanizado el mismo, por lo que tal transmisión no estará sujeta al IVA si el transmitente fuera un particular, ni cabe considerarle urbanizador del terreno a efectos de la exención prevista en el artículo 20, apartado uno, número 20 de la Ley del Impuesto .

Sobre la exención del IVA que nos ocupa se han pronunciado tanto el T.E.A.C. como los Tribunales de Justicia. Podemos mencionar las siguientes decisiones:

- a) Están exentas de I.V.A. las entregas de terrenos urbanizables programados, según indica la Resolución del T.E.A.C. de 12 de junio de 1996 (JT1028); y la Resolución del T.E.A.C. de 30 de enero de 1997 (JT 311) ha incluido en esta exención los terrenos urbanizables que no reúnan las características de un solar.
- b) Las Resoluciones del T.E.A.C. de 29 de abril y de 10 de julio, ambas de 1998 (JT 883 y 1678) han entendido que para estar excluido de la exención es necesario que en el terreno se hayan iniciado las operaciones materiales de urbanización, sin que sea suficiente que se tenga derecho a la urbanización, que se haya aprobado el plan parcial o que se tenga el proyecto de urbanización.
- c) La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2003 (RJ 2003, 4010), para respaldar la posición administrativa, acude a la Exposición de Motivos de la anterior Ley reguladora del impuesto, donde se afirma que la finalidad de las exenciones inmobiliarias no es otra que la de someter a gravamen, exclusivamente, el proceso de producción de las edificaciones. Dicha constatación lleva al Tribunal a afirmar que “ el hecho de que un proyecto de urbanización esté en fase de ejecución, en el sentido urbanístico del término, para lo cual es relevante, por supuesto, que exista Junta de Compensación, no

es bastante para declarar la exención, pues ésta lo que prima es la preparación material del suelo para la construcción de viviendas”.

d) La Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 19 abril 1996 (JT 1996, 428) considera aplicable la exención en un supuesto en el que “la sociedad adquirente efectuó todos los trámites para obtener autorización para construir con posterioridad a la transmisión de los terrenos, lo cual significa que en el momento de la compraventa no existía ni siquiera una licencia provisional para la construcción industrial y, por lo tanto, dichos terrenos eran, con independencia de posteriores autorizaciones, terrenos no edificables y, en definitiva, por tanto, sujetos y exentos del IVA con la consiguiente aplicación del último párrafo del artículo 7.5 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales”.

e) La sentencia de esta Sala y Sección, de 30 de marzo de 2009 (recurso número 2449/2001), se ha referido a los supuestos de sujeción al IVA, así como de exclusión de la exención establecida por la Ley de dicho impuesto, en estos términos: “... en la medida en que los terrenos objeto de transmisión tengan la condición de solares, así como en el caso de que constituyan terrenos en curso de urbanización o urbanizados, en el entendido de que los transmitentes son los promotores de su urbanización, dicha entrega, sujeta al impuesto, quedará excluida del supuesto de exención que prevé el artículo 20.Uno.20 de la Ley 37/1992 y procederá la correspondiente repercusión del citado tributo”.

f) Resulta concluyente la doctrina mantenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3-, de 8 de noviembre de 2004, que ha dicho: “Así planteada la cuestión, ha de tenerse en cuenta que el referido precepto no contiene una interpretación auténtica, ni siquiera por remisión, de lo que, a efectos de la exención del IVA, ha de entenderse por «terrenos urbanizados o en curso de urbanización». Pero sí existe una noción o interpretación judicial de los mismos, reiterada en pronunciamientos de instancia y acogida por esta Sala, según la cual se trata de expresiones con sentido diferente al estrictamente jurídico, de manera que sólo merecen tal consideración aquellos terrenos en los que existen operaciones materiales de transformación física de los terrenos. Tuvo esta Sala ocasión de señalar en sentencia de 19 de abril de 2003 , la siguiente justificación de esta doctrina: Es muy reveladora a los efectos del presente estudio lo que se dice en este aspecto en la Exposición de motivos de la Ley 13/1985 del IVA, epígrafe V, Exenciones, en el que se afirma que siguiendo los criterios establecidos en el artículo 13, B) h) de la Sexta Directiva, la Ley exonera las entregas de terrenos que no sean inmediatamente aptos para la edificación. Con el fin de evitar la ruptura de la cadena de deducciones

en las fases intermedias del proceso de producción de edificaciones, se dispone que la exención no se extenderá a los terrenos en los que existan edificaciones en curso de construcción ni a las primeras transmisiones de terrenos urbanizados. Y al inicio del párrafo siguiente se destaca que la finalidad de esta medida responde al criterio de someter a gravamen efectivo exclusivamente el proceso de producción de las edificaciones, por lo que a continuación se justifica la exoneración de las segundas y ulteriores transmisiones de edificaciones, cuyo proceso de construcción hubiese concluido, en concordancia con lo establecido en el artículo 13, B) g) de la Sexta Directiva....”

Esta doctrina ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores de la misma Sala, entre otras, en Sentencias de 9 de noviembre de 2004, 2 de noviembre de 2005 y 29 de noviembre de 2006 .

g) Asimismo, resulta clarificadora la Resolución de la Dirección General de Tributos de 24 de mayo de 2011, cuando señala lo siguiente: “la entrega de los terrenos afectos a la actividad empresarial puede realizarse, a su vez, en tres momentos diferentes siendo sus efectos distintos en cada caso:

1º Antes de iniciar el proceso urbanizador, en cuyo caso, el objeto de la entrega serán terrenos rústicos.

2º Una vez iniciado éste o ya finalizado, teniendo los terrenos transmitidos la condición de en curso de urbanización o de urbanizados.

3º Por fin, el objeto de la transmisión pueden ser solares o terrenos edificables, que son aquéllos que cuentan con la pertinente licencia urbanística para edificar.

En cada uno de los casos, la situación resultante a efectos del Impuesto será:

1º Si la entrega tiene lugar antes del inicio de la urbanización de los terrenos, la misma estará exenta porque éstos tienen naturaleza rústica, como dispone el artículo 20.Uno.20º. En consecuencia, su entrega estará sujeta pero exenta al tener por objeto terrenos rústicos.

A estos efectos, el proceso urbanizador no se entenderá iniciado sino cuando comience la ejecución de las obras de urbanización. Debe considerarse el proceso de urbanización de un terreno como aquel que comprende todas las actuaciones que se realizan para dotar a ese terreno de los elementos previstos en la legislación urbanística, como acceso rodado, abastecimiento y evacuación de agua, suministro de energía eléctrica, etc., para servir a la edificación que sobre ellos exista o vaya a existir, ya sea para viviendas, otros locales o edificaciones de carácter industrial.

Por ello, tal concepto de urbanización excluye todos aquellos estadios previos que, si bien son necesarios para llevar a cabo las labores de urbanización, no responden estrictamente a la definición indicada: no se considera “en curso de urbanización” un terreno respecto del que se han realizado estudios o trámites administrativos, en tanto a dicho terreno no se le empieza a dotar de los elementos que lo convierten en urbanizado.

Conforme a todo lo indicado, esta Dirección General considera que un terreno no deberá considerarse “en curso de urbanización” a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido hasta que no se haya iniciado sobre el mismo la ejecución de las obras de urbanización, es decir, hasta que no comiencen las actuaciones anteriormente descritas consistentes en transformar el suelo rústico en urbanizado.

2º La entrega puede tener lugar, asimismo, una vez iniciado el proceso de urbanización o ya concluido éste, pero sin que los terrenos hayan adquirido la condición de edificables ni de solares. En este supuesto, el inicio del proceso de urbanización atribuye al propietario la condición de empresario o profesional y a los terrenos la condición de terrenos en curso de urbanización. La venta de estos terrenos, en tanto que realizada por el promotor de su urbanización, queda excluida de la exención aplicable a los terrenos no edificables, resultando, pues, sujeta y no exenta.

3º Finalmente, la entrega puede tener por objeto solares o terrenos edificables, que son aquéllos que cuentan con la pertinente licencia administrativa para edificar.

En este supuesto no se aplica la exención prevista en el transcrito número 20º del artículo 20.Uno de la Ley de este Impuesto por exclusión expresa de la misma. En consecuencia, su entrega estará sujeta y no exenta”.

En el presente caso, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, hemos de afirmar que, aunque las parcelas de destino en que se convirtieron los terrenos de origen fué una previsión del proyecto de reparcelación del plan parcial que se iba a desarrollar en esa zona, ello no implica, a criterio de la Sala, que se hubiera culminado el proceso de transformación de esos terrenos con la dotación completa de todos los servicios necesarios para su consideración como solar destinado a albergar la construcción del uso permitido en el planeamiento, pues no se ha acreditado el alcance de las actuaciones que se desarrollaron en esa zona y tampoco de su grado de evolución.

Sobre el punto de la participación en ese proceso de transformación de un terreno rústico en suelo urbanizable de la parte vendedora, es claro, que pese

a que se les asigna las derramas descritas en cuanto propietarios de los terrenos que aportaron a la Unidad de Actuación, lo auténticamente relevante es si se satisfizo el importe de esas derramas, es decir, si su pago fue a costa de su peculio, lo que considera la Sala que no se ha producido por cuanto que, según lo pactado en la escritura pública, era de cargo de la parte compradora no sólo el pago de lo que ya habían pagado las propietarias del terreno que ascendía a la cantidad de 19.917,56 euros, sino también el resto que ascendía a 2.575.821 euros, para cuyo pago quedaron afectas las parcelas resultantes.

La tarea de urbanización y transformación del terreno de la Unidad de Ejecución en que estaba incluida la finca transmitida la llevó a cabo la Junta de Compensación en cuyo seno estaban integrados los vendedores que no consta hubieran actuado desarrollando directa y personalmente ninguna tarea de urbanización del terreno transmitido, sino que esa labor la hizo la Junta de Compensación y que los transmitentes en cuanto miembros de ella sufragaron inicialmente el importe de los gastos de urbanización, si bien cuando se otorga la escritura pública de compraventa se estipula que será de cuenta exclusiva de la parte compradora el abono de todos los gastos derivados de la urbanización, incluso los originados antes de la compraventa, lo que supone, sin mayor esfuerzo interpretativo, que los vendedores no han soportado los gastos de la urbanización que han sido asumidos por la parte adquirente, de tal manera que la transmisión efectuada es una operación sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Por lo expuesto el recurso debe ser estimado, sin que de conformidad con el artículo 139 de la LJCA, haya lugar a expresa condena en las costas de esta instancia.

(St. de 12 de septiembre de 2016. Sala de Granada. Ponente Lázaro Guil)

XX. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad autonómica derivada de servidumbres legales estatales

Es objeto del presente recurso la Resolución de 19 de octubre de 2010 que acuerda devolver la documentación remitida con ocasión de la formulación de la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por la demandante ante la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía en fecha de 17 de diciembre de 2009. En este acto se sostiene que la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda no ha efectuado actuación alguna que haya tenido como consecuencia las modificaciones y paralización de las obras por las que se

pide la indemnización, habiendo sido la Administración General del Estado la que las paralizó.

El recurso se amplía a la Resolución del Consejero del Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, de fecha 27 de noviembre de 2012, desestimatoria de la reclamación formulada el 17 de diciembre de 2009, con base en que no existe relación causal entre el funcionamiento de la Administración de la Junta de Andalucía y el daño alegado en tanto que la Administración autonómica no era concedora del Plan Parcial del Sector Sub-03 en el que se incluyen las determinaciones de la ordenación pormenorizada y, por el contrario, la empresa reclamante debía conocer las servidumbres aeronáuticas existentes, las cuales fueron puestas de manifiesto repetidamente por el Ministerio de Defensa al Ayuntamiento de Alhendín y a los interesados, y aun así se llegó a un acuerdo entre los mismos.

La parte actora fundamenta su pretensión indemnizatoria, en síntesis, en que ha sufrido un perjuicio en sus bienes y derechos a consecuencia de la existencia de unas servidumbres aeronáuticas del Aeródromo Militar de Armilla (Granada) que impidieron la ejecución de diversas licencias de edificación que hubo obtenido. Imputa a la Junta de Andalucía la señalada responsabilidad por cuanto la misma formó parte de la Comisión Provincial de Granada de Ordenación del Territorio y Urbanismo que aprobó la Revisión Adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) del Término Municipal de Alhendín, aprobado por el Ayuntamiento el 25 de febrero de 2005, y no formuló objeción alguna a la aprobación de un planeamiento que incluía la urbanización y edificación de la zona que posteriormente se puso de manifiesto estaba afectada por las servidumbres aeronáuticas del aeródromo de Armilla. Aduce que actuó amparado por la confianza legítima que le generaron las distintas administraciones competentes, de forma que no pudo conocer la existencia de las limitaciones señaladas hasta que, una vez iniciadas las obras, el Ayuntamiento puso en su conocimiento una comunicación del Ministerio de Defensa.

Identifica la recurrente los daños producidos con los costes derivados de los asesoramientos requeridos, informes y proyectos; costes de realización de obras de adecuación de la pista e instalaciones asociadas a la Base Aérea de Armilla; mayores costes de obra derivados de la paralización; mayores costes de obras derivados de la necesidad de adaptar las obras a los requerimientos del Ministerio de Defensa; reducción del beneficio de la promoción inmobiliaria.

Por su parte, la defensa de la administración demandada se opuso a lo sostenido de contrario alegando en primer lugar que concurre causa de inadmi-

bilidad del recurso prevista en el artículo 69.b) de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 45.2.d) de la misma norma al no haberse acreditado que el acuerdo para ejercitar la acción se haya tomado por el órgano de la sociedad limitada competente para ello. En cuanto al fondo, aduce que la actuación en la que se sitúa por la demandante la existencia de responsabilidad patrimonial procede también de las administraciones estatal y municipal, pues es el Ayuntamiento el que aprueba el Plan Parcial SUB-03 y quien otorga las licencias urbanísticas de acuerdo con sus determinaciones, entidad que tenía conocimiento de las servidumbres aéreas, y el Estado es quien paraliza las obras y posteriormente llega a un acuerdo con la empresa para continuar las obras previa modificación del proyecto inicial. Considera que el daño sufrido no es antijurídico pues la empresa debía conocer la afectación de las obras por las servidumbres y debía haber solicitado la correspondiente autorización antes de su inicio, máxime cuando el Ministerio de Defensa puso todos los medios a su alcance para que se tuviera público conocimiento de las mismas. Afirma asimismo que no existe nexo causal entre la actuación de la Administración autonómica y el daño padecido porque en el PGOU de Alhendín no se contemplan determinaciones referentes a la materialización de la edificabilidad (alturas) del Sector Sub-03 porque no existe obligación de contemplarlas, y que la ordenación pormenorizada corresponde al Plan Parcial, cuya aprobación compete a la Administración municipal, como establece la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Añade que es en el Plan Parcial donde se fijan las diferentes alturas de las edificaciones, pues es en este instrumento donde se fijan las rasantes y alineaciones, altura que vendría determinada por la existencia de las servidumbres aéreas conocidas por el Ayuntamiento. Señala que consta informe desfavorable del Delegado Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda en relación con este Plan Parcial, así como que confirma la ausencia de cualquier tipo de responsabilidad por parte de la Junta de Andalucía el hecho de que el Plan Parcial no fue depositado por el Ayuntamiento de Alhendín en el Registro Autonómico de Planeamiento Urbanístico de Instrumentos de Planeamiento, con lo que no pudo tener conocimiento del mismo.

Por último alega la extemporaneidad de la acción, que enlaza con el hecho de que es la Resolución del Ministerio de Defensa de fecha 10 de diciembre de 2007, por la que se desestimó el recurso de reposición formulado por la reclamante contra la denegación de autorización militar para realizar las obras de edificación, la que a su juicio puso de relieve la necesidad de realizar las obras de adaptación que imponían el respeto a las servidumbres aéreas, y la reclamación se interpone en fecha 21 de diciembre de 2009, transcurrido

más de un año. Además, habiéndose adoptado acuerdo entre la entidad reclamante y el Ministerio de Defensa sobre las obras necesarias derivadas de las servidumbres el 28 de noviembre de 2008, debe considerarse que a esa fecha ya se conocían todos los elementos evaluadores del daño.

En lo concerniente a la suma reclamada, considera la demandada que es desproporcionada, así como que es necesario tener en cuenta que las modificaciones realizadas en la edificación de las viviendas se hicieron en virtud de un acuerdo alcanzado con el Ministerio de Defensa que fue voluntariamente aceptado por la actora.

Procede examinar en primer lugar, por evidentes razones de lógica procesal, si concurre la causa de inadmisibilidad invocada por la Administración demandada por no haberse aportado acuerdo del órgano estatutariamente competente de la mercantil -una sociedad limitada- para ejercitar la acción judicial. Se acompaña a la demanda una escritura de poder general para pleitos en la que don Manuel , en representación de la sociedad F.D.I. S.L., otorga poder en favor de, entre otros, la procuradora Sra. E. por medio de la que comparece, y acta de consignación de decisiones del Administrador Único de la sociedad, de fecha 27 de diciembre de 2010, en la que se adopta la decisión de interponer recurso contencioso-administrativo contra el acto antes identificado - documento nº 6-. Motivo por el que debe desestimarse la causa de inadmisibilidad invocada por la demandada al cumplirse las exigencias impuestas por el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Centrada en los anteriores fundamentos la cuestión litigiosa, ha de señalarse que la responsabilidad patrimonial de la administración pública se encuentra regulada por el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), preceptos legales que explicitan el principio general de resarcimiento por las Administraciones Públicas de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sancionado constitucionalmente en España en el artículo 106.2 de la Constitución -que indica que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”-.

El régimen legal citado ha sido profusamente aplicado -y, consecuentemente, desarrollado e interpretado- por la Jurisprudencia (tanto aplicando el actual y citado artículo 139 de la Ley 30/1.992, como su predecesor, el artículo 40 de

la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), formando un cuerpo de doctrina, dentro del que cabe afirmar que, para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta la concurrencia de dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo y otro procedimental:

A)- El primero de los positivos es el que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Este requisito se incardina dentro de los elementos que han de ser objeto de la prueba, si bien alguno de sus aspectos se produce o manifiesta dentro del ámbito de la argumentación de las partes (simplificado por la existencia de un catálogo de soluciones jurisprudenciales que cabe invocar -y apreciarse mayor disquisición), como puede ser la extensión y naturaleza de los daños resarcibles, las personas legitimadas y los supuestos en los que existe obligación jurídica de soportar el daño.

B)- El segundo requisito positivo es el de que el daño sea imputable a una Administración Pública. Esta nota es la aparentemente más compleja, puesto que la doctrina común de la responsabilidad extracontractual y por actos ilícitos deviene en un complejo fenómeno de examen sobre la relación de causalidad, la eventual concurrencia y relevancia de concausas y la existencia de elemento, culpabilísticos. Sin embargo, en la responsabilidad patrimonial administrativa, en la configuración que disfrutamos de la misma desde la Ley de 1.957 (incluso desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954), se encuentra enormemente simplificado por la expresión legal de que la lesión “sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (artículos 122 de la Ley de Expropiación Forzosa , 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139 de la Ley 30/1.992. Fundamentalmente, se encuentran cuatro títulos de imputación a efectos de la determinación de la responsabilidad de una Administración respecto de una lesión concreta: que la lesión se produzca como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; que la lesión obedezca a una anormalidad o no funcionamiento del servicio público; que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de producción del evento dañoso, o que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

C)- El factor negativo es el de que no obedezca el daño a fuerza mayor. Esta nota ha sido precisada conceptual y jurisprudencialmente en el sentido de que se trate, para poder la concurrencia de fuerza mayor, de un evento producido con los requisitos tradicionales que distinguen a la fuerza mayor del caso fortuito (conceptos de previsibilidad e irresistibilidad), pero específicamente

que se trate de una causa extraña al ámbito de funcionamiento del servicio público.

D)- El elemento procedimental es el de que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el lapso de un año, a contar desde la producción de la lesión. Este elemento plantea la cuestión del término inicial -sobre el que se encuentran suficientes precisiones jurisprudenciales- y sobre la Administración a la que se deben de dirigir las reclamaciones si concurren varias de ellas, cuestión expresamente resuelta por la Ley 30/1992 en favor de la solidaridad.

A fin de dilucidar si concurren cada uno de los presupuestos habilitantes señalados ha de partirse de la siguiente secuencia de hechos, que no resultan controvertidos:

En fecha 17 de marzo de 2005, la Comisión Provincial de Granada de Ordenación del Territorio y Urbanismo, en la que había representantes de las Administraciones estatal y autonómica, aprobó la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) del Término Municipal de Alhendín. Promovido entre otras entidades por la demandante, se tramitó el Plan Parcial SUB-03 en orden al desarrollo urbanístico del sector, cuya aprobación inicial se remitió a la citada comisión provincial para la evacuación de informe previo preceptivo. La aprobación definitiva del Plan Parcial se hizo en sesión plenaria del Ayuntamiento en fecha 24 de mayo de 2005.

Entre los años 2005 y 2006 el Ayuntamiento otorgó a la entidad recurrente seis licencias para la construcción de viviendas.

Una vez se había dado comienzo a las obras la empresa tuvo conocimiento de una comunicación remitida por el Ministerio de Defensa al Ayuntamiento en fecha 13 de junio de 2006 en la que se señalaba que las edificaciones podían afectar a las servidumbres aeronáuticas. La empresa presentó escrito ante el Ministerio, el 21 de marzo de 2007, poniendo de manifiesto que las obras se ejecutaban al amparo de las licencias concedidas por el Ayuntamiento de Alhendín y solicitando el inicio por parte de la autoridad competente del procedimiento administrativo pertinente para la concesión de la correspondiente autorización para las edificaciones incluidas en el ámbito del Plan Parcial "Sub-03" a favor de F.I. A aquel escrito el Ministerio de Defensa respondió con una comunicación en la que se insistía en que las edificaciones en marcha vulneraban las servidumbres aeronáuticas de la Base Aérea sin la preceptiva autorización y en la que se conminaba a adoptar las medidas oportunas para paralizar las obras hasta tanto no se obtuviera la preceptiva autorización.

Seguidamente por parte de la empresa se presentó un nuevo escrito dirigido al Mando Aéreo General del Ejército del Aire solicitando la concesión de autorización en relación con las edificaciones antedichas, adjuntando informe aeronáutico acreditativo de que no se comprometía la seguridad de las operaciones aeronáuticas del aeródromo afectado ni la regularidad de las mismas. Por Resolución del Director General de Infraestructura de la Secretaría de Estado de Defensa de 31 de agosto de 2007 se acuerda denegar la autorización rogada.

Interpuesto recurso de reposición contra dicho acuerdo, el mismo es desestimado por Resolución de 10 de diciembre de 2007. No obstante, en la misma se indica que “ *cabría autorizar-mediante el correspondiente Acuerdo de esta Dirección General, y previa solicitud de parte- la ejecución de las obras objeto de la inicial solicitud y del actual recurso, siempre y cuando se lleve a cabo la modificación del actual Proyecto constructivo de acuerdo con los requerimientos indicados en los informes del Estado Mayor del Aire, asumiendo la entidad recurrente, con las garantías que al efecto se establezcan, el importe íntegro de los costes necesarios para la adecuación de la pista y las instalaciones asociadas* “. Posibilidad a la que acepta acogerse la empresa constructora, tal y como pone de manifiesto en un escrito presentado en registro el 14 de diciembre de 2007. En este escrito presta su aquiescencia a las propuestas del Ministerio y se compromete a aceptar el desplazamiento del umbral de una pista asumiendo el importe íntegro de los costes necesarios y renunciando a interponer recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 10 de diciembre de 2007.

Posteriormente, tras la constitución de aval por parte de la empresa, se firma acta de conformidad por la misma y el Mando del Apoyo Logístico del Ejército del Aire, en fecha 28 de noviembre de 2008, en la que se consigna que la altitud de los edificios cumple lo especificado en la Resolución antedicha, quedando todos por debajo del plano de pendiente en el despeque del 2,5% incrementado en un 0,8% del margen obligatorio de seguridad, siempre y cuando se proceda al alargamiento de la pista de vuelo de la base aérea en 100 m en la cabecera 18 y a la ejecución de otras actuaciones.

La empresa presentó reclamación por responsabilidad patrimonial no sólo frente a la Consejería demandada, sino también frente al Ayuntamiento y frente al Ministerio de Defensa, habiendo sido todas desestimadas en vía administrativa.

Concretamente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de junio de 2014, dictada en el recurso nº 130/2012, confirma la Resolución del Ministerio de defensa desestimatoria de la solicitud de indemnización.

Como ya concluyera la Audiencia Nacional en aquel pronunciamiento, aportado por la demandada, esta Sala considera que no concurre el primer requisito sustancial positivo que permitiría la declaración de responsabilidad patrimonial, esto es, un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado que la entidad reclamante, ahora actora, no tenga el deber jurídico de soportar. La modificación del proyecto constructivo de acuerdo con los requerimientos indicados en los informes del Estado Mayor del Aire, con asunción por parte de la entidad recurrente del importe íntegro de los costes necesarios para la adecuación de la pista y las instalaciones asociadas, a fin de respetar las servidumbre aeronáuticas del Aeródromo Militar de Armilla (Granada) -establecidas en el Real Decreto 511/1989, de 28 de abril-, fue aceptada, como se ha visto, por la propia reclamante. Es más, no sólo se acogió a la posibilidad incluida a modo de salvedad en la resolución del Director General de Infraestructura de la Secretaría de Estado de Defensa de 10 de diciembre de 2007, sino que no recurrió la misma, confirmatoria de otra anterior que denegaba la autorización en las condiciones primitivas, en tiempo y forma, dejándola firme y consentida. Motivos por los que no puede mantenerse la ilegalidad del perjuicio sufrido, pues el mismo deriva del propio modo de proceder de la empresa constructora, que prefirió no recurrir la antedicha resolución y sin embargo acepta la propuesta contenida en la misma asumiendo los costes que ahora reclama, lo que implica evidentemente ir contra sus propios actos.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, tampoco podría apreciarse el necesario nexo causal, pues como han recogido por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 febrero 1999 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de octubre de 2008, las servidumbres aeronáuticas no constan en el PGOU, por su propia naturaleza, sino que es la ordenación urbanística de un Plan Especial la que se puede ver afectada por las servidumbres aeronáuticas (así también las SSTS de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, de 25 de mayo de 2001 y 17 octubre 2007), por lo que la Administración autonómica, en su condición de integrante de la Comisión Provincial de Granada de Ordenación del Territorio y Urbanismo que aprobó la Revisión del PGOU del Término Municipal de Alhendín, no puede ostentar ninguna responsabilidad.

La ordenación pormenorizada del sector, según establece la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en su artículo 13 -Ley 7/2002-, requiere la aprobación de un Plan Parcial, esto es, un instrumento planificador inferior al PGOU. Son los Planes Parciales de Ordenación son los que tienen por objeto el establecimiento, en desarrollo del Plan General de Ordenación Urbanística, de la ordenación detallada precisa para la ejecución integrada de sectores

enteros en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable, cuando, en su caso, aún no disponga de dicha ordenación, incluyendo las determinaciones fijadas en el apartado 3 del citado precepto. Es en el Plan Parcial, promovido entre otros por la propia recurrente, donde se fijan las diferentes alturas de las edificaciones al fijarse las rasantes y alineaciones, alturas que deben establecerse en respeto a las servidumbres aéreas preexistentes. Como sostiene la Sra. Letrada de la Junta de Andalucía, la actuación de la Administración autonómica se limitó a emitir el preceptivo informe requerido por el artículo 31.2.c) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, y el mismo fue incluso desfavorable, por lo que tampoco en este ámbito puede arrogarse la responsabilidad a la Junta de Andalucía.

Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, sin que de conformidad con el art. 139.1 de la LJCA, proceda hacer especial imposición de costas.

(St. de 28 de septiembre de 2016. Sala de Granada. Ponente Pérez-Playa Moreno)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Demolición de viviendas e interpretación del Decreto de 16 de marzo de 2010.

Se fundamenta el recurso de apelación en la procedencia de la legalización de las obras de conformidad con los art. 45 a 53 del Decreto 60/2010. Aplicación del Real Decreto 2/2012, de 10 de enero, del que se deduce la posibilidad de proceder a la legalización o regularización de las construcciones. Vulneración del principio de proporcionalidad y otros principios.

Por el Sr. Letrado de la Diputación de Sevilla, se solicita la desestimación del recurso de apelación.

El escrito de interposición del recurso de apelación debe contener las alegaciones en que se fundamente el recurso (art. 85,1 de la LJCA), las cuales no pueden limitarse a un simple reiteración de las formuladas en el escrito de demanda, pues como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia de Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 22-06-1999, rec. 13700/1991) “los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más, el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso”. Tal doctrina jurisprudencial, aplicable plenamente al recurso de apelación regulado en el art. 85 de la Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998

(Ley 29/98) viene siendo reiterada de modo constante por el Tribunal Supremo que, entre otras muchas, afirmó en la sentencia de 11 de marzo de 1999, recordando lo dicho en la de 4 de mayo de 1998. Igualmente el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 1999 dispuso: “Tal circunstancia afecta al ámbito en que ha de moverse la decisión a dictar en esta segunda instancia, en la cual debe el Tribunal limitarse a analizar lo referente a posibles vicios o infracciones legales que deban ser corregidos de oficio (por todas, sentencia de esta Sala de fecha 16 de mayo de 1997 EDJ1997/3601, y las que en ella se citan). Consecuentemente, si tales vicios o infracciones no se aprecian, tal y como aquí ocurre, aquella circunstancia es por sí sola bastante para desestimar el recurso de apelación en que se produce, pues éste, aunque traslada al Tribunal “ad quem” el total conocimiento del litigio, no se concibe como una repetición del proceso de primera instancia, sino como una revisión de él (por todas, sentencia de esta Sala de fecha 15 de marzo de 1989 EDJ1989/3010), que descansa por tanto en una pretensión revocatoria de la sentencia dictada y, por ende, en el deber procesal de quien la deduce de trasladar un análisis crítico, por escueto que sea, de la decisión que combate, a través del cual quepa descubrir las causas o razones de su discrepancia”. Ciertamente el recurso de apelación no cumple con la anterior doctrina pues su contenido en reiteradas ocasiones reproduce los párrafos del escrito de demanda.

Debe aclararse que el prístino recurso contencioso administrativo se dirigía contra la resolución que se indica en el antecedente primero de la presente sentencia, por lo que no es admisible la alusión a que en la demanda se impugnaba inactividad en la aplicación del Real Decreto 2/2012. No debe dudarse que el escrito que delimita y determina el objeto del recurso contencioso administrativo, es el de interposición del mismo, con independencia de que la demanda sea el escrito rector en cuanto a las alegaciones que se vierten en función de la pretensión jurídica en relación con el acto objeto de recurso.

Por otra parte, la sentencia apelada da cumplida respuesta a las alegaciones de la demanda, pues considera que la resolución desestimatoria de los recursos de reposición resuelve las alegaciones de los interesados. Abunda la sentencia apelada, en que no cabe hablar de indefensión debido a que los actores conocían la fundamentación de la actuación de la Administración y las infracciones cometidas del Orden Jurídico. A ello debe añadirse, que las actuaciones administrativas y sus informes del expediente de protección de la legalidad urbanística son claros y precisos de los preceptos de las Normas Urbanísticas del Plan General y de la Ley 7/2002, que fueron infringidos.

La sentencia igualmente se pronuncia sobre el carácter ilegalizable de las

obras, así como sobre la imposibilidad de aplicación del Real Decreto 2/2012 y sobre los principios de proporcionalidad, congruencia y de menor restricción de la actividad intervenida y de los actos propios.

Las alegaciones del recurso de apelación no son procedentes en la medida en que como se dijo anteriormente inciden y reiteran los argumentos de la demanda. Como se ha expuesto en el fundamento anterior, la argumentación y fundamentación de la demanda fue enjuiciada correctamente en la sentencia apelada. Debe insistirse y, por ende, coincidir con la sentencia apelada en el carácter ilegalizable de las obras, lo que conlleva en un expediente de protección de la legalidad urbanística, la restauración y reposición del suelo a su estado anterior, que en el supuesto presente dio lugar a la demolición de lo ilegalmente construido.

El Decreto 2/2012, de 10 de enero, regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ahora bien, la entrada en vigor de la indicada normativa, no supone una legalización de cualquier obra ilegalmente construida, sino que trata de regularizar las construcciones según la situación jurídica en la que se encuentren, y así en su art. 3 clasifica las construcciones según se ajusten o no a la ordenación urbanística y territorial, sin que el mencionado Decreto 2/2012, pueda ser de aplicación a las edificaciones y construcciones del supuesto que se enjuicia, en la medida en que las edificaciones se encuentran incluidas en el supuesto previsto en el art. 3.1 .B.c) de la indicada normativa, de ahí, que la Administración estaba obligada a la incoación, tramitación y resolución del correspondiente procedimiento de protección y restauración de la legalidad urbanística, máxime cuando no cabía hablar de prescripción. Incluso en el supuesto de asimilación al régimen jurídico de fuera de ordenación, la normativa sigue manteniendo cautelas en la aplicación del Decreto, pues en su art. 11.4 que regula la fase de instrucción, dispone: “Los servicios jurídicos municipales comprobarán que no se encuentra en curso procedimiento de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido respecto de la edificación objeto de reconocimiento, y que no es legalmente posible medida alguna de restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada”. Es evidente, que en los supuestos en que como el presente procede la aplicación de la protección y restauración de la legalidad urbanística, se excluye la aplicación del Decreto 2/2102.

Por lo que se refiere al Decreto 60/2010, de 16 de marzo, no es de aplicación en su art. 48 Reglamento, pues no concurren los condicionantes del mismo en cuanto a la acreditación de disconformidades no sustanciales, en la medida

en que las obras infringen claramente la normativa urbanística. Tampoco puede sostenerse la aplicación del art. 51, que regula el cumplimiento por equivalencia, pues la demolición puede llevarse a cabo, debido a que no se ha acreditado imposibilidad legal o material de la misma. Respecto de la posible aplicación del art. 53, regulador de la asimilación al concepto de fuera de ordenación, no es posible, por las mismas razones esgrimidas respecto del Decreto 2/2012, es decir, la protección y restauración de la legalidad urbanística excluye la aplicación del precepto cuya naturaleza real, exige responsabilidad al titular actual del inmueble que se subroga en los actos que conllevaron la incoación, tramitación y resolución del expediente.

Lo anterior es determinante de inexistencia de vulneración del principio de proporcionalidad, menor restricción y menor demolición y actos propios. Basta recordar la doctrina del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006 (EDJ2006/83949), en la que se expresa que se ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad (Sentencias de 28 de abril de 2000 EDJ2000/9061, 15 de octubre de 2001 EDJ2001/35548, 23 de octubre de 2001 EDJ2001/49721 y 2 de octubre de 2002 EDJ2002/42791). Las referidas sentencias sientan la doctrina de que el principio de proporcionalidad “opera en dos tipos de supuestos: a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. b) Ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. En los casos de actuaciones que, como la que se enjuicia, contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos (así se declara, por ejemplo, en los mismos casos resueltos en las sentencias de 16 de mayo de 1990 EDJ1990/5139 y de 3 de diciembre de 1991 EDJ1991/11489) por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad. La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (art. 103.1 CE) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición”.

En base a lo anteriormente expuesto procede la desestimación del recurso de apelación.

Procede conforme al art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción la imposición de las costas a la parte apelante, si bien no se podrá repercutir por todos los conceptos mayor cantidad de 500 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

(ST. de 23 de junio de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Santos Gómez).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Impugnación de Planes especiales por vulneración de Planes de Ordenación del Territorio, cuestiones procesales.

Es objeto de impugnación en este proceso el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana en los términos municipales de Almonte, Bonares, Lucena del Puerto, Moguer y Rociana del Condado (Huelva), BOJA nº 254, de 30 de diciembre de 2014).

Argumenta la recurrente -sustancialmente- que la Orden impugnada es nula de pleno derecho por vulnerar la regulación reglamentaria sobre la materia.

La Administración autonómica demandada, en su escrito de contestación, se opuso a la nulidad pretendida por los argumentos expuestos en el mismo.

Cuestión semejante a esta ha sido tratada por esta Sala y Sección en sentencia de 17 de octubre del presente año, recaída en el recurso 144/2015, con consideraciones que corresponde reiterar: Así: “*La parte ahora dirige su recurso contencioso contra el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana en los términos municipales de Almonte, Bonares, Lucena del Puerto, Moguer y Rociana del Condado (Huelva).*”

No obstante, su pretensión anulatoria se dirige no solo contra el anterior decreto, sino también contra el Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana y se crea su Comisión de Seguimiento.

Como señala la propia demanda, la pretensión contra este último decreto se ejercita de forma indirecta, lo que a continuación se resolverá a la vista de las alegaciones de inadmisión que realiza la administración demandada.

En todo caso, estando esta impugnación indirecta de disposiciones generales ex artículo 26 de la ley jurisdiccional limitada a denunciar vicios materiales o sustantivos, no cabe que se

aproveche este recurso indirecto para denunciar motivos formales o de procedimiento. Con lo que entendemos que no cabe sino confirmar la denegación de la ampliación del expediente en el que insiste el recurrente, por cuanto que este decreto como norma que es, ha sido debidamente publicado en boletín oficial y en principio puede ser impugnado por los motivos referidos.

Inadmisión del recurso contencioso por desviación procesal o extemporaneidad respecto del Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana y se crea su Comisión de Seguimiento.

La administración demandada pretende en primer lugar la inadmisión del recurso contra el decreto más arriba citado, por cuanto que el recurso contencioso se dirigió exclusivamente contra el Decreto 178/2014, quedando este como único objeto del recurso contencioso. Sin que sea ahora posible pretender la nulidad del Decreto 341/2003, incurriendo con ello en desviación procesal. Subsidiariamente, de entender que no hay tal desviación, inadmisión del recurso contra el Decreto 341/2003 por ser manifiestamente extemporáneo.

La inadmisión propuesta debe ser desestimada. En el caso de autos, no hay impugnación directa del Decreto 341/2003 y sí una impugnación indirecta conforme al artículo 26 y 27 de la ley jurisdiccional.

De modo que aprovechando el recurso contra el objeto del recurso, se impugna de forma indirecta la disposición general en aplicación de la cual, se dicta aquel.

Lo que debemos plantearnos, no es tanto si cabe la impugnación indirecta de disposiciones generales con ocasión del recurso directo contra otra disposición general a tenor de la literalidad del artículo 26, lo que ha sido admitido por la jurisprudencia, sino sí por ser las dos disposiciones impugnadas del mismo rango, cabe la impugnación indirecta de la disposición general precedente.

Así el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de febrero de 2016, dictada en el recurso de casación 806/2015 (Sección 5ª) dispone en su Fundamento Noveno lo siguiente: “El motivo no puede ser acogido, por varias razones que, aun consideradas una a una, lo harían inviable. La primera de ellas es que no cabe entender impugnada indirectamente una norma anterior; el citado Decreto de la Junta de Andalucía 89/2007, que es el que, en su artículo 5, prevé y regula la Comisión de Redacción del Plan Territorial -órgano cuya existencia misma controvierte la recurrente-, dado que tal norma se había dejado consentida; además, se trata de una disposición de igual rango normativo que la directamente impugnada -lo que excluye toda posibilidad de promover recurso indirecto como subterfugio para soslayar la devenida inimpugnabilidad del reglamento-; por otra parte, la impugnación indirecta ha de plasmarse en una pretensión reconocible, no siendo el trámite de conclusiones el momento procesal para suscitara ex novo. Además, respecto de la concreta materia objeto de polémica, no se suscita entre ambos decretos autonómicos dependencia normativa alguna.

Por otra parte, el contenido del artículo 5 del Decreto 89/2007, que regula la composición y funciones de la Comisión de Redacción, no encuentra desarrollo, ejecución o complemento alguno, respecto de la concreta materia objeto de polémica, en el Decreto de la Junta de Andalucía 26/2009, de 3 de febrero, que aprueba el POTLA y crea su Comisión de Seguimiento, lo que significa que ni por razones de jerarquía ni por las relativas al contenido de la norma impugnada tiene cabida aquí el recurso indirecto del artículo 26.1 LJCA (aunque sería más correcta la cita del apartado 2 del artículo).

En definitiva, lejos de desatender el artículo 26 de la LJCA y la jurisprudencia que lo ha interpretado en sentido extensivo, la sentencia se atiene a tal doctrina, pues una cosa es la expansión, que hoy es cuestión pacífica, del mecanismo procesal de la impugnación indirecta con ocasión del recurso contra una actividad que no es, en rigor, un acto (administrativo) de aplicación, sino una disposición general, y otra distinta admitir la impugnación indirecta de una norma no jerárquicamente superior a la que se recurre.

Cabe mencionar al respecto nuestra reciente sentencia de 4 de diciembre de 2014 (recurso de casación nº 3442/2012), recogida en la más reciente de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación nº 3442/2012), en que se declara lo siguiente:

“[...] Tampoco ha conculcado la Sala sentenciadora lo dispuesto por el artículo 27.2 de la Ley de esta Jurisdicción, porque, aun cuando fuese competente para conocer del recurso directo frente a la indicada Modificación Puntual del Plan General Metropolitano aprobada en el año 2006, no se está ante el supuesto previsto en el artículo 26 de la propia Ley Jurisdiccional, que contempla el denominado recurso indirecto, y ello precisamente según la doctrina jurisprudencial que los mismos demandantes, ahora recurrentes en casación, invocaban en su escrito de demanda, ya que la Modificación Puntual del Plan General Metropolitano, aprobada en 2009, no constituye un planeamiento derivado o de desarrollo de la Modificación Puntual del mismo Plan aprobada en 2006 sujeto al principio de jerarquía normativa, sino que se trata de una norma de idéntico rango que modifica la anterior, como lo ha considerado esta Sala del Tribunal Supremo, concretamente en las dos Sentencias, de fechas 9 de febrero de 2009 (recurso de casación 5938/2005) y 25 de septiembre del mismo año (recurso de casación 553/2005), transcritas en su demanda por los ahora recurrentes [...]”.

Por otra parte, la sentencia de 10 de junio de 2013 (recurso de casación nº 995/2010), señala lo que a continuación transcribimos: “[...] SEGUNDO.- Antes de adentrarnos en el examen del motivo de casación articulado, conviene hacer una observación en torno al criterio de la sentencia de instancia, según el cual su pronunciamiento anulatorio no podía alcanzar al Plan General, al no estar formalmente recurrido, y considerar que la impugnación indirecta se trata únicamente de un motivo del recurso.

Sucede que la sentencia de instancia estima el recurso anulando los instrumentos de desarrollo por razón de no haberse incluido en el sector NP-15 (de suele urbanizable) una franja de terreno integrada en la zona de afectación de la red primaria estructural, Autovía Alicante-Al-

coy, adscrita por el planeamiento general al suelo no urbanizable.

Si la sentencia consideraba incorrecta la clasificación, la causa de la invalidez radicará en el instrumento de ordenación general, al que corresponde la primera decisión de organización espacial del territorio al establecer las subdivisiones primarias del suelo, a través de la clasificación, mientras que los instrumentos de desarrollo, en este punto, vienen vinculados y subordinados al primero, sin que constituya obstáculo para su anulación que el recurso contencioso se dirijese sólo de manera indirecta frente al Plan. Respecto de esta clase de impugnaciones hemos observado que no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en cuya ilegalidad se fundamenta, sino sólo el acto de aplicación que se recurre- de este modo, no es obstáculo, para examinar la eventual ilegalidad del Plan General (y tampoco para declararla), la falta de una articulación expresa y formal de la impugnación indirecta.

En sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 344/2004) hemos insistido «en la flexibilidad con la que la jurisprudencia viene interpretando los requisitos precisos para tomar en consideración procesalmente una impugnación indirecta de una disposición de carácter general, ya que la misma en modo alguno requiere una formal plasmación de tal impugnación en el suplico de la demanda, resultando, por el contrario, suficiente la deducción de tal intención de los términos expresos o implícitos de los razonamientos que se efectúen».

Por otra parte, resulta también oportuno recordar que «si bien el artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción contencioso- administrativa se refiere a “actos que se produzcan en aplicación” (apartado 1) y a “actos de aplicación” (apartado 2), sin embargo ello no excluye que cuando estamos ante normas reglamentarias enlazadas que se rigen por un criterio jerárquico, de modo que el contenido de las de superior rango es “aplicado” y desarrollado por las de rango inferior, sean de aplicación igualmente las relaciones propias de la impugnación indirecta, en la medida que la ilegalidad de la norma de cobertura se proyecta sobre la norma de aplicación» (Sentencias de 16 de junio de 2011 -recurso de casación 6207/2007 - y de 4 de Noviembre del 2011 -recurso de casación 6062/2010)- [...]”.

Es fundamental en el esquema impugnatorio descrito la ordenación jerárquica entre ambas normas o disposiciones -en este caso, estamos ante dos decretos autonómicos que arbitran sendas fases en la ideación y elaboración de un plan territorial-, por tres razones concurrentes: a) de no ser así, quedaría desnaturalizado el espíritu del precepto, que tiene su límite estructural en la referencia a los actos de aplicación, concepto que por más amplitud que admita, no puede comprender las normas jurídicas iguales en rango y competencia; b) pretender lo contrario sería convertir la impugnación indirecta, de facto, sólo válida con ocasión de la impugnación de actos de aplicación, en

una especie de impugnación directa que mantendría siempre abierto el plazo de recurso; c) finalmente, una norma reglamentaria no puede erigirse en parámetro de la juridicidad de otra norma que no sólo posee el mismo rango y competencia, sino que por esa razón desplaza, complementa o sustituye a la primera.”

En el caso de autos, y aunque estamos ante sendos decretos, lo cierto es que el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana es norma subordinada y de desarrollo del Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana.

Así resulta a la vista de la normativa en que se funda cada uno de ellos. El decreto 341/2003, se dicta al amparo de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La cual dispone respecto de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional lo siguiente:

Artículo 23.1. Los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional serán vinculantes para los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y para el Planeamiento Urbanístico General.

2. *En el Decreto de aprobación de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional se determinarán los plazos para la adaptación de los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y del Planeamiento Urbanístico General, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.1, d).*

3. *Las propuestas de adaptación del Planeamiento Urbanístico General deberán ser tramitadas de acuerdo con el procedimiento establecido en la legislación urbanística para su revisión o modificación.*

4. *Las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional que sean de aplicación directa prevalecerán desde su entrada en vigor sobre las determinaciones de los planes citados en el apartado 1 de este artículo anteriormente aprobados.*

A esta naturaleza corresponde el Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana, de acuerdo con la Disposición adicional cuarta de esta misma ley: “1. En el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía los instrumentos de ordenación del territorio establecidos en esta Ley sustituyen a los Planes Directores Territoriales de Coordinación previstos en el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto 1/1992, de 26 de junio, no siendo de aplicación cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

2. Los Planes Directores Territoriales de Coordinación aprobados con anterioridad continúan en vigor a la promulgación de la presente Ley. Su revisión o modificación se someterá a las disposiciones contenidas en esta Ley para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional.”

Por su parte el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, se dicta al amparo de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que en su artículo 7 dispone: Instrumentos de planeamiento y restantes instrumentos de la ordenación urbanística.

1 La ordenación urbanística se establece, en el marco de esta Ley y de las normas reglamentarias generales a que la misma remite y de las dictadas en su desarrollo, así como de las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio en los términos dispuestos por la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por los siguientes instrumentos de planeamiento:

- a) Planeamiento general: Planes Generales de Ordenación Urbanística, Planes de Ordenación Intermunicipal y Planes de Sectorización.*
- b) Planes de desarrollo: Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales y Estudios de Detalle.*
- c) Catálogos.*

2. Las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, las Ordenanzas Municipales de Edificación y las Ordenanzas Municipales de Urbanización contribuyen a la correcta integración de la ordenación urbanística y, en su caso, complementan la establecida por los instrumentos de planeamiento.

Y asimismo resulta de lo dispuesto en el propio Decreto recurrido cuando en su artículo 3 sobre su naturaleza señala: “1. El presente Plan Especial supramunicipal es formulado por Acuerdo de 4 de diciembre de 2007 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en desarrollo de la recomendación contenida en el artículo 72 del POTAD. Sus objetivos responden a los apartados a, e y f del artículo 14 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

2. El Plan goza de naturaleza jurídica normativa de rango reglamentario y, en desarrollo de la normativa de ordenación territorial y urbanística así como del POTAD, establece una estructura funcional a las zonas de regadío al norte de la corona forestal de Doñana, estableciendo criterios orientados al logro de los objetivos definidos en el artículo anterior.

3. El Plan está sometido jerárquicamente al Plan de Ordenación del Territorio del ámbito de Doñana, rigiéndose sus relaciones con los planes urbanísticos vigentes en su ámbito de aplicación por los principios de especialidad y competencia.

4. *Las determinaciones de este Plan están sometidas al ordenamiento jurídico vigente en el momento de su aplicación.*”

Con ello concluimos que debemos desestimarla causa de inadmisión deducida de contrario y continuar con el examen del recurso.

Falta de legitimación del recurrente.

Se alega por la administración demandada como causa de inadmisión, la falta de legitimación de los recurrentes para impugnar el decreto recurrido. Y ello se dice por no ostentar derecho sobre fincas afectadas por el plan especial impugnado.

No obstante no es así. Se acompañan con la demanda documentos (1 a 3) de los que resulta que los recurrentes son concesionarios de parcelas por parte del Ayuntamiento de Moguer. Con lo que más allá de los legítimos intereses que también le puedan corresponder al titular de los terrenos, parece claro que el parcelista, en cuanto quien explota la finca, tiene unos intereses legítimos que pueden verse afectados por la norma impugnada y para los que no precisa ser propietario de los mismos.

El motivo de inadmisión debe por tanto ser desestimado.

Nulidad por incompetencia territorial.

La pretensión anulatoria formulada en primer lugar por los recurrentes descansa en la incompetencia de los dos decretos impugnados para regular los caudales del Guadalquivir y Guadiana (por el Chanzas) que afectan a la zona delimitada por ambas normas. Y ello por la tratarse de cuencas intercomunitarias, competencia del Estado y no de las Comunidades Autónomas.

Especial atención se presta a la sentencia del Tribunal Constitucional de 30/2011, de 16 de marzo, mediante la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en cuanto que atribuía a esta comunidad competencia sobre la cuenca del Guadalquivir que discurriesen por el territorio de la misma.

Sobre la base de la eficacia de esta sentencia, que de forma inmediata supone la nulidad del artículo citado, se pretende la nulidad de los decretos impugnados en cuanto que invaden competencias estatales.

La administración demandada se opone alegando que a ninguno de los dos decretos le afecta la sentencia del Tribunal Constitucional comentada y con

ello, la nulidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007 y la atribución de competencias que realizaba.

Refiere que ambos decretos se dictan en ejercicio de la competencia autonómica de ordenación del territorio, siendo perfectamente posible que sobre un mismo espacio, concurren competencias de distintas administraciones públicas, para lo que el ordenamiento contempla diversos mecanismos de colaboración. Asimismo denuncia que no se advierte por la demanda cuales son los preceptos concretos de los decretos atacados que colisionan con las competencias estatales.

A la hora de resolver este primer argumento contra los decretos impugnados, resulta preciso no perder de vista, cuáles son los objetivos de los mismos.

Y así debemos efectivamente señalar que ambos decretos, se dictan al amparo de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio. De tal modo que el Decreto 341/2003 responde específicamente, como más arriba se ha dicho, al modelo de Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional. Mientras que el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, se dicta al amparo de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en cuanto que plan de ordenación.

En el caso de ambos decretos, la ordenación es esencialmente de zonas de regadío, y con ello se persiguen los objetivos que se enumeran en el artículo 2 del Decreto 178/2014, los cuales responden a las previsiones del artículo 14 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía :

“1. Los Planes Especiales pueden ser municipales o supramunicipales y tener por objeto las siguientes finalidades:

a) Establecer, desarrollar, definir y, en su caso, ejecutar o proteger infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, así como implantar aquellas otras actividades caracterizadas como Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.

e) *Conservar, proteger y mejorar el medio rural, en particular los espacios con agriculturas singulares y los ámbitos del Habitat Rural Diseminado.*

f) *Conservar, proteger y mejorar el paisaje, así como contribuir a la conservación y protección de los espacios y bienes naturales.”*

Con ello se incardina la competencia para dictar el decreto impugnado, y con este, el POTAD que le procede, en competencias cuya titularidad sí corresponden sin duda alguna a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Especialmente cabe destacar el artículo 72 del POTAD que es el que sirve de

cobertura para desarrollar ahora esa ordenación de zonas de cultivo con derecho legal a riego. En cuanto que dispone la formulación de un plan especial de ordenación en las zonas de cultivo en regadío con derecho legal a riego.

A esta idea responde entendemos, el artículo 13, que respecto a la cuestión más polémica del decreto, como es la relativa a la ordenación de los usos del suelo y zonificación señala: “Es objetivo del Plan en relación a los usos del suelo, la ordenación del uso agrícola, y del uso forestal, así como de los usos vinculados a ambos que tengan incidencia en la protección de los recursos naturales.”

Se trata de competencias encajables en las que ya hemos citado como atribuidas a las comunidades autónomas.

Existe por otra parte en el Decreto 178/2004 una afección a los recursos hídricos de los que pueden disponer los espacios afectados por esta nueva ordenación. Al mismo se dedica el Título Tercero, que regula diversas materias como la explotación de aguas subterráneas, distribución de recursos hídricos, deslinde de dominio público hidráulico, revisión y ordenación de aprovechamientos, y en los que se refiere siempre a la Administración hidráulica competente. Esta concurrencia de competencia es la que se contempla en el artículo 25.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, que bajo la rúbrica Colaboración con las Comunidades Autónomas dispone: “Las Confederaciones Hidrográficas emitirán informe previo, en el plazo y supuestos que reglamentariamente se determinen, sobre los actos y planes que las Comunidades Autónomas hayan de aprobar en el ejercicio de sus competencias, entre otras, en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional, siempre que tales actos y planes afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía, teniendo en cuenta a estos efectos lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno.”

Con lo expuesto, la ley prevé que en materias como las que estamos viendo, la planificación autonómica se acomode a las disposiciones que en materia hidráulica correspondan al Estado.

En este sentido, consta el informe correspondiente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (folios 1623 y 1624) en el que con cita del artículo inmediatamente transcrito, se muestra la conformidad con las estipulaciones del plan de ordenación aprobado.

- Nulidad por razón de la materia.

Seguidamente se fundamenta la nulidad de los dos decretos impugnados en la invasión de competencias que son propias del Estado. Se refiere de esta manera que los decretos regulan materias que inciden en el dominio público hidráulico, las comunidades de usuarios, los recursos naturales, la conservación de espacios naturales, montes y transferencia de recursos hídricos intercuenas.

Específicamente y respecto a la regulación contenida en los decretos impugnados, señala que se regula indebidamente las comunidades de usuarios; que no se invoca expresamente como título habilitante la Ley de Montes de Andalucía 2/1992 y que no se respeta la legislación estatal en esta materia; así como que se realizan transferencia de recursos hídricos de las cuencas colindantes a la del Guadalquivir careciendo de competencias para ello.

La administración demandada se opone a este argumento diferenciando según se impugne uno u otro decreto.

Por lo que se refiere al Decreto 341/2003, de 9 de diciembre (POTAD) insiste en la concurrencia de competencia entre el Estado y la Comunidad Autónoma, así como la “imprecisión y vaguedad” de los vicios alegados por la parte recurrente.

Respecto al Decreto 178/2014, de 16 de diciembre considera que el mismo es plenamente compatible con las competencias que corresponden al Estado, negando que exista extralimitación en las disposiciones del decreto en lo que respecta a los espacios naturales o montes.

Señala así que el artículo 29 de este decreto contiene una remisión general a lo previsto en legislación de aguas, que excluye per se cualquier supuesto de extralimitación competencial.

Y en cuanto a la coordinación del plan especial con la planificación hidrológica, competencia del Estado, la misma ya se prevé en la legislación de aguas (40 y siguientes).

Por lo que se refiere a este argumento de la demanda, debemos en primer lugar coincidir con la parte demandada en que no hay una impugnación concreta de preceptos que invadan las competencias del Estado señaladas. Así la demanda se refiere a las competencias que el Estado tiene en las materias enunciadas arriba, pero sin que podamos concluir que bien los decretos impugnados de forma general, bien algún artículo de los mismos, invadan competencias del Estado. Y ello por cuanto que como más arriba hemos dicho, ambos decretos parten del ejercicio por la Comunidad Autónoma de competencias que le vienen a la misma atribuidas de forma exclusiva. El desarrollo de las mismas, es cierto que entra en conexión con otra serie de materias

atribuidas a la competencia estatal. Pero sin que esa conexión se advierta por ahora que excede de los límites legales y constitucionales impuestos.

Precisamente en atención a la existencia de esas competencias estatales y autonómicas conexas, la legislación del Estado contempla instrumentos o técnicas de coordinación con la actividad de las comunidades autónomas en el ejercicio por estas de competencias propias.

En este sentido, la legislación de aguas, por citar la materia que más directamente puede verse afectada por la ordenación de los regadíos, contempla efectivamente dentro de la planificación hidrológica que: “La política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas, sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio Ambiente, o por las Administraciones hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite” (art. 40.2); así como respecto a la elaboración de los planes, “Los planes hidrológicos se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a los usos del agua como a los del suelo, y especialmente con lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios.” (artículo 41.4).

Y en este sentido así está previsto en el Real Decreto 355/2013, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir en su artículo 22.2.: Son compatibles con este Plan Hidrológico las siguientes transformaciones* en el perímetro de la corona forestal del Norte de Doñana (Sistema 1 Guadamar podrán otorgarse nuevas concesiones siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1.ª Que en su conjunto las extracciones de la zona se ajusten a lo establecido en los estudios hidrológicos e hidrogeológicos realizados por el IGME, de acuerdo con el Convenio vigente entre este Organismo y el Organismo de cuenca, o con futuros desarrollos de dicho Convenio. 2.ª Que sean conformes a lo que resulte del Plan Especial de Ordenación de las Zonas de Regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana. 3.ª Que no se ponga en riesgo el buen estado de la masa de agua; así como en el Real Decreto 1329/2012, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Tinto, Odiel y Piedras en su artículo 23.

- Nulidad por omisión de trámite de información previa.

Señala la demanda a continuación la nulidad de ambos decretos por omitir como trámite preceptivo la audiencia al Patronato del Parque de Doñana.

Debemos diferenciar para resolver esta cuestión entre el decreto objeto del recurso contencioso examinado, y el decreto objeto del recurso indirecto.

Por lo que se refiere al segundo, hay que recordar que la impugnación del mismo se produce de forma indirecta, aprovechando el recurso directo contra el decreto 178/2014.

Pues bien, la jurisprudencia es unánime a la hora de considerar que la impugnación indirecta de disposiciones general debe sustentarse en defectos o vicios de carácter material, pero sin que sea ahora posible suscitar la posible nulidad de la disposición por un defecto de forma.

Y en cuanto a la nulidad por omisión de este trámite en el decreto 178/2014, si examinamos el mismo comprobamos como se refiere que fue objeto de informa favorable por el Consejo de Participación del Espacio Natural de Doñana en sesión de 11 de abril de 2014. Sin que en la demanda se haya realizado objeción alguna a si este trámite es o no adecuado o insuficiente.

Vulneración de la autonomía local.

Se pretende en la demanda la nulidad de los decretos por vulneración de la autonomía local de los municipios en lo que se refiere a la gestión de sus bienes.

Ninguna duda tenemos conforme se indica en la demanda de la delimitación de las competencias municipales frente a la actuación estatal o autonómica. Ocurre que en el caso de autos, la ordenación territorial ejercida incide sobre el territorio, valga la redundancia, cualquiera que se la titularidad del mismo, de titularidad privada o municipal. No afectando el decreto a la concreta gestión del patrimonio local, y sí a la efectiva ordenación de los usos que según el plan especial sean o no posible.

Vulneración del derecho de propiedad.

Se señala en la demanda que con la regulación que se hace en los decretos impugnados de montes ya aguas subterráneas, en cuanto que susceptibles de propiedad privada, se lesiona el derecho normal de los propietarios, incurriendo en expropiación de derechos.

Asimismo, se recuerda la reserva de ley que se impone constitucionalmente para la regulación del derecho de propiedad.

La administración autonómica se opone al señalar que en modo alguno se regula derecho de propiedad o se restringe el contenido del mismo.

En el caso de autos los decretos no hacen ninguna regulación del derecho de propiedad de los suelos afectados, y sí la ordenación territorial de los mismos.

Y ello de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que expresamente respecto de lo que es el contenido básico del propietario del suelo, señala primero en el artículo 11.1: “ El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. “;y en su artículo 12: “1.El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.”

Específicamente por los que respecta al suelo rural o no urbanizable, se dispone en el artículo siguiente: “ En el suelo en situación rural a que se refiere el artículo 21.2,a), las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.”

De modo que efectivamente, más allá de la ordenación de los regadíos que se pretende con los decretos impugnados, el derecho de cada propietario, público o privado de los terrenos afectados, no puede verse afectado en cuanto a sus facultades dominicales preexistente por la regulación contenida en los mismos. Pero no es eso lo que en este momento se aprecia del decreto recurrido. El cual si bien es cierto que establece una ordenación de los regadíos de los suelos afectados, no lesiona el derecho dominical del titular de las parcelas ordenadas con esta regulación. Cuestión distinta será, lo que en el caso de autos no ocurre, que el titular de los terrenos considere que esa nueva ordenación respecto de su finca concreta merme o recorte derechos que inherentes a su propiedad tuviera previamente reconocidos. Lo cual evidentemente le permitirá reaccionar bien contra la específica ordenación de la parcela afectada, bien frente a los actos aplicativos de estos decretos que hayan de adoptarse.

Extralimitación de los decretos

Se fundamenta a continuación que los decretos impugnados exceden en su regulación de lo que le permite la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Indicando a si mismo una serie de preceptos de esta última ley que consideran contrarios a la Constitución.

Se refiere así el artículo 11.1 g que señala: 1. Los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional tendrán el siguiente contenido: g) Los demás aspectos que el Consejo de Gobierno considere necesario incluir para la consecución de los objetivos del plan.

Y el artículo 13 apartados 5 y 6 que dispone: “5. Redactado el plan, se someterá a información pública, por un plazo no inferior a dos meses, y audiencia a las Administraciones y Entidades Públicas afectadas por razón de su competencia.

6. El plan será aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno, dando cuenta al Parlamento y publicándose en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» para su efectividad.”

Así como la DA 4- que se dice ha sido vulnerada por el decreto 178/2014 . Por último Se considera también que invaden competencias estatales, el Anexo II de la ley, en su apartado I sobre actividades de planificación, los puntos: 9. Planificación hidrológica. 10. Planificación regional y subregional de infraestructuras de aducción y depuración de aguas. 11. Planificación de infraestructuras y equipamientos para la gestión de los residuos: así como en su apartado II sobre actividades de intervención singular los puntos . Embalses destinados a abastecimiento de agua a poblaciones o para regadíos con una capacidad superior a 15 hm³. 6. Infraestructuras supramunicipales de aducción y depuración de aguas. 7. Infraestructuras y equipamiento ambiental para el tratamiento de residuos. 10. Transformación en regadío de zonas con superficie igual o superior a 500 Has.

Tampoco en este caso se aclara en que medida concreta los decretos exceden de los límites legales impuestos, o en que medida la disposición legal trascrita resulta inconstitucional.

Por último se denuncia el empleo de términos imperativos a la hora de referirse a las disposiciones contenidas en los decretos respecto de distintas administraciones públicas.

Entendemos que las normas jurídicas per se, tienen la condición de imperativas, y mandan y obligación con arreglos a los efectos generales de las mismas.

Evidentemente la ordenación territorial como se ha dicho, incide sobre diversos ámbitos competenciales, todos ellos concurrentes entre sí. Y será en cada caso concreto en el que se pretenda la aplicación del decreto, con obligaciones frente a particulares, pero también frente a otras administraciones públicas, local o estatal, cuando habrá de hacerse valer en su caso, una extralimitación en la aplicación del decreto.”.

Por todo ello procede la desestimación del recurso.

TERCERO.- No se aprecian méritos suficientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , para considerar procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia tanto por la desestimación de la pretensión de inadmisión del recurso de la demandada como al apreciar este Tribunal la complejidad de las cuestiones de derecho discutidas.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

(St. de 2 de noviembre de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Vargas Cabrera).

XXI. URBANISMO Y VIVIENDA

Naturaleza de los Patrimonios del suelo. Artículo 72 LOUA en relación con el artículo 3 del Reglamento de Bienes de las entidades locales de Andalucía de 24 de enero de 1986.

Se recurre mediante la presente apelación la sentencia de fecha 2-12-13, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba, que desestimó el recurso interpuesto por la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía contra el Acuerdo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Córdoba de 16-1-13 por el que se aprobaba la constitución de un derecho de superficie para la implantación por entidad privada de equipamiento deportivo en la parcela 1.13 del proyecto de reparcelación de la unidad de ejecución del sector RENFE PEGOU y calificación urbanística de equipamiento comunitario.

En su escrito de apelación de la sentencia, se insiste por la Junta recurrente en la nulidad del acuerdo recurrido, ya que la parcela sobre la que se constituye el derecho de superficie es demanial y, por tanto, no susceptible de de gravamen ni enajenación.

Por su parte, el Ayuntamiento de Córdoba, mantiene que se trata de un bien de naturaleza patrimonial y que, por ello, puede ser objeto de gravamen.

La cuestión controvertida ha sido ya resuelta por reciente sentencia de esta misma Sala y Sección de 5-5-16 (rec. 59/15), dictada en recurso de apelación contra sentencia de 31-10-14, dictada por el mismo juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de Córdoba , que examinando un supuesto similar expone:

« *TERCERO.*- El recurso -cabe anticipar- debe ser estimado. Ciertamente el artículo 3.4 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de An-

dalucía (Decreto 18/2006, de 24 de enero) literalmente dice: “la afectación de inmuebles al uso o servicio público, como consecuencia de la ejecución de planes urbanísticos se entenderá producida en todo caso, en el momento de la cesión del bien a la Entidad Local conforme disponga la legislación urbanística”. Este precepto es trasunto de lo dispuesto en el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (artículo 3.2) y en la propia Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía .

El señalado precepto reglamentario no colisiona con lo dispuesto en el artículo 72 b) de la LOUA el cual establece que integran el patrimonio público del suelo: b) Los terrenos y construcciones obtenidos en virtud de las cesiones que correspondan a la participación de la Administración en el aprovechamiento urbanístico por ministerio de la ley o en virtud de convenio urbanístico. El destino de tales bienes integrantes así como la posibilidad de disposición aparece regulada en los artículos 75 y 76 de la LOUA. Sobre su base el artículo 77 del mismo texto legal establece que: “ Las Administraciones y demás Entidades Públicas, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en bienes de su propiedad o integrantes del patrimonio público de suelo correspondiente con destino a cualquiera de los usos permitidos por la ordenación urbanística, cuyo derecho corresponderá al superficiario.

La concesión del derecho de superficie por cualquier Administración y demás entidades públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos.

En cuanto a su régimen jurídico, se estará a lo dispuesto en la legislación estatal.

El procedimiento de constitución del derecho de superficie sobre suelos pertenecientes a los patrimonios públicos de suelo, se regirá por lo dispuesto en el artículo anterior para los diversos supuestos.”.

Estos preceptos del texto legal autonómico no obstan a la consideración de dominio público de los terrenos señalados puesto que, como la sentencia indica, se trata de un Patrimonio Municipal del Suelo que en base a la regulación que se transcribe, cumple unas finalidades y tiene una naturaleza diversa del dominio público. Así en el artículo 69 de la LOUA, “ Clases y constitución de los patrimonios públicos de suelo”, se dice:” 1. La Comunidad Autónoma de Andalucía y los municipios, por sí o mediante organismos y entidades de Derecho Público, deben constituir y ejercerla titularidad del Patrimonio Autonómico de Suelo y los Patrimonios Municipales de Suelo, respectivamente, con las siguientes finalidades:

- a) *Crear reservas de suelo para actuaciones públicas.*
- b) *Facilitar la ejecución de los instrumentos de planeamiento.*
- c) *Conseguir una intervención pública en el mercado de suelo, de entidad suficiente para incidir eficazmente en la formación de los precios.*
- d) *Garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública .”.*

Cumpliendo finalidades públicas ambas categorías de bienes de la administración no son lo mismo y, partiendo de que la administración autonómica no la considera sino de naturaleza demanial, esto constituye el núcleo del debate.

La STS de 1 de octubre de 2003, recurso de casación nº 7253/1999 .estando en el debate de ese litigio la contravención de los artículos 79 a 81 de la Ley de Bases del Régimen Local y los del Real decreto 1372/1986 , (Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales) , 2, 3, 4, 8 y 74 que cita expresamente, preceptos mutatis mutandi, aplicables al presente (tratándose de un supuesto táctico semejante al que nos ocupa), dice que el alto Tribunal : “... ha declarado en numerosas ocasiones que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes de las Entidades Locales, sino por su afección real a un uso o servicio público, siquiera la inclusión en el catálogo pueda en principio apuntar a favor de esa naturaleza. Así la Sentencia de 28 de marzo de 1989 declaró que la realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal, y las de 5 de abril de 1993 y 23 de mayo de 2001 se manifiestan en el mismo sentido.

Sin embargo, la circunstancia de que la parcela urbana cedida al Ayuntamiento a cambio del otorgamiento de una licencia de obras, con la finalidad -un tanto genérica- de construir una biblioteca, haya permanecido durante un cuarto de siglo sin destinarse al objeto que se había especificado en su otorgamiento, no es circunstancia que implique “per se” su desafectación al servicio público, ya haya estado primitivamente adscrita, hablando en términos urbanísticos, a cubrir necesidades de naturaleza asistencial-religiosa, ya con posterioridad se haya adscrito a fines socio-culturales. El carácter de adscripción a un servicio público resulta patente desde ambos puntos de vista, y las declaraciones de la sentencia dictada en el recurso 434/95 en nada modifican esta conclusión.

Este Tribunal (Sentencia de 21 de junio de 2002) lo único que ha confirmado es la procedencia de la modificación puntual operada en el Plan General de Zaragoza al trasponer la adscripción del terreno cuestionado de la finalidad

asistencial-religiosa a la socio- cultural; pero en absoluto ha ido más allá de la pertinencia de esa modificación de carácter urbanístico, ni menos todavía se puede deducir de dicha resolución que la modificación puntual de la planificación ya existente significase el equivalente a una desafectación del carácter demanial del bien inmueble inventariado como tal.

Ha de concluirse, por todo lo razonado, que asiste la razón a los recurrentes cuando denuncian la infracción de lo dispuesto en los artículos 79 , 80 y 81 de la LBRL y 2, 3, 4, 8 y 74 del Reglamento de Bienes , desde el momento en que se ha constituido un derecho real de superficie sobre un bien de carácter demanial prescindiendo del expediente que regula el artículo 8 del Reglamento citado, lo que ha de determinar la casación de la sentencia recurrida por el motivo invocado.”.

En igual sentido; STS de 2 de Febrero de 2004, Rec. 7983/1998 y STS de 22 de Marzo de 2013, Rec. 306/2010 y la de esta Sala , sede Málaga, de 23 de Diciembre de 2010, Rec. 1895/2008 .

Por todo ello podemos concluir afirmando que la parcela de terreno en cuestión no pertenecía al Patrimonio Municipal del Suelo, pues era de dominio público en base a las siguientes razones:

En primer lugar cabe destacar que es incuestionable la asignación de destino de equipamiento comunitario según el planeamiento general urbanístico de Córdoba. Que dicha calificación determina la asignación” *para dotar a los ciudadanos de las instalaciones y construcciones que hagan posible su educación, su enriquecimiento cultural, su salud y bienestar y a proporcionar los servicios propios de la vida en la ciudad tanto los de carácter administrativo como los de abastecimiento añadiendo que en la regulación pormenorizada se definen los usos de asistencia sanitaria entre los de interés público y social*” resultando de esta manera llana su naturaleza demanial.

En segundo lugar, la circunstancia de aparecer en el informe del Jefe de Planeamiento la ficha inventariada de la parcela en cuestión calificada como “patrimonial”, conforme a la jurisprudencia de la casación antes expuesta, no determina su naturaleza y menos aún el hecho constatado de que se haya inventariado en el Patrimonio Municipal del Ayuntamiento de Córdoba con posterioridad a la interposición del recurso por la administración autonómica e incluso, de la formulación del escrito de demanda, pues *tempus regit factum* y en tal sentido no cabe sino calificar de improcedente , cuando menos, dicha inscripción una vez cuestionada jurisdiccionalmente la naturaleza del bien que no la despoja de su demanialidad .

Por último, el hecho de que otras dos parcelas se hubieren cedido a otras

entidades e incluso gratuitamente a la propia Junta de Andalucía (Decreto 19/2010, de 26 enero), que la aceptó en virtud el artículo 80 de la Ley 4/1986, del Patrimonio de Andalucía, con destino a la construcción del Centro Andaluz de Accesibilidad y Autonomía Personal, no desvela otra cosa sino un comportamiento contradictorio -prima facie- de la administración apelante que no obsta por las razones expuestas, a la invalidez del acto administrativo objeto de la presente demanda.

Por todo ello, cabe declarar que la resolución administrativa que acordaba la concesión de un derecho de superficie sobre el terreno objeto de la litis, es nula en la medida que infringe las normas sobre la inalienabilidad del dominio público local, naturaleza que tiene la parcela objeto del recurso destinada a Equipamiento Comunitario y por ello, de conformidad con la legislación antes expuesta así como lo prevenido en art. 2 de la Ley 7/99, de 29 de Septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y el artículo 3.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero, siendo los bienes comunales y de dominio público inalienables, inembargables e imprescriptibles, el derecho de superficie a constituir resulta lesivo en cuanto a derecho real que afecta parcialmente a su inalienabilidad, y por tanto procede la estima del recurso anulando la resolución que constituye su objeto (Sin perjuicio, de conformidad con el artículo 9 del citado Reglamento, proceda la administración demandada a la alteración de la calificación jurídica del bien y desafectación del dominio público de la referida parcela, para que pueda constituirse sobre la misma un derecho de superficie).

Por todo ello el recurso debe ser estimado y en consecuencia procede anular la resolución objeto del mismo».

Por las mismas razones, y por congruencia con lo ya resuelto, procede también en este supuesto estimar el recurso de apelación.

No procede hacer expresa condena en las costas de ninguna de las dos instancias.

(St de 2 de junio de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Méndez Martínez)

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica parlamentaria

Un comentario a la sentencia 199/2016 del Tribunal Constitucional, sobre la composición de la Mesa del Parlamento Andaluz

1. UNA ANTINOMIA LARVADA

El Reglamento del Parlamento andaluz contiene, en lo que respecta a las reglas de composición de la Mesa, lo que podríamos denominar como una antinomia potencial o larvada. Por un lado, el artículo 34 establece la regla de que los tres vicepresidentes y los secretarios que integran la Mesa del Parlamento resultarán elegidos por orden correlativo a través de una votación en la que los diputados únicamente podrán apoyar con su voto a un candidato de entre los propuestos respectivamente para las tres vicepresidencias y las tres secretarías. A su vez, el artículo 36 incorpora, desde su reforma de 1996, la regla de que todos los grupos parlamentarios han de estar representados en la mesa. Dependiendo de cuál haya sido el resultado de las elecciones, el cumplimiento de ambas reglas puede ser simultáneamente satisfecho o no, ya que puede darse el caso de que después de las votaciones no haya salido elegido ningún representante del grupo o grupos parlamentarios que se hayan formado con menos diputados. En este supuesto, la antinomia que hemos calificado de potencial se transforma en una antinomia real: dos reglas del Reglamento obligan al órgano de dirección del Parlamento a tomar dos decisiones incompatibles entre sí, de tal forma que el cumplimiento de una excluye el cumplimiento de la otra.

Esta situación hipotética es la que se produjo al comienzo de la X legislatura del Parlamento andaluz. Tras los resultados de las últimas elecciones, hasta cinco formaciones políticas (PSOE, PP, C'S, PS e IU) pudieron formar su grupo parlamentario, si bien, en la sesión constitutiva de la Cámara y después del procedimiento de votación prescrito por el artículo 34 RPA, solo cuatro de ellas lograron contar con el apoyo parlamentario suficiente para verse representadas en la Mesa por lo menos con un diputado de su formación. Concretamente, en la sesión constitutiva del Parlamento de Andalucía resultó elegido Presidente de la Cámara el candidato propuesto por el PSOE, por mayoría de 47 votos. A continuación, se procedió a la elección de los

tres Vicepresidentes, siendo el resultado que de los 109 votos emitidos, la candidata propuesta por el PSOE obtuvo 47 votos, siendo proclamada Vicepresidenta primera; la candidata propuesta por el PP obtuvo 33 votos, siendo proclamada Vicepresidenta segunda; el candidato propuesto por PODEMOS obtuvo 15 votos, siendo proclamado Vicepresidente tercero. Finalmente, la votación para las tres secretarías dio como resultado que la candidata propuesta por el PSOE obtuvo 47 votos; la candidata propuesta por el PP 33 votos; el candidato de C's 9 votos y, finalmente el candidato de IU 5 votos, emitiéndose 15 votos en blanco. Como puede suponerse, PODEMOS se abstuvo de presentar ningún candidato a las tres secretarías en disputa.

La sesión constitutiva de la Cámara ha de ser presidida, como es conocido, por el parlamentario de mayor edad, este Presidente de edad desempeña las funciones propias del Presidente del Parlamento hasta la constitución de la Mesa, y, por lo tanto, es a él a quién en principio le correspondía, en este caso, interpretar el Reglamento y dar una solución que integre los resultados contradictorios a los que conduce la aplicación de los artículos 34 y 36. En definitiva, recaía sobre el Presidente de edad la decisión de priorizar el resultado de la votación sobre el elemento corrector del artículo 36, o bien, hacer cumplir la regla contenida en este último artículo, en virtud de la cual todos los grupos han de estar representados en la Mesa de la Cámara.

La decisión del Presidente de edad fue finalmente la de priorizar el cumplimiento del artículo 36, proclamando tercer Secretario de la Mesa al candidato propuesto por IU, con lo cual, todos los grupos parlamentarios ya estaban representados en el órgano de gobierno de la Cámara. Tal decisión, obviamente, implicaba que uno de los tres secretarios que habían sido elegidos mediante el sufragio de los parlamentarios quedara fuera. La decisión del Presidente de edad fue, en este sentido, y considerando que si dejaba fuera al diputado de C's este grupo parlamentario se quedaba también sin representación, la de dejar fuera a la diputada del PP quien, en último término, había obtenido menos votos que la candidata a Secretaria propuesta por el PSOE. Frente a esta decisión, la diputada del PP interpuso un recurso de amparo, finalmente estimado por el Tribunal Constitucional¹, en una sentencia que, se esté o no de acuerdo con el fallo, no aclara, como intentaré exponer a continuación, muchos aspectos del complejo, y en buena medida inédito, litigio constitucional sobre el que se pronuncia.

¹ STC 199/2016, de 28 de noviembre de 2016.

2. EL JUEZ CONSTITUCIONAL FRENTE A LA ANTINOMIA: CONVIRTIENDO REGLAS PARLAMENTARIAS EN PRINCIPIOS INDETERMINADOS

La tensión existente entre los artículos 34 y 36 del RPA no es sino la propia de intentar conciliar el principio mayoritario con la garantía del pluralismo, en este caso, en un ámbito tan concreto como fundamental desde el punto de vista institucional y democrático, como es el órgano de gobierno del Parlamento. No sólo la lógica sino la propia Constitución no admite, obviamente, una forma de composición de este órgano de gobierno que subvirtiera radicalmente el modo en la que las preferencias políticas de los ciudadanos están representadas en las cámaras; pero nada impide, de igual forma, que estas preferencias se vean matizadas por un elemento corrector como es el de la garantía del pluralismo político. Un valor, por otro lado, consagrado en el propio artículo primero de la Constitución como valor superior del ordenamiento. El RPA, en este sentido, intenta conciliar ambos principios, el mayoritario, y el pluralista, en el procedimiento de elección del órgano de gobierno de la Cámara, a través de dos formas. La primera, limitando el voto de los diputados en el procedimiento de elección, ya que estos sólo pueden dar su apoyo a un candidato para ocupar los puestos de vicepresidente o secretario, cuando son tres los que han de salir elegidos para cada uno de ellos. Y, en segundo lugar, mediante la regla prevista en el artículo 36 del RPA, en virtud de la cual, como ya se ha indicado, *todos los partidos, federaciones y coaliciones que, habiendo concurrido a las anteriores elecciones, hubieran obtenido en las mismas representación suficiente para constituir Grupo parlamentario, tendrán derecho a estar presentes en la Mesa.*

El problema fundamental que, como fácilmente puede intuirse, plantean los artículos 34 y 36 de la Cámara es que ambos están formulados como reglas de derecho, es decir, como normas, en principio, siempre susceptibles de ser cumplidas, cuando, en realidad, es fácilmente imaginable el supuesto en el que sea imposible el cumplimiento simultáneo de ambas. La constitución de la Mesa en la presente legislatura del Parlamento andaluz nos ha dado un ejemplo de ello, pero es fácil poner en pie escenarios más rocambolescos. Basta, simplemente, con pensar el hipotético caso de que hasta 8 formaciones hubiesen podido formar su grupo propio en el Parlamento. En este caso, al ser 7 los miembros que componen la Mesa del Parlamento, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36 requeriría necesariamente una reforma del propio RPA que ampliase el número de miembros de la mesa.

La incorporación de la norma del artículo 36 respondió al propósito loable de que todas las fuerzas políticas con una representación parlamentaria significativa tuvieran voz y voto en la Mesa del Parlamento. El problema es que la forma concreta de garantizar la composición pluralista del órgano de gobierno de la Cámara, al no incorporar ningún criterio a través del cual dar una respuesta a los supuestos de

conflicto, hace recaer en un órgano de naturaleza temporal, como es la presidencia de edad del Parlamento, la responsabilidad de interpretar el Reglamento y dar una respuesta jurídica adecuada a un conflicto de normas que, en cualquier caso, tiene una mala solución, ya que implica, necesariamente, sacrificar una de las dos reglas establecidas. En definitiva, nos encontramos ante una normativa que responde a un fin con específico encaje constitucional, como es la garantía del pluralismo político, pero que paradójicamente es disfuncional cuando este hecho, el hecho del pluralismo político, tiene representación institucional a través de un número superior a cuatro grupos parlamentarios, algo que, por otro lado, hasta hace poco no era una circunstancia ordinaria en el sistema de partidos andaluz.

La interpretación del Reglamento que hizo el Presidente de edad en la sesión constitutiva partió del principio de que hay que dar prioridad a la deferencia hacia el pluralismo político que hace el artículo 36, garantizando, por lo tanto, la representación en la mesa de todos los grupos parlamentarios. Integrar en la mesa como tercer Secretario al candidato de IU significaba negar tal condición a alguno de los tres que habían sido elegidos a través del procedimiento del artículo 34. Para el Presidente era la diputada del Partido Popular, que había sido segunda en la votación, la que debía de ser relegada, ya que el tercero en discordia era el candidato de C's, único representante a la sazón de este grupo político en la Mesa, y la candidata del PSOE había obtenido más votos. El respeto a la regla que impone un representante de todos los grupos y la aplicación de un principio de "proporcionalidad pura", imponía según el Presidente que fuera la candidata del partido popular, segunda en votos, la excluida.

El esquema argumental que usa la Sala Primera del Tribunal Constitucional para estimar el amparo de la diputada popular no es muy difícil de resumir. Se trata, en mi opinión, de una sentencia parca y, en buena medida, superficial en su fundamentación, todo ello si tomamos en consideración la propia complejidad del asunto. En cualquier caso, este juicio no implica decir que no se esté, como es el caso, de acuerdo con el sentido del fallo, es decir, que no se comparta la idea de que efectivamente la decisión del Parlamento andaluz vulneró el derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad a la diputada del PP que plantea el recurso.

Dada la imposibilidad de fiscalizar judicialmente los *interna corporis acta*, y la propia relevancia institucional de los derechos en juego, es difícil discutir la especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo frente a actos parlamentarios a la luz del artículo 50 de la LOTC. En cualquier caso, el Tribunal insiste en la sentencia sobre este extremo, antes de comenzar la fundamentación de su fallo que inicia reiterando su conocida doctrina sobre el derecho al acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad consagrado en el 23.2 de la Constitución, y su propia vinculación con el derecho de participación política recogido en el 23.1, en el ámbito propio del

derecho parlamentario. Así, citando jurisprudencia conocida de la Sala del Tribunal recuerda que el artículo 23.2

“no sólo garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga (...) Esta garantía resulta de particular relevancia cuando, como ocurre en el presente caso, la petición de amparo es aducida por un representante parlamentario en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que en tal supuesto resulta también afectado el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el art. 23.1 CE”.

Una de las cuestiones que habían sido planteadas por la demandante en amparo era la de hasta qué punto un órgano como el Presidente de edad está legitimado para llevar a cabo una interpretación del Reglamento en un aspecto tan fundamental como el de la propia determinación de las normas de composición de la Mesa de gobierno del Parlamento. Aceptando los argumentos que habían sido alegados por los servicios jurídicos del Parlamento andaluz, el Tribunal avala la competencia de este órgano para esta labor interpretativa, lo cual parece lógico, ya que la propia razón de ser de la Presidencia de edad es la de regir el proceso de constitución de la Cámara. Durante este interregno, tal y como se desprende del propio RPA, el Presidente de edad dispone de la facultad de interpretar el Reglamento que con carácter general va a recaer después en el que sea elegido como Presidente de la Cámara. Desde luego, resulta obvio que las actuaciones del Presidente de edad no disfrutan del respaldo democrático que sí tienen las de quien ha sido electo por los representantes en el Parlamento, y que, por eso mismo, cualquier actuación que no descanse en un estricto seguimiento de las disposiciones reglamentarias va a enfrentarse a una evidente objeción de legitimidad. Sin embargo, el problema aquí, como hemos visto, realmente no se encuentra en el hecho que haya existido una extralimitación en sus funciones por parte del Presidente de edad, sino en la propia disfuncionalidad de las disposiciones parlamentarias relativas a la elección de los miembros de la Mesa, potencialmente antinómicas y que colocan a un órgano de carácter provisional en la tesitura de interpretar el reglamento sacrificando necesariamente una de las reglas que éste establece.

Avalada la competencia del Presidente de edad para la interpretación del Reglamento, el Tribunal va a cuestionar el sentido de esta última que, como hemos visto, se basa en dar prioridad a la regla prevista en el artículo 36 RPA frente al procedimiento establecido en el artículo 34 RPA. En definitiva, el Presidente de edad interpretó que el compromiso con la garantía del pluralismo en el órgano de gobierno de la Cámara -que consagra la regla prevista en el artículo 36 del RPA- ha de prevalecer

sobre el criterio mayoritario corregido sobre el que se construye el procedimiento del artículo 34.

Si atendemos a los fundamentos de la sentencia, en realidad, la única razón por la cual el Tribunal considera que la decisión del Presidente de edad es contraria a la Constitución y vulnera el derecho a acceder a cargos públicos de la candidata del PP, radica en el hecho de que habría errado al no considerar la diferente naturaleza normativa de las normas establecidas en el artículo 34 y el artículo 36 del RPA. Para el Tribunal, las reglas del procedimiento de elección de los miembros de la Mesa son exclusivamente las del artículo 34. Se trata de normas expresas, taxativas y siempre susceptibles de ser cumplidas², mientras que el artículo 36 del RPA, consagraría una norma de otro tipo, “de carácter abierto”, dice el Tribunal, que en ningún caso podría vaciar de contenido el procedimiento del artículo 34. Se trataría, podemos deducir nosotros, de una suerte de principio, cuya concreción por el Presidente de edad no puede hacerse, para los jueces de la Sala primera, en detrimento de lo que haya resultado del procedimiento establecido en el artículo 34. Al haberlo hecho en esta ocasión se habría vulnerado el derecho de la diputada del Partido Popular que había resultado elegida como segunda Secretaria de la Mesa en aplicación de las únicas reglas específicas que el RPA prevé para ello.

Este razonamiento del Tribunal Constitucional parte, en mi opinión, de una comprensión errada acerca de qué tipo de norma consagra el artículo 36 del RPA. Cuando en el artículo 36 se establece que *todos los partidos, federaciones y coaliciones que, habiendo concurrido a las anteriores elecciones, hubieran obtenido en las mismas representación suficiente para constituir Grupo parlamentario, tendrán derecho a estar presentes en la Mesa*, no puede deducirse que nos encontramos ante una norma de “carácter abierto”, ante un principio o ante un mandato genérico, sin atentar contra su dicción literal. El artículo 36 consagra una regla de composición de la Cámara, lo cual no significa que su aplicación, como es el caso, pueda plantear un conflicto jurídico.

Este último es un aspecto fundamental porque el Tribunal Constitucional lo que estaba era juzgando la forma en la que el Presidente de edad había resuelto un conflicto normativo cuya solución necesariamente implicaba el incumplimiento de una regla reglamentaria. La decisión del Presidente de edad, en este sentido, solo podía ser la de leer el Reglamento dando prioridad al compromiso expreso con el pluralismo, o bien la de interpretarlo desde una perspectiva más deferente hacia el principio democrático. En cualquier caso, lo que creo que el Tribunal Constitucional obvia es que, tomando en consideración las exigencias que impone la autonomía parlamentaria, es al propio Par-

² Una tesis que entiendo quiere construir sobre el hecho de que el artículo 3.2 del Título Preliminar del RPA sólo hace mención al artículo 34 cuando se refiere al procedimiento de elección de la Mesa: *Se procederá seguidamente a la elección de la Mesa del Parlamento, de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos 33 y 34 de este Reglamento.*

lamento, en este caso, a través del órgano para ello competente, el Presidente de edad, a quien le corresponde establecer el criterio interpretativo para resolver esa antinomia, interpretando qué es lo que quisieron establecer los parlamentarios andaluces cuando incorporaron la regla que impone la representación de todos los grupos parlamentarios.

Conviene subrayar, aunque resulte obvio, que al incorporar el Reglamento la regla que impone la representación en la mesa de todos los grupos, el Parlamento estaba actuando en el estricto ámbito de su autonomía parlamentaria, y es a él, y en base a este mismo principio de autonomía parlamentaria, a quien le corresponde, en principio, interpretar y resolver las contradicciones normativas que la incorporación de esta regla ha introducido.

3. LA AUTONOMÍA PARLAMENTARIA NO EXIME DE LA PRE-DETERMINACIÓN NORMATIVA

Como se avanzó anteriormente, mi discrepancia con la fundamentación esbozada por el Tribunal no alcanza al sentido del fallo. A este respecto, considero que sí fue vulnerado, efectivamente, el derecho de la recurrente en amparo a acceder a cargos públicos representativos. La razón de ello no radica, en mi opinión, en la interpretación que hace el Presidente de edad del Reglamento y, en concreto, en la forma específica a través de la cual resuelve el conflicto entre la regla que impone el artículo 34 RPA y la que impone el artículo 36. Como se ha dicho más arriba, tal antinomia sólo puede resolverse con el incumplimiento de una de las reglas y es el órgano encargado de regir el proceso de constitución de la Cámara quien está legitimado para interpretar el reglamento. Considerar que el criterio que impone el artículo 34 ha de ceder en aras de atender a la garantía del pluralismo que persigue el artículo 36 puede ser una decisión discutible, pero en ningún caso puede considerarse una decisión arbitraria pues hay principios constitucionales y estatutarios en los que puede ampararse y, desde luego, es más que cuestionable que el Tribunal Constitucional tenga última y mejor palabra sobre este extremo que la del propio Parlamento.

El problema, por lo tanto, no es la interpretación que se hace por parte del Presidente de edad, sino cómo se hace. Y es que, si atendemos a la forma en que se desarrolla el procedimiento de votación de las secretarías de la Mesa, lo cierto es que, en el momento de la misma, los parlamentarios desconocían cuál iba a ser la interpretación del Reglamento a través de la cual iba a darse respuesta al conflicto normativo que plantea la aplicación de los artículos 34 y 36 del Reglamento. Tal y como leemos en el Diario de Sesiones³, el Presidente de edad antes de la votación, y advertido del evidente conflicto que iba a producirse, pone en conocimiento de los diputados que:

³ Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía (núm. 1, de 16 de abril de 2015).

“en cumplimiento de lo previsto en el art. 36⁴ del Reglamento, el derecho de cada grupo a un miembro en la Mesa, así como la exigencia del respeto al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres. Puede ser necesaria la intervención de la Mesa resolviendo de oficio los procedentes para dar cumplimiento a dicha normativa”.

Como puede apreciarse, en realidad, el Presidente de edad únicamente llama la atención sobre la circunstancia evidente de que es necesaria para esta votación una interpretación del Reglamento, pero no aclara cuál es interpretación que a él, en tanto responsable de la sesión constitutiva, le corresponde ofrecer. Dicho de otra forma, los parlamentarios emitieron su voto sin saber cuál era el marco normativo aplicable al resultado de la votación. Ese marco normativo aplicable, o si se prefiere, la interpretación auténtica del Reglamento que hace el Presidente de edad va a ser puesta en conocimiento de los parlamentarios solamente después de la votación, momento en el que el Presidente señala que es obligado dar cumplimiento al artículo 36 del RPA, con lo cual, el candidato de IU ha de ocupar un puesto como tercer Secretario en la Mesa, y, a su vez, que el criterio para decidir cuál de los tres candidatos que habían salido elegidos con más votos en la votación, era el de “proporcionalidad pura”; lo que para el Presidente se traduce en que debía de quedar fuera de la Mesa el candidato del grupo parlamentario “que teniendo ya asegurada la elección de un miembro de la Mesa, obtenga en esa tercera votación menor número de votos”, en este caso, la candidata del Partido Popular. Un extremo de por sí más que discutible pues, si atendemos a ese criterio de “proporcionalidad pura” al que se alude, es difícil de explicar por qué, atendiendo a la propia composición ideológica de la Cámara, una Mesa compuesta por 3 diputados del PSOE y uno del resto de grupos parlamentarios, es más proporcional a una en la que PSOE y PP tuvieran dos y el resto uno.

En definitiva, al haberse concretado la interpretación de las normas que van a regir el procedimiento cuando ya son conocidos los resultados de la votación, se permitió que la elección se celebrara en un marco de falta de determinación normativa que priva de la seguridad jurídica mínima que ha de garantizarse en la aplicación de procedimientos que condicionan el ejercicio de un derecho fundamental como el del artículo 23.2 de la Constitución. Llevaba razón por ello, la diputada del partido popular cuando alegaba que en el procedimiento de elección de los secretarios de la Mesa se le había vulnerado este derecho fundamental.

⁴ En el Diario de Sesiones alude al artículo 37, aunque resulta claro que se trata de un lapsus.

4. UNA MALA SOLUCIÓN: EJECUTAR LA SENTENCIA SIN REFORMAR EL REGLAMENTO

Como es lógico, el Tribunal Constitucional se preocupa de acotar los efectos de la sentencia, cuyo fallo, en ningún caso va a poner en cuestión los actos acordados por la mesa con anterioridad a su publicación. Lo que no aclara la resolución del Tribunal es la forma a través de la cual dicha sentencia ha de ejecutarse, más allá de señalar -lo que llama la atención al tratarse de una sentencia en amparo- que sus efectos entran en vigor después de su publicación en el BOE y no desde la comunicación a las partes; si bien, creo que, en este caso, dadas las implicaciones institucionales que se desprenden del fallo, se puede considerar una opción comprensible y prudente.

De todas las formas, el único efecto incuestionable de esta sentencia es que, para restablecer el derecho de la diputada del Partido Popular, esta debía de pasar a integrar la mesa del Parlamento andaluz, tal y como, por otro lado, ha resuelto el Presidente de la institución tan pronto como la sentencia se ha hecho pública a través del BOE⁵. Sin embargo, un aspecto que no fue aclarado por parte del Tribunal era el de quién debía perder su sitio en la Mesa del Parlamento, ya que, en este sentido, el artículo 27.2 RPA andaluz es taxativo a la hora de cifrar en siete los miembros de la Mesa.

A este respecto, la decisión del Presidente del Parlamento ha sido la de expulsar de la Mesa del Parlamento al representante del IU que había pasado a formar parte de la misma en virtud del artículo 36 del RPA, quedando esta finalmente compuesta por un representante del PSOE, otro del PP y otro de CS. Una decisión, la del Presidente del parlamento que, como intentaré explicar, resulta, en mi opinión, bastante discutible desde varios puntos de vista.

No puede pasarse por alto, en este sentido, que el grupo Parlamentario PODEMOS, que en su momento renunció a presentar un candidato a una de las tres secretarías, ahora, según el criterio que ha querido primar el Tribunal Constitucional en su fallo, podría haber obtenido un representante en la Mesa. Ni tampoco, el propio hecho de que el representante de IU formaba parte de la Mesa en aplicación de una norma expresa del propio Reglamento. La decisión del Presidente del Parlamento parece asumir así la devaluación normativa que hace el Tribunal Constitucional del artículo 36, lo que, en la práctica, y tomando en consideración la composición actual del Parlamento, y el hecho de que la Mesa tiene un número cerrado de siete miembros, priva a este artículo de todo efecto, supeditándola al resultado del procedimiento del artículo 34.

⁵ BOPA, nº 337, 9 de enero de 2017.

Permitir, igualmente, la presencia del Secretario de IU en la Mesa sin la facultad de voto podría haber sido una solución menos traumática, pero que del mismo modo se enfrenta a la dicción literal del artículo 36; un artículo que no prevé la representación de todos los grupos sino con plenas facultades, y que se introduce a través de una reforma que precisamente lo que hace es terminar con la figura de los representantes sin voto en la Mesa del Parlamento.

Realmente, como cualquiera puede apreciar, sí existía una forma de hacer compatible el cumplimiento de la sentencia – que insta a integrar a la diputada del PP en la Mesa- con el cumplimiento del artículo 36 del Reglamento, y esta era la de mantener al diputado de IU como Secretario de la Mesa, junto con el representante de CS, y dejando fuera del mismo al Secretario perteneciente al grupo parlamentario socialista. Una solución que, en cualquier caso, también plantearía un problema obvio, y es que, usando el mismo criterio que emplea para amparar a la diputada del PP, el Tribunal Constitucional tendría igualmente que amparar a la secretaria socialista, quien obtuvo, en este caso, el mayor número de apoyos en la votación⁶.

Como puede verse, la sentencia del Tribunal del Constitucional situaba al Parlamento andaluz ante un problema que no tiene una buena solución salvo que se afronte desde su propia raíz que no es otra que la disfuncionalidad del Reglamento en este punto. A este respecto, parece claro que si se quiere mantener el compromiso con la representación del pluralismo político que significaba la regla del artículo 36 es necesario, o bien una reforma que incremente en dos diputados el número de integrantes de la Mesa, o bien otra que explicita la prevalencia de esta regla sobre el criterio mayoritario que recoge el artículo 34. Dado el actual sistema de partidos andaluz, si se quieren evitar situaciones extravagantes que puedan afectar, a su vez, a la propia idea de proporcionalidad en la representación, parece más lógica la primera opción.

Pero no se trata, realmente, de una cuestión de lógica política sino también jurídica. Como ha reiterado la propia jurisprudencia constitucional, las competencias interpretativas que recaen sobre los órganos de gobierno de las cámaras y sobre el propio presidente no pueden servir para modificar en la práctica las propias reglas parlamentarias⁷. Con ello, no sólo se estaría privando de eficacia normativa plena a Reglamento, sino que se estarían vulnerando los derechos de las minorías parlamentarias que tienen derecho a participar en la reforma del Reglamento a través del pro-

⁶ Podría aducirse también que el propio diputado IU que ha sido desposeído de su secretaria podría recurrir en amparo exitosamente dado que existe una disposición expresa que garantiza la presencia en la Mesa de todos los grupo, si bien, leída la sentencia, parece claro que el Tribunal Constitucional, en mi opinión de forma infundada, considera que dicha norma es secundaria el proceso de elección de los miembros, con respecto al procedimiento de elección que prescribe el artículo 34.

⁷ STC 227/2004, Fj^o 2.

cedimiento que éste mismo determine. Es dudoso, en este sentido, que la ejecución de la sentencia planteara un mero problema de interpretación del Reglamento, más bien, por el contrario lo que pone en cuestión la propia vigencia de alguna de sus reglas y principios inspiradores, de tal forma que, en primer lugar, la fórmula de ejecución de la sentencia, dadas las dudas ya expuestas que esta planteaba, se tendría que haber podido debatir en la propia Mesa del Parlamento. Es evidente que el Presidente del Parlamento no podía no ejecutar una sentencia del Tribunal Constitucional, pero lo es tanto como el hecho de que la forma de ejecución de esa sentencia era algo que el Tribunal dejaba abierto, en tanto se trata de una decisión que cae dentro del ámbito propio de la autonomía parlamentaria. En este sentido, la discusión de las diferentes fórmulas de ejecución de esta sentencia no era algo, en mi opinión, que el Reglamento reserve a una resolución del Presidente sobre la base del art. 29.2, sino que se integraba dentro de las competencias residuales que el propio Reglamento otorga a la Mesa para tomar decisiones en escenarios, como este, no previstos en la propia normativa parlamentaria (Art. 28.1.9 RPA).

Lo cierto es que, en la práctica, la forma en la que el Presidente ha decidido ejecutar la sentencia, convierte los efectos de ésta en una suerte de declaración de nulidad del artículo 36, y, no se puede olvidar, que en ningún caso el Tribunal Constitucional se planteó la cuestión de constitucionalidad de este precepto, única vía a través del cual podría haberlo declarado nulo. El Tribunal ordenó restablecer en el ejercicio del derecho de la diputada popular, pero la decisión del Presidente convierte la ejecución de la sentencia en una modificación del reglamento parlamentario. Si las dificultades para la ejecución de este fallo se hubieran resuelto en la propia Mesa esa modificación se hubiera llevado a cabo por el propio cauce de la reforma del Reglamento, en un acuerdo que hubiera podido incorporar una disposición transitoria para lograr algo que considero lógico: que ninguno de los diputados que habían integrado hasta la publicación de esta sentencia la Mesa como secretarios perdieran esta condición.

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Crónica del 5º Seminario Hispano-alemán de Derecho público “¿Hacia una unión energética europea?”, celebrado en Santa Cruz de Tenerife los días 27 y 28 de febrero de 2015

Roberto Galán Vioque

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Los días 27 y 28 de febrero de 2015 se desarrollaron en Santa Cruz de Tenerife, en el marco incomparable del actual Museo de la naturaleza y el hombre (antiguo hospital civil), las sesiones del 5º Seminario Hispano-alemán de Derecho público, que en esta edición llevaba por título “¿Hacia una unión energética europea?” y que fue organizado por los Profesores Luciano Parejo Alfonso, de la Universidad Carlos III de Madrid, Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, de la Universidad Politécnica de Madrid, y Johan-Christian Pielow, de la Ruhr Universidad de Bochum.

La creación de este seminario de Derecho público hispano-alemán tiene su origen en una iniciativa de los Profesores Johan-Christian Pielow y Antonio Jiménez-Blanco que arrancó en Sevilla en 2008 y después le han sucedido los Seminarios de Bochum (2010), Baeza (2012) y Colonia (2014). Hay que destacar la especial e intensa relación que el Profesor Pielow ha tenido con el Derecho público español. En su tesis doctoral, que realizó en parte en España, abordó la autonomía local en nuestro país en comparación con la situación en la República Federal de Alemania (Autonomía local in Spanien und kommunale Selbstverwaltung in Deutschland, 1993). También es coautor de una monografía con el Profesor Francisco de Borja López-Jurado Escribano, Profesor de la Universidad de Navarra en la que se analiza el Derecho de la Energía en España y Alemania (Deutsch-spanische Beiträge zum Energierecht: Strommarktliberalisierung - erneuerbare Energien - „öffentliches Eigentum“ an Bodenschätzen, 1999) además de haber participado en numerosas publicaciones científicas en el ámbito del Derecho público español y de su participación en infinidad de Congresos y Jornadas científicas que se han celebrado en nuestro país. Lo que le han convertido en uno de los juristas extranjeros que mejor domina el Derecho público español.

En esta ocasión, el Seminario ha versado sobre la importante materia energética, congregando a los mayores expertos de la doctrina alemana (y austriaca) y española. Su organización corrió a cargo del Profesor Luciano Parejo Alfonso, que ha contado también con la colaboración del Profesor Francisco Villar Rojas de la Universidad de la Laguna. El Seminario dispuso del soporte del Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente adscrito a la Universidad Carlos III y del Institut für Berg- und Energierecht de la Ruhr-Universität de Bochum. Han patrocinado este encuentro científico, de tan alto nivel, la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias y el Cabildo de Tenerife.

El Seminario comenzó el viernes 27 de febrero por la mañana. Después de una presentación realizada por los organizadores, el maestro Klaus Stern, de la Universidad de Colonia, hizo una exposición inaugural en la que bajo el título de El suministro energético y servicios de interés económico general, dio un recorrido histórico por la evolución de la normativa de la Unión Europea que ha dado lugar a la liberalización del sector eléctrico en Europa. Tras su intervención se produjo un rico debate científico en el que se pusieron de manifiesto los problemas que ha planteado este proceso de liberalización.

La primera sesión del Seminario trató de *El sector eléctrico “sin carbono” en el trilema del suministro seguro, económico y ecológico*. En ella los Profesores Antonio Jiménez-Blanco, Charlotte Kreuter-Kirchhof, de la Universidad de Düsseldorf y Stefan Storr, de la Universidad de Graz, hablaron sobre “La situación actual y cuestiones jurídicas centrales del sector eléctrico en España, Alemania y Austria” respectivamente, al que le sucedió también un interesante debate.

La segunda sesión abordó el tema relativo al *fomento de las energías renovables, el derecho derivado y la libre circulación de mercancías: Observaciones acerca de las sentencias Ålands Vindkraft y Essent Belgium del Tribunal de Justicia*. En las ponencias, a cargo de los Profesores Siegfried Magiera, de la Universidad alemana de Ciencias Administrativas Speyer, y Roberto Galán Vioque, de la Universidad de Sevilla, se analizó el impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los mecanismos nacionales de fomento de las energías renovables. Tras sus intervenciones, se abrió un intenso debate en el que se discutió sobre la conveniencia de mantener estos sistemas de apoyo dentro de un mercado eléctrico liberalizado. La última sesión de la mañana tuvo por objeto *La situación del suministro de gas*, que fue expuesta por los Profesores Francisco de Borja López-Jurado, de la Universidad de Navarra y Jörg Ennuschat, Ruhr-Universität de Bochum donde se pusieron de manifiesto las diferencias importantes que existen entre el suministro de gas en España y en Alemania y la grave dependencia que en este punto tiene la Unión Europea del exterior, especialmente Alemania respecto del gas natural ruso.

Por la tarde se inició una completa sesión en la que se analizó *La integración existente: Carencias e incoherencias en el conjunto de los instrumentos a nivel de la UE*. El Profesor Luciano Parejo Alfonso se centró en el tercer paquete legislativo eléctrico, con particular atención a la Directiva sobre eficiencia energética de 2012. Geertje Stolzenburg, de la Asociación federal de la industria energética y de gestión del agua (BDEW, Berlín), ofreció una visión de los efectos de la integración de los distintos mercados eléctricos nacionales. Mientras que el Profesor Alfonso Pérez Moreno, de la Universidad de Sevilla, habló de la crucial cuestión de las *Redes transeuropeas de energía* con especial referencia a los Reglamentos recientemente aprobados para hacer frente al desafío de la necesaria interconexión de las redes eléctricas de los Estados miembros. Este bloque lo cerró el Profesor José F. Alenza García, de la Universidad Pública de Navarra que habló sobre las *Relaciones con terceros países*, donde hizo referencia a un documento aprobado precisamente el día anterior por la propia Comisión Europea relativa al cambio climático que tanta trascendencia tiene en las relaciones internacionales y en el sector eléctrico.

La jornada del sábado se inició con una sesión en la que se abordó una temática muy variada. El Profesor Johan-Christian Pielow habló sobre *El futuro de la política energética en la Unión: Previsiones y esperanzas*. El Profesor Albrecht Weber, de la Universidad de Osnabrück, trató de la importante cuestión del *futuro del comercio de derechos de emisión*; mientras que Jörg Geerlings, Abogado de Düsseldorf, se refirió a las *Empresas municipales en una unión energética*. Esta última sesión la cerró el Profesor Mariano Bacigalupo, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, exponiendo la *Regulación del Fracking en España*, que se trata sin duda de una de las cuestiones más delicadas, por sus implicaciones ambientales y económicas, que afectan al futuro desarrollo del sector eléctrico tanto a nivel mundial como europeo.

El 5º Seminario Hispano-alemán de Derecho público terminó con unas conclusiones finales en las que se puso de manifiesto la necesidad de profundizar en la integración de los mercados energéticos de los distintos países miembros como vía indispensable para asegurar el suministro energético dentro de la Unión Europea en el futuro. Esta deseable integración no sólo depende de decisiones políticas o administrativas. Requiere la implicación de todos, incluida la doctrina administrativa europea.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea Año 2016¹

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que se refiere a los Asuntos Generales de la Unión Europea, se produce una Información relativa a la entrada en vigor del Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa. Dicho Protocolo firmado en Bruselas el 13 de junio de 2012, entró en vigor el 1 de diciembre de 2014, de conformidad con su artículo 4, párrafo tercero (DOUE L 293, 28.10.2016, p. 1)

En relación con los Asuntos Financieros, se establecen las fichas de notificación de los fraudes e irregularidades que afecten a los derechos sobre los recursos propios tradicionales y de las inspecciones relativas a los recursos propios tradicionales en virtud del Reglamento (UE, Euratom) n° 608/2014 del Consejo (DOUE L 350, 22.12.2016, p. 24). Se establecen los modelos de los estados de cuentas relativos a los derechos sobre los recursos propios y una ficha para la notificación de los importes irrecuperables correspondientes a los derechos sobre los recursos propios establecidos en el Reglamento (UE, Euratom) n° 609/2014 del Consejo (DOUE L 350, 22.12.2016, p. 30). También se deciden las contribuciones financieras que deberán pagar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluido el tercer tramo de 2016 (DOUE L 295, 29.10.2016, p. 79)

En lo que respecta a los distintos Fondos de la UE, se decide la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea para prestar asistencia a Grecia (DOUE L 284, 20.10.2016, p. 21). Se decide igualmente la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, a solicitud de Finlandia (DOUE L 284, 20.10.2016, p. 23, a solicitud de Suecia (DOUE L 284, 20.10.2016, p. 25), a solicitud de Estonia (DOUE L 326, 1.12.2016, p. 14).

Y se modifica el Reglamento (UE, Euratom) n° 883/2013, en lo que se refiere a la secretaría del Comité de Vigilancia de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DOUE L 317, 23.11.2016, p. 1)

¹ Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 3º cuatrimestre de 2016

En cuanto a los Asuntos Institucionales, se nombra a un miembro de la Comisión Europea, a D. Julian King (RU) para sustituir a D. Jonathan Hill, que había dimitido tras producirse el “Brexit”, por el resto del mandato, es decir, hasta el 31 de octubre de 2019 (DOUE L 257, 23.09.2016, p. 12).

El Consejo modifica su Reglamento interno (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 27) y se produce una Decisión del Defensor del Pueblo Europeo por la que se adoptan disposiciones de aplicación (DOUE C 321, 1.09.2016, p. 1)

En relación con la Institución Tribunal de Justicia, y como consecuencia de la ampliación del número de jueces del Tribunal General y de la supresión del Tribunal de la Función Pública, los Representantes de los Gobiernos de los Estados nombran jueces del Tribunal General (DOUE L 247, 15.09.2016, p. 13; DOUE L 247, 15.09.2016, p. 15; DOUE L 247, 15.09.2016, p. 18) y a un abogado general del Tribunal de Justicia (DOUE L 247, 15.09.2016, p. 17). También se adopta un Código de conducta de los miembros y antiguos miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (DOUE C 483, 23.12.2016, p. 1). Además se deciden las normas de seguridad aplicables a los documentos e información presentados ante el Tribunal General con arreglo al artículo 105 de su Reglamento de Procedimiento (DOUE L 355, 24.12.2016, p. 5; DOUE L 355, 24.12.2016, p. 18) y se emiten Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE C 439, 25.11.2016, p. 1).

Se nombra a tres miembros del Tribunal de Cuentas (DOUE L 269, 4.10.2016, p. 13), a dos miembros y dos suplentes del Comité de las Regiones, propuestos por el Reino de España (Como miembros a: D. Juan Espadas Cejas, alcalde de Sevilla, D. Antonio Román Jasanada, alcalde de Guadalajara, y como suplentes a: D. Pedro Luis Sanz Carlavilla, alcalde de Meco, D. David Pérez García, alcalde de Alcorcón) (DOUE L 258, 24.09.2016, p. 15) y a un suplente del Comité de las Regiones, propuesto por el Reino de España (Sr. D. Joan Calabuig Rull, Delegado para la Unión Europea y Relaciones Externas de la Generalidad Valenciana) (DOUE L 278, 14.10.2016, p. 45)

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCIAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En materia de Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 244, 13.09.2016, p. 1; DOUE L 294, 28.10.2016, p. 1; DOUE L 301, 9.11.2016, p. 5; DOUE L 336, 10.12.2016, p. 17; DOUE L 344, 17.12.2016, p. 79). También se modifica el Reglamento (UE) n° 952/2013 por el que se establece el código aduanero de la Unión, en

lo que se refiere a las mercancías que hayan abandonado temporalmente el territorio aduanero de la Unión por vía aérea o marítima (DOUE L 354, 23.12.2016, p. 32)

La clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada, experimenta numerosas modificaciones, como suele ser habitual (DOUE L 245, 14.09.2016, p. 3; DOUE L 269, 4.10.2016, p. 1; DOUE L 269, 4.10.2016, p. 4; DOUE L 269, 4.10.2016, p. 6; DOUE L 269, 4.10.2016, p. 9; DOUE L 301, 9.11.2016, p. 6; DOUE L 301, 9.11.2016, p. 9; DOUE L 303, 10.11.2016, p. 1; DOUE L 314, 22.11.2016, p. 1; DOUE L 336, 10.12.2016, p. 14; DOUE L 336, 10.12.2016, p. 19; DOUE L 336, 10.12.2016, p. 22; DOUE L 336, 10.12.2016, p. 25)

Se modifican, el Reglamento (UE) n° 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 360, 30.12.2016, p. 1) y el Reglamento (UE) n° 1387/2013 por el que se suspenden los derechos autónomos del arancel aduanero común sobre algunos productos agrícolas e industriales (DOUE L 360, 30.12.2016, p. 14)

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 establece 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 los Estados Unidos para que dicho país pueda conceder un trato preferencial a productos elegibles originarios de Nepal (DOUE L 289, 25.10.2016, p. 20). Se decide la celebración de un Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la República Oriental del Uruguay, de conformidad con el artículo XXIV, párrafo 6, y el artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, relativo a la modificación de las concesiones en la lista arancelaria de la República de Croacia en el marco de su adhesión a la Unión Europea (DOUE L 291, 26.10.2016, p. 1 y 3), la celebración de un Acuerdo, en forma de Canje de Notas, entre la Unión Europea y la República Popular China, de conformidad con el artículo XXIV, párrafo 6, y el artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, relativo a la modificación de las concesiones en la lista arancelaria de la República de Croacia en el marco de su adhesión a la Unión Europea (DOUE L 291, 26.10.2016, p. 7 y 9). Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo, en forma de Canje de Notas, entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil, de conformidad con el artículo XXIV, párrafo 6, y el artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, relativo a la modificación de las concesiones en la lista arancelaria de la República de Croacia en el marco de su adhesión a la Unión Europea (DOUE L 308, 16.11.2016, p. 1).

En materia de tratados internacionales también se decide, la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco del Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, a excepción de las disposiciones que entran en el ámbito de aplicación del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE L 268, 1.10.2016, p. 1 y 10), así como la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador (DOUE L 356, 24.12.2016, p. 1 y 3), y la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea e Islandia sobre preferencias comerciales adicionales en el sector de los productos agrícolas (DOUE L 324, 30.11.2016, p. 1)

Se adoptan tres reglamentos, uno por lo que respecta a la inclusión de determinados precursores de drogas en la lista de sustancias catalogadas (DOUE L 235, 1.09.2016, p. 6) y otro por el que se establece el régimen de gestión y distribución de los contingentes textiles aplicables en el año 2017 con arreglo al Reglamento (UE) 2015/936 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 333, 8.12.2016, p. 32) y un tercero relativo a la apertura y modo de gestión de los contingentes arancelarios de la Unión para determinados productos agrícolas y productos agrícolas transformados originarios de Sudáfrica (DOUE L 340, 15.12.2016, p. 48). Y se modifican, 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 307, 15.11.2016, p. 1), el Reglamento (CE) n° 1236/2005 del Consejo sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (DOUE L 338, 13.12.2016, p. 1)

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En la Política Agrícola (PAC), en sus aspectos internacionales, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Convenio Internacional del Aceite de Oliva y las Aceitunas de Mesa de 2015 (DOUE L 293, 28.10.2016, p. 2 y 4)

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 278, 14.10.2016, p. 1). Se modifica el Reglamento (UE) n° 1370/2013, por el que se establecen medidas relativas a la fijación de determinadas ayudas y restitu-

ciones en relación con la organización común de mercados de los productos agrícolas (DOUE L 333, 8.12.2016, p. 1), 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 312, 18.11.2016, p. 26), y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/220 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo por el que se crea una red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Unión Europea (DOUE L 331, 6.12.2016, p. 1). Por otra parte se decide la liquidación de las cuentas de los organismos pagadores de los Estados miembros en relación con los gastos financiados por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) en el último ejercicio de aplicación del período de programación 2007-2013 del Feader (16 de octubre de 2014-31 de diciembre de 2015) (DOUE L 327, 2.12.2016, p. 79)

En lo que se refiere a ayudas, se establecen, una ayuda para la reducción de la producción lechera (DOUE L 242, 9.09.2016, p. 4) y una ayuda excepcional de adaptación para los productores de leche y de otros sectores ganaderos (DOUE L 242, 9.09.2016, p. 10). También se establecen para el sector de la leche y de los productos lácteos medidas excepcionales de carácter temporal, prolongando en 2016 el período de intervención pública para la leche desnatada en polvo y adelantándolo en 2017, y por el que se introducen excepciones al Reglamento Delegado (UE) 2016/1238 en lo que atañe a la aplicación continuada del Reglamento (CE) n° 826/2008, con respecto a la ayuda para el almacenamiento privado enmarcada en el Reglamento de Ejecución (UE) n° 948/2014, así como del Reglamento (UE) n° 1272/2009, con respecto a la intervención pública enmarcada en el presente Reglamento (DOUE L 242, 9.09.2016, p. 15). Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/559 en lo que se refiere al período en el que se autorizan acuerdos y decisiones en materia de planificación de la producción en el sector de la leche y los productos lácteos (DOUE L 242, 9.09.2016, p. 17) y se establece una excepción a lo dispuesto en el Reglamento (UE) n° 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a una posible revisión de las medidas de ayuda asociada voluntaria en el sector de la leche y los productos lácteos para el año de solicitud de 2017 (DOUE L 242, 9.09.2016, p. 19). Además se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 948/2014 en lo que respecta al último día de presentación de solicitudes de ayuda al almacenamiento privado de leche desnatada en polvo (DOUE L 242, 9.09.2016, p. 28)

Se establece una excepción, para el año de solicitud 2016, 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 242, 9.09.2016, p. 22). Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 908/2014 en lo relativo a las declaraciones de gastos de los programas de desarrollo rural (DOUE L 273, 8.10.2016, p. 31) y se fijan para el ejercicio contable 2017 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 276, 13.10.2016, p. 5). 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, al Reglamento (CE) n° 1918/2006 y al Reglamento de Ejecución (UE) 2016/605, en lo que respecta a las fechas para la presentación de solicitudes y la expedición de certificados de importación en 2017 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 2017 en los sectores del azúcar y la isoglucosa producidos al margen de cuota (DOUE L 319, 25.11.2016, p. 3).

Por otra parte el Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo es objeto de modificaciones. Así sus anexos II y III en lo relativo a los límites máximos de residuos de cimoxanilo, fosfano y sales de fosforo, y 5-nitroguayacolato de sodio, o-nitrofenolato de sodio y p-nitrofenolato de sodio en determinados productos (DOUE L 273, 8.10.2016, p. 10), sus anexos II, III y V en lo relativo a los límites máximos de residuos de aclonifeno, deltametrina, fluazinam, metomilo, sulcotriona y tiodicarb en determinados productos (DOUE L 281, 18.10.2016, p. 1), los anexos II, III y V en lo relativo a los límites máximos de residuos de 3-decen-2-ona, acibenzolar-S-metilo y hexaclorobenceno en determinados productos (DOUE L 286, 21.10.2016, p. 4), los anexos II y III en lo relativo a los límites máximos de residuos de acetamiprid, ametoctradina, azoxistrobina, ciflutrina, ácido difluoroacético, dime-tomorfo, fenpirazamina, fonlicamid, fluazinam, fludioxonil, flupiradifurona, flutriafol, fluxaproxad, metconazol, proquinazid, protioconazol, piriproxifeno, espirodiclofeno y trifloxistrobina en determinados productos (DOUE L 298, 4.11.2016, p. 1)

También el Reglamento (UE) n° 37/2010, es objeto de diversas modificaciones, así, se modifica en lo que respecta a la sustancia «aceponato de hidrocortisona» (DOUE L 235, 1.09.2016, p. 8), en lo relativo a la sustancia «monepantel» (DOUE L 280, 18.10.2016, p. 22), en lo que se refiere a la sustancia «gamitromicina» (DOUE L 318, 24.11.2016, p. 3), y por lo que respecta a la sustancia «salicilato de aluminio básico» (DOUE L 320, 26.11.2016, p. 29).

Se establecen los requisitos normalizados para la presentación por los Estados miembros de solicitudes, informes y solicitudes de pago para los programas de vigi-

lancia fitosanitaria (DOUE L 291, 26.10.2016, p. 15). Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 808/2014 en lo que atañe a la modificación de los programas de desarrollo rural y al seguimiento de las acciones para apoyar la integración de los nacionales de terceros países, y que corrige dicho Reglamento (DOUE L 308, 16.11.2016, p. 5).

Se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente Bt11 × MIR162 × MIR604 × GA21 y de maíces modificados genéticamente que combinen dos o tres de los eventos Bt11, MIR162, MIR604 y GA21, y por la que se derogan las Decisiones 2010/426/UE, 2011/892/UE, 2011/893/UE y 2011/894/UE (DOUE L 254, 20.09.2016, p. 22).

Igualmente se modifica el Reglamento (CE) n° 1235/2008, en lo que se refiere al certificado de control electrónico para los productos ecológicos importados y otros elementos, y el Reglamento (CE) n° 889/2008, en lo que se refiere a los requisitos que han de cumplir los productos ecológicos transformados o conservados y a la transmisión de información (DOUE L 282, 19.10.2016, p. 19) y en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 49)

Los aspectos de la PAC que se refieren a los productos, vegetales, cereales, horticolas, también son objeto de regulación, y así se fija hasta el final de la campaña de comercialización 2016/17 el límite cuantitativo de las exportaciones de azúcar e isoglucosa fuera de cuota (DOUE L 258, 24.09.2016, p. 8). 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 273, 8.10.2016, p. 5; DOUE L 326, 1.12.2016, p. 1) y también 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 326, 1.12.2016, p. 9). Además se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 884/2014 mediante la imposición de condiciones especiales a la importación de especias procedentes de Etiopía, cacahuets procedentes de Argentina y avellanas procedentes de Azerbaiyán, y se modifican las condiciones especiales para la importación de higos secos y avellanas procedentes de Turquía y cacahuets procedentes de la India (DOUE L 327, 2.12.2016, p. 44)

Se adoptan decisiones sobre la comercialización de: un clavel modificado genéticamente (*Dianthus caryophyllus* L., línea SHD-27531-4) (DOUE L 318, 24.11.2016, p. 13), la comercialización temporal de semillas de determinadas variedades de la especie *Beta vulgaris* L. que no cumplen los requisitos de la Directiva 2002/54/CE del Consejo (DOUE L 337, 13.12.2016, p. 20), y la comercialización temporal de semillas

de la variedad Scrabble de *Hordeum vulgare* L. que no cumplen los requisitos de la Directiva 66/402/CEE del Consejo (DOUE L 337, 13.12.2016, p. 22). Y se modifica la Directiva 66/401/CEE del Consejo en lo que respecta a la inclusión de nuevas especies y al nombre botánico de la especie *Lolium x boucheanum* Kunth (DOUE L 327, 2.12.2016, p. 59)

Por otra parte, se modifican las Decisiones 2007/305/CE, 2007/306/CE y 2007/307/CE en lo que respecta al período de tolerancia de los restos de colza oleaginosa híbrida Ms1xRf1 (ACS-BN004-7ACS-BN001-4), colza oleaginosa híbrida Ms1xRf2 (ACS-BN004-7xACS-BN002-5) y colza oleaginosa Topas 19/2 (ACS-BN007-1), así como de sus productos derivados [notificada con el número C(2016) 8390] (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 34), y se modifica el Reglamento (CE) n° 2003/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los abonos, a efectos de la adaptación de sus anexos I y IV (DOUE L 242, 9.09.2016, p. 24).

Igualmente se modifican las Directivas 2003/90/CE y 2003/91/CE, por las que se establecen disposiciones de aplicación a los fines del artículo 7 de la Directiva 2002/53/CE del Consejo y del artículo 7 de la Directiva 2002/55/CE del Consejo, respectivamente, en lo que concierne a los caracteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de plantas agrícolas y hortícolas (DOUE L 296, 1.11.2016, p. 7), así como el artículo 3 de la Decisión 2002/757/CE, sobre medidas fitosanitarias provisionales de emergencia para impedir la introducción y propagación en la Comunidad de *Phytophthora ramorum* Werres, De Cock & Man in 't Veld sp. nov. (DOUE L 303, 10.11.2016, p. 21). Además, se modifican, la Decisión de Ejecución (UE) 2015/2416 por la que se declaran libres de *Agrilus planipennis* Fairmaire determinadas zonas de los Estados Unidos de América (DOUE L 306, 15.11.2016, p. 30) y la Decisión de Ejecución (UE) 2015/1849, relativa 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 345, 20.12.2016, p. 66).

En estas materias finalmente se adopta un Reglamento relativo a las medidas de protección contra las plagas de los vegetales, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 228/2013, (UE) n° 652/2014 y (UE) n° 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 69/464/CEE, 74/647/CEE, 93/85/CEE, 98/57/CE, 2000/29/CE, 2006/91/CE y 2007/33/CE del Consejo (DOUE L 317, 23.11.2016, p. 4)

En cuanto a la regulación de materias referidas a la ganadería, animales y aves de corral, 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 ovoalbúmina (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 15; DOUE L 293, 28.10.2016, p. 28; DOUE L 319, 25.11.2016, p. 9; DOUE L 352, 23.12.2016, p. 52)

En lo que se refiere a la alimentación animal, se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 669/2009 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 327, 2.12.2016, p. 50). Se adopta normativa referida a: la autorización del benzoato sódico, el sorbato de potasio, el ácido fórmico y el formiato de sodio como aditivos en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 313, 19.11.2016, p. 14), a la autorización de los preparados de *Lactobacillus plantarum* DSM 29025 y *Lactobacillus plantarum* NCIMB 42150 como aditivos en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 333, 8.12.2016, p. 44), a la autorización del óxido de cobre (I) como aditivo en piensos para todas las especies de animales (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 18), a la autorización del ácido guanidinoacético como aditivo en piensos para pollos de engorde, lechones destetados y cerdos de engorde y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 904/2009 (DOUE L 270, 5.10.2016, p. 4), a la autorización de un preparado de lectinas de judías (lectinas de *Phaseolus vulgaris*) como aditivo en piensos para lechones (titular de la autorización, Biolek, Sp. z o.o.) (DOUE L 280, 18.10.2016, p. 19), a la autorización de un preparado de dolomita-magnesita para vacas lecheras y otros rumiantes destinados a la producción de leche, lechones destetados y cerdos de engorde, y de un preparado de montmorillonita-illita para todas las especies animales, como aditivos para piensos (DOUE L 303, 10.11.2016, p. 7), Se modifican los Reglamentos (CE) n° 226/2007, (CE) n° 1293/2008, (CE) n° 910/2009, (CE) n° 911/2009, (UE) n° 1120/2010 y (UE) n° 212/2011, y los Reglamentos de Ejecución (UE) n° 95/2013 y (UE) n° 413/2013 en lo que respecta al nombre del titular de la autorización de *Pedococcus acidilactici* CNCM MA 18/5M y *Saccharomyces cerevisiae* CNCM I-1077 (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 14) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 837/2012 en lo que respecta a la actividad mínima de 6-fitasa producida por *Aspergillus oryzae* (DSM 22594) como aditivo en los piensos para cerdas (titular de la autorización: DSM Nutritional Products Ltd) (DOUE L 289, 25.10.2016, p. 15)

También se modifican los modelos de certificados para las importaciones en la Unión de preparados de carne, productos cárnicos y estómagos, vejigas e intestinos tratados, así como de carne fresca de solípedos domésticos establecidos en las Decisiones 2000/572/CE y 2007/777/CE y el Reglamento (UE) n° 206/2010 por lo que se refiere a los requisitos de salud pública con respecto a los residuos (DOUE L 280, 18.10.2016, p. 13) y el anexo II de la Decisión 2007/777/CE en lo que respecta a la inserción de una entrada relativa a San Pedro y Miquelón en la lista de terceros países o partes de terceros países desde donde está autorizada la introducción en la Unión de productos cárnicos y estómagos, vejigas e intestinos tratados (DOUE L 272, 7.10.2016, p. 88)

En estos ámbitos se modifican, la Decisión 93/195/CEE con la adición de Qatar a la lista de terceros países a partir de los cuales los Estados miembros autorizan la reintroducción en la Unión de caballos registrados que hayan sido exportados temporalmente por un período inferior a noventa días para participar en certámenes internacionales por grupo y categoría (DOUE L 271, 6.10.2016, p. 9) y las Decisiones 92/260/CEE, 93/197/CEE y 2004/211/CE en lo que respecta a la admisión temporal y la importación de caballos registrados procedentes de determinadas partes de Egipto (DOUE L 293, 28.10.2016, p. 42)

Además se modifican, el Reglamento (CE) n° 431/2008, relativo a la apertura y modo de gestión de un contingente arancelario de importación de carne de vacuno congelada, y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 593/2013, relativo a la apertura y el modo de gestión de los contingentes arancelarios de carnes de vacuno de calidad superior fresca, refrigerada o congelada, y de carne de búfalo congelada (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 63) y el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/759 en lo que respecta a la introducción en la Unión de gelatina y colágeno y materias primas tratadas para dichos productos procedentes de Taiwán (DOUE L 274, 11.10.2016, p. 489). Semodifica la Decisión 2011/163/UE, relativa a la aprobación de los planes enviados por terceros países de conformidad con el artículo 29 de la Directiva 96/23/CE del Consejo (DOUE L 324, 30.11.2016, p. 11)

Se establecen medidas transitorias de aplicación del Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la acreditación de los laboratorios oficiales que realizan ensayos oficiales de *Trichinella* (DOUE L 282, 19.10.2016, p. 38), se modifican, la Decisión 2009/821/CE en lo relativo a las listas de puestos de inspección fronterizos y de unidades veterinarias de Traces (DOUE L 296, 1.11.2016, p. 17), la Decisión de Ejecución 2013/764/UE, sobre medidas zoonosanitarias de control relativas a la peste porcina clásica en determinados Estados miembros (DOUE L 293, 28.10.2016, p. 39), el anexo E de la Directiva 91/68/CEE del Consejo, el anexo III de la Decisión 2010/470/UE de la Comisión y el anexo II de la Decisión 2010/472/UE de la Comisión, sobre el comercio y las importaciones en la Unión de ovinos y caprinos, y de esperma de ovinos y caprinos, en relación con las disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiiformes transmisibles (DOUE L 308, 16.11.2016, p. 29). Y se adopta una Decisión de Ejecución relativa a determinadas medidas de salvaguardia frente a la caquexia crónica (DOUE L 296, 1.11.2016, p. 21)

En lo que se refiere a la leche y productos de la ganadería, se abre la venta de leche desnatada en polvo mediante procedimiento de licitación (DOUE L 321, 29.11.2016, p. 45)

IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, es frecuente para la Unión Europea la celebración o modificación de Tratados internacionales de pesca, sobre distintos aspectos de la misma. En este sentido, se decide la posición que se deberá adoptar en nombre de la Unión Europea en la Organización Marítima Internacional (OMI) durante el 70º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino y el 97º período de sesiones del Comité de Seguridad Marítima sobre la adopción de las modificaciones del anexo VI del Convenio MARPOL, de las reglas II-1, III/1.4, III/30, III/37, II-2/1, II-2/10 y II-1/3-12 del Convenio SOLAS, del Convenio y Código STCW, del Código de Sistemas de Seguridad Contra Incendios y del Código 2011 de reglas aplicables al Programa Mejorado de Reconocimientos (DOUE L 320, 26.11.2016, p. 36)

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras se modifican: el Reglamento (CE) nº 768/2005 del Consejo por el que se crea la Agencia Comunitaria de Control de la Pesca (DOUE L 251, 16.09.2016, p. 80), la Decisión 2010/381/UE, relativa a las medidas de urgencia aplicables a partidas de productos de la acuicultura importados de la India y destinados al consumo humano (DOUE L 271, 6.10.2016, p. 78), el Reglamento (UE) nº 468/2010, por el que se establece la lista de la UE de los buques que practican una pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 284, 20.10.2016, p. 5), la Decisión de Ejecución 2014/170/EU a fin de retirar la República de Guinea de la lista de terceros países no cooperantes en la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 278, 14.10.2016, p. 46), la Decisión de Ejecución 2012/294/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 para 2012 (DOUE L 278, 14.10.2016, p. 48), la Decisión de Ejecución 2012/830/UE relativa a una participación financiera suplementaria en los programas de control, inspección y vigilancia de la actividad pesquera realizados por los Estados miembros en 2012 (DOUE L 284, 20.10.2016, p. 33) y el Reglamento (CE) nº 1342/2008 del Consejo por el que se establece un plan a largo plazo para las poblaciones de bacalao y las pesquerías que las explotan (DOUE L 330, 3.12.2016, p. 1)

La protección del medio marino y las cuotas generales de pesca son también objeto de regulación en este cuatrimestre y así se crea el Observatorio Europeo Multidisciplinar de los Fondos Marinos y de la Columna de Agua-Consortio de Infraestructuras de Investigación Europeas (EMSO ERIC) (DOUE L 268, 1.10.2016, p. 113) y se adoptan los Estatutos del Observatorio Europeo Multidisciplinar de los Fondos Marinos y de la Columna de Agua — Consortio de Infraestructuras de Investigación Europeas (EMSO ERIC) (DOUE C 363, 1.10.2016, p. 1).

Se prohíbe a los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea la pesca de gallineta nórdica en la zona NAFO 3M (DOUE L 247,

15.09.2016, p. 5), se adopta un Reglamento relativo a un plan de recuperación plurianual para el atún rojo del Atlántico oriental y el Mediterráneo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 302/2009 del Consejo (DOUE L 252, 16.09.2016, p. 1), se establecen, para 2017, las posibilidades de pesca para determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces aplicables en el mar Báltico y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/72 (DOUE L 295, 29.10.2016, p. 1), se establecen, para 2017, las posibilidades de pesca aplicables a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Negro (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 26), y se establecen condiciones específicas aplicables a la pesca de poblaciones de aguas profundas en el Atlántico Nororiental y disposiciones relativas a la pesca en aguas internacionales del Atlántico Nororiental, y se deroga el Reglamento (CE) n° 2347/2002 del Consejo (DOUE L 354, 23.12.2016, p. 1).

Igualmente, se establece un plan de descartes para determinadas pesquerías demersales en el mar del Norte y en aguas de la Unión de la división CIEM IIa (DOUE L 340, 15.12.2016, p. 2), un plan de descartes para determinadas pesquerías demersales en aguas suroccidentales (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 33), un plan de descartes para determinadas pesquerías demersales en aguas noroccidentales (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 39), un plan de descartes para determinadas pesquerías pelágicas en las aguas suroccidentales (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 50).

También se establecen normas sobre el formato de presentación de los planes de trabajo para la recopilación de datos en los sectores de la pesca y la acuicultura (DOUE L 260, 27.09.2016, p. 153), se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2016 debido a la sobrepesca practicada en años anteriores (DOUE L 336, 10.12.2016, p. 28), y se fijan para los buques pesqueros de la Unión las posibilidades de pesca en 2017 y 2018 de determinadas poblaciones de peces de aguas profundas y se modifica el Reglamento (UE) 2016/72 del Consejo (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 32).

En lo que se refiere a las condiciones y limitaciones de pesca a la flota española, por una parte, se asignan a España días de mar adicionales en las divisiones CIEM VIIIc y IXa, excluido el Golfo de Cádiz (DOUE L 320, 26.11.2016, p. 32) y por otra, se prohíbe: la pesca de sable negro en aguas de la Unión e internacionales de las zonas VIII, IX y X (DOUE L 296, 1.11.2016, p. 1), la pesca de alfonsinos en aguas de la Unión e internacionales de las zonas III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII y XIV (DOUE L 296, 1.11.2016, p. 3), la pesca de atún blanco del norte en el océano Atlántico, al norte del paralelo 5° N (DOUE L 332, 7.12.2016, p. 11) y la pesca de raya mosaico en aguas de la Unión de la zona VIII (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 7)

V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En el ámbito de la Libre Circulación de los Trabajadores, de la Política Social y de Empleo, se adopta una decisión relativa a la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, y por la que se deroga la Decisión 2003/174/CE (DOUE L 284, 20.10.2016, p. 27) y se especifican las características técnicas del módulo ad hoc de 2018 sobre conciliación de la vida laboral con la vida familiar (DOUE L 337, 13.12.2016, p. 6)

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, se modifica el Reglamento Delegado (UE) n° 1222/2014 en lo relativo a las normas técnicas de regulación que determinan el método para la identificación de las entidades de importancia sistémica mundial y la definición de las subcategorías de entidades de importancia sistémica mundial (DOUE L 240, 8.09.2016, p. 1).

Además, la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio es completada y desarrollada por variada normativa, así de conformidad con la misma, se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos de aplicación de la medida transitoria en relación con el submódulo de riesgo de acciones (DOUE L 243, 10.09.2016, p. 1), se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la asignación de las evaluaciones de crédito de las agencias de calificación externas a una escala objetiva de grados de calidad crediticia (DOUE L 275, 12.10.2016, p. 19), se modifica y corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2450, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las plantillas para la presentación de información a las autoridades de supervisión (DOUE L 286, 21.10.2016, p. 35), se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de septiembre y el 30 de diciembre de 2016 (DOUE L 309, 16.11.2016, p. 1)

Se adopta una Directiva relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE) (DOUE L 354, 23.12.2016, p. 37). Y también se decide la equivalencia de los requisitos de información de determinados terceros países sobre los pagos efectuados a las administraciones públicas con los requisitos del capítulo 10 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 295, 29.10.2016, p. 82) y se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las

plantillas, definiciones y soluciones informáticas que han de utilizar las entidades al informar a la Autoridad Bancaria Europea y a las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 78, apartado 2, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 328, 2.12.2016, p. 1)

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes es muchas veces necesaria la celebración de Tratados internacionales, y en ese sentido se decide: la posición que ha de adoptar la Unión Europea, en el seno del Comité Mixto UE-OACI, respecto a la Decisión relativa a la adopción de un anexo sobre gestión del tráfico aéreo para el Memorando de Cooperación entre la Unión Europea y la Organización de Aviación Civil Internacional sobre un marco para el mejoramiento de la cooperación (DOUE L 269, 4.10.2016, p. 14), la celebración del Acuerdo sobre determinados aspectos de los servicios aéreos entre la Unión Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China (DOUE L 289, 25.10.2016, p. 13), la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en relación con las enmiendas a los anexos del Acuerdo europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR) y al Reglamento anexo al Acuerdo europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por vías de navegación interior (ADN) (DOUE L 274, 11.10.2016, p. 52). la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Grupo de expertos sobre el Acuerdo europeo sobre trabajo de tripulaciones de vehículos que efectúen transportes internacionales por carretera (AETR), y en el Grupo de trabajo sobre transporte por carretera, de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (DOUE L 288, 22.10.2016, p. 49)

Su publica la Modificación del Convenio relativo al Transporte Internacional de Mercancías al amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975) (DOUE L 321, 29.11.2016, p. 31) y se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo de cooperación entre la Unión Europea y la Agencia para la Seguridad de la Navegación Aérea en África y Madagascar (ASECNA), relativo al desarrollo de la radionavegación por satélite y a la prestación de servicios conexos en la zona de competencia de la ASECNA en beneficio de la aviación civil (DOUE L 337, 13.12.2016, p. 1)

En relación a los transportes aéreos, se modifican: el Reglamento (CE) n° 262/2009 y el Reglamento de Ejecución (UE) n.º1079/2012 en lo que atañe a las referencias a las disposiciones de la OACI (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 11). el Reglamento (UE) n° 1254/2009 respecto a determinados criterios que permiten a los Estados miembros no aplicar las normas básicas comunes sobre la seguridad de la aviación civil y adoptar medidas de seguridad alternativas (DOUE L 326, 1.12.2016,

p. 7), el Reglamento (CE) n° 1033/2006 en lo que atañe a las disposiciones mencionadas en el artículo 3, apartado 1 (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 70), el Reglamento (CE) n° 474/2006 en lo que respecta a la lista de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Unión (DOUE L 334, 9.12.2016, p. 6).

También se crea el grupo independiente de expertos designado como organismo de evaluación del rendimiento del cielo único europeo (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 92) y se decide sobre la falta de conformidad efectiva con el Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y con sus disposiciones de aplicación en lo que respecta a los certificados expedidos por la Hellenic Aviation Training Academy (HATA) y las licencias conforme a la Parte 66 expedidas a partir de dichos certificados (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 72)

En el sector de los transportes por carretera, se decide sobre las equivalencias entre categorías de permisos de conducción (DOUE L 302, 9.11.2016, p. 62)

En cuanto al transporte marítimo y fluvial, se modifica el Reglamento (CE) n° 1406/2002 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima (DOUE L 251, 16.09.2016, p. 77), y se adopta una Directiva por la que se establecen las prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior, por la que se modifica la Directiva 2009/100/CE y se deroga la Directiva 2006/87/CE (DOUE L 252, 16.09.2016, p. 118)

Respecto al transporte ferroviario, se modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 1), se deroga el Reglamento (CEE) n° 1192/69 del Consejo, relativo a las normas comunes para la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias (DOUE L 354, 23.12.2016, p. 20) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril (DOUE L 354, 23.12.2016, p. 22).

Por último, en el Transporte de mercancías peligrosas, se adaptan por cuarta vez al progreso científico y técnico los anexos de la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 48)

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En lo que se refiere a los derechos compensatorios y antidumping, se establece un derecho antidumping provisional a las importaciones de un determinado papel térmico ligero originario de la República de Corea (DOUE L 310, 17.11.2016, p. 1), un

derecho antidumping provisional relativo a las importaciones de determinados productos planos laminados en caliente de hierro, de acero sin alear o de los demás aceros aleados, originarios de la República Popular China (DOUE L 272, 7.10.2016, p. 33), un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinados tubos sin soldadura, de hierro (excepto de fundición) o de acero (excepto de acero inoxidable), de sección circular y de diámetro exterior superior a 406,4 mm, originarios de la República Popular China (DOUE L 305, 12.11.2016, p. 1), un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinadas barras y varillas para hormigón armado originarias de la República de Bielorrusia (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 4).

Se restablece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero originario de Vietnam y fabricado por Best Royal Co. Ltd, Lac Cuong Footwear Co., Ltd, Lac Ty Co., Ltd, Saoviet Joint Stock Company (Megastar Joint Stock Company), VMC Royal Co Ltd, Freetrend Industrial Ltd. y su empresa vinculada Freetrend Industrial A (Vietnam) Co, Ltd., Fulgent Sun Footwear Co., Ltd, General Shoes Ltd, Golden Star Co, Ltd, Golden Top Company Co., Ltd, Kingmaker Footwear Co. Ltd., Tripos Enterprise Inc., Vietnam Shoe Majesty Co., Ltd, y se ejecuta la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-659/13 y C-34/14 (DOUE L 245, 14.09.2016, p. 16), se restablece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero originario de la República Popular China y de Vietnam y fabricado por General Footwear Ltd (China), Diamond Vietnam Co Ltd y Ty Hung Footgearmex/Footwear Co. Ltd, y se ejecuta la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-659/13 y C-34/14 (DOUE L 262, 29.09.2016, p. 4). Se restablece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de ácido oxálico originario de la República Popular de China y producido por Yuanping Changyuan Chemicals Co. Ltd (DOUE L 321, 29.11.2016, p. 48).

En relación con la República Popular China y sus productos, se impone un derecho antidumping sobre las importaciones de determinadas chapas gruesas de acero sin alear o aleado (DOUE L 272, 7.10.2016, p. 5), un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero producido por Chengdu Sunshine Shoes Co. Ltd., Foshan Nanhai Shyang Yuu Footwear Ltd. y Fujian Sunshine Footwear Co. Ltd. y se ejecuta la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-659/13 y C-34/14 (DOUE L 340I, 15.12.2016, p. 1)

En materia de ayudas de Estado, se modifica el anexo I del Reglamento (CE) nº 794/2004 por lo que respecta al formulario que debe utilizarse para la notificación de

las ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura (DOUE L 327, 2.12.2016, p. 19)

Se le pide información a España relativa a la ayuda estatal SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) concedida por España a determinados clubes de fútbol (DOUE L 357, 28.12.2016, p. 1). Y se decide que la ayuda estatal SA.32619 [2012/C (ex 2011/N)] notificada por el Reino de España destinada a compensar los costes de emisión simultánea de los radiodifusores privados en el contexto de la liberación del dividendo digital no cumple los requisitos del artículo 107, apartado 3, del Tratado y, por lo tanto, es incompatible con el mercado interior. Por consiguiente, la ayuda estatal no deberá ser ejecutada (DOUE L 361, 31.12.2016, p. 1). Y se autoriza a España en una ayuda estatal (DOUE C 471, 16.12.2016, p. 1) y a algunas de sus Comunidades Autónomas, País Vasco (DOUE C 369, 7.10.2016, p. 1), Valencia (DOUE C 369, 7.10.2016, p. 1), y Navarra (DOUE C 369, 7.10.2016, p. 11; DOUE C 390, 21.10.2016, p. 8)

IX. FISCALIDAD

En los ámbitos internacionales de la Política Fiscal, se deciden: la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo modificativo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Mónaco por el que se prevén medidas equivalentes a las establecidas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo (DOUE L 280, 18.10.2016, p. 1), y la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo modificativo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Andorra 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 268, 1.10.2016, p. 38). Se publica el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Principado de Andorra 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 268, 1.10.2016, p. 40).

En esta Política, se modifican: el anexo del Reglamento (CE) n° 3199/93 relativo al reconocimiento mutuo de procedimientos para la desnaturalización completa del alcohol a efectos de su exención de los impuestos especiales (DOUE L 286, 21.10.2016, p. 32), el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2378 en lo que respecta a los modelos de formularios y régimen lingüístico que deben utilizarse en relación con las Directivas (UE) 2015/2376 y (UE) 2016/881 del Consejo (DOUE L 303, 10.11.2016, p. 4) y la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 1)

X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En relación con la Política Económica y Monetaria y la Libre circulación de capitales, y en concreto con el Banco Central Europeo, se modifican: el Reglamento (CE) n° 1745/2003 (BCE/2003/9) relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2016/26) (DOUE L 257, 23.09.2016, p. 10), y la Decisión BCE/2004/2 por la que se adopta el Reglamento interno del Banco Central Europeo (BCE/2016/27) (DOUE L 258, 24.09.2016, p. 17). Se adopta una Decisión del Banco Central Europeo, sobre las cuentas anuales del Banco Central Europeo (BCE/2016/35) (DOUE L 347, 20.12.2016, p. 1), otra Decisión sobre la asignación de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (BCE/2016/36) (DOUE L 347, 20.12.2016, p. 26), y una Orientación sobre el régimen jurídico de la contabilidad y la información financiera en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (BCE/2016/34) (DOUE L 347, 20.12.2016, p. 37)

Respecto a las medidas económicas en relación con los Estados miembros, se modifican: el Reglamento (UE) n° 1303/2013 en lo que se refiere a determinadas disposiciones relativas a la gestión financiera para determinados Estados miembros que sufren, o corren el riesgo de sufrir, graves dificultades en relación con su estabilidad financiera (DOUE L 338, 13.12.2016, p. 34), la Decisión (UE) 2016/810 (BCE/2016/10) sobre la segunda serie de operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico (BCE/2016/30) (DOUE L 304, 11.11.2016, p. 7) y la Decisión de Ejecución 2014/908/UE en lo que se refiere a las listas de terceros países y territorios cuyos requisitos de supervisión y regulación se consideran equivalentes a efectos del tratamiento de las exposiciones con arreglo al Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 75).

Se adoptan dos Orientaciones, una por la que se establecen los principios para la coordinación de la evaluación en virtud del Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, y el seguimiento de los sistemas institucionales de protección incluidas las entidades significativas y menos significativas (BCE/2016/37) (DOUE L 306, 15.11.2016, p. 32) y otra sobre el enfoque para el reconocimiento de sistemas institucionales de protección a efectos prudenciales por las autoridades nacionales competentes de conformidad con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (BCE/2016/38) (DOUE L 306, 15.11.2016, p. 37)

En lo que se refiere al régimen del Euro, se modifica la Decisión BCE/2013/54 sobre los procedimientos de acreditación de fabricantes de elementos del euro y elementos de seguridad del euro (BCE/2016/25) (DOUE L 262, 29.09.2016, p. 30), y se adoptan dos decisiones, una sobre la subdelegación de la facultad de conceder acreditaciones provisionales (BCE/2016/39) (DOUE L 304, 11.11.2016, p. 9) y otra sobre

la aprobación del volumen de emisión de monedas en 2017 (BCE/2016/43) (DOUE L 333, 8.12.2016, p. 73)

En cuanto a la Política monetaria, se modifican: la Orientación (UE) 2015/510 sobre la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2016/31) (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 102), la Orientación (UE) 2016/65 sobre los recortes de valoración que se utilizan en la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2016/32) (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 117) y la Orientación BCE/2014/31 sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2016/33) (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 123)

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

En materia de Relaciones exteriores, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo por el que se crea la Fundación Internacional UE-ALC (DOUE L 288, 22.10.2016, p. 1 y 3), la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo de Diálogo Político y de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y la República de Cuba, por otro (DOUE L 337I, 13.12.2016, p. 1 y 3), y la celebración, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, del Protocolo al Acuerdo marco global de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 1 y 3). Y se deroga la Posición Común 96/697/PESC sobre Cuba (DOUE L 337I, 13.12.2016, p. 41).

En lo que se refiere a los Acuerdos de Asociación, se decide la celebración, en nombre de la Unión, de un Acuerdo Marco Global de Asociación y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 6 y 8), la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación Estratégica entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Canadá, por otra (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 43 y 45), la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación Económica (AAE) entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados del AAE de la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (SADC), por otra (DOUE L 250, 16.09.2016, p. 1 y 3).

También se decide: que se establece un Acuerdo de Asociación Económica interino entre Ghana, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (DOUE L 287, 21.10.2016, p. 1 y 3), la posición que debe adoptarse en

nombre de la Unión Europea en el seno del Comité de Comercio y Desarrollo Cariforum-UE del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, en lo referente a la creación de un Comité Especial de Agricultura y Pesca (DOUE L 332, 7.12.2016, p. 18). Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación sobre Relaciones y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Nueva Zelanda, por otra (DOUE L 321, 29.11.2016, p. 1 y 3), la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación sobre Relaciones y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Nueva Zelanda, por otra (DOUE L 304, 11.11.2016, p. 1), y se establece una excepción con respecto a la fecha de aplicación del sistema de exportadores registrados para las exportaciones procedentes de los países y territorios de ultramar («Decisión de Asociación ultramar») (DOUE L 324, 30.11.2016, p. 18).

Por otra parte, el Comité Conjunto de Aplicación establecido por el Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea, por una parte, y la República de Indonesia, por otra, de 15 de septiembre de 2016, decide la fecha de comienzo del sistema de licencias FLEGT (Aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales) [2016/1797] (DOUE L 274, 11.10.2016, p. 62).

Se decide la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Comité de Asociación, en su configuración de Comercio, establecido en virtud 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 (DOUE L 288, 22.10.2016, p. 16), y la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Comité de Asociación, en su configuración de Comercio, 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, sobre la elaboración de una lista de árbitros (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 56). Y el Comité de Asociación UE-República de Moldavia, en su configuración de comercio, actualiza el anexo XVI del Acuerdo de Asociación [2016/2027] (DOUE L 313, 19.11.2016, p. 28), actualiza el anexo XXIX del Acuerdo de Asociación [2016/2028] (DOUE L 313, 19.11.2016, p. 36), y el Subcomité de Indicaciones Geográficas, modifica los anexos XXX-C y XXX-D 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 [2016/2127] (DOUE L 335, 9.12.2016, p. 1)

El Subcomité de Indicaciones Geográficas, modifica el anexo XVII-C y la parte B del anexo XVII-D del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comu-

nidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra [2016/2128] (DOUE L 335, 9.12.2016, p. 133), y se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Subcomité Sanitario y Fitosanitario 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 Georgia, por otra, a propósito de la modificación del anexo XI-B del Acuerdo (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 30).

El Consejo de Estabilización y Asociación UE-antigua República Yugoslava de Macedonia, sustituye el Protocolo n° 4 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, relativo a la definición de la noción de «productos originarios» y métodos de cooperación administrativa [2016/1901] (DOUE L 293, 28.10.2016, p. 58). El Consejo de Estabilización y Asociación UE — Kosovo, adopta su reglamento interno (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 100).

Se decide la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemita de Jordania, por otra, con vistas a la adopción de las Prioridades de la Asociación UE-Jordania, incluido el Pacto anejo (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 50).

El Consejo de Asociación UE-Jordania, acuerda las Prioridades de la Asociación UE-Jordania [2016/2388] (DOUE L 355, 24.12.2016, p. 31) y el Consejo de Asociación UE-Líbano, acuerda las Prioridades de la Asociación UE-Líbano [2016/2368] (DOUE L 350, 22.12.2016, p. 114)

Respecto al Espacio Económico Europeo (EEE), se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del EEE en lo que respecta a una modificación del anexo XIX (Protección de los consumidores) del Acuerdo EEE (Sistema de resolución alternativa de litigios) (DOUE L 303, 10.11.2016, p. 16. En relación con el EEE se modifican: el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) del Acuerdo EEE [2016/2165] (DOUE L 341, 15.12.2016, p. 1; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 5; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 6; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 9; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 11; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 12; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 13; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 18; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 20; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 21), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2016/2175] (DOUE L 341, 15.12.2016, p. 25; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 27; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 29; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 30; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 32; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 34; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 36; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 38; DOUE L

341, 15.12.2016, p. 40; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 41; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 43; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 44; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 45; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 46; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 48; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 50), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE [2016/2191] (DOUE L 341, 15.12.2016, p. 52), el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE [2016/2192] (DOUE L 341, 15.12.2016, p. 53; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 54; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 56; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 58; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 59; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 60; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 62; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 63; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 64), el anexo XVI (Contratos públicos) del Acuerdo EEE [2016/2201] (DOUE L 341, 15.12.2016, p. 65), el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE [2016/2202] (DOUE L 341, 15.12.2016, p. 66; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 68; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 69; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 70), el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE [2016/2206] (DOUE L 341, 15.12.2016, p. 71) y el Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades [2016/2207] (DOUE L 341, 15.12.2016, p. 73; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 74; DOUE L 341, 15.12.2016, p. 75)

En relación a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), el Comité Permanente de los Estados de la AELC decide sobre la distribución interna de los costes [2016/1660] (DOUE L 247, 15.09.2016, p. 27) y el Órgano de Vigilancia de la AELC autoriza a Noruega a acogerse a una excepción respecto de determinadas normas comunes de seguridad aérea de conformidad con el artículo 14, apartado 6, del acto mencionado en el punto 66n del anexo XIII del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo [Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) n° 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE, en su versión modificada] [2016/1812] (DOUE L 276, 13.10.2016, p. 14).

Este Órgano de Vigilancia de la AELC decide sobre la presunta ayuda estatal concedida a Síminn para el despliegue de servicios de banda ancha en zonas rurales de Islandia (Islandia) [2016/2101] (DOUE L 326, 1.12.2016, p. 18) y decide la modificación por nonagésimo sexta vez las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la adopción de nuevas Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas [2016/2051] (DOUE L 318, 24.11.2016, p. 17)

En los ámbitos de la cooperación económica, financiera y técnica, se modifica el anexo III de la Decisión n° 466/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se concede al Banco Europeo de Inversiones una garantía de la UE frente a las

pérdidas que se deriven de operaciones de financiación en favor de proyectos de inversión fuera de la Unión, en lo que se refiere a Bielorrusia (DOUE L 238, 6.09.2016, p. 5) y se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo Marco entre la Unión Europea y Kosovo sobre los principios generales de la participación de Kosovo en los programas de la Unión (DOUE L 319, 25.11.2016, p. 1)

Finalmente, en los ámbitos de la Cooperación al Desarrollo, se nombra a miembros del Consejo de Administración del Centro técnico para la cooperación agrícola y rural (CTA) [2016/1820] (DOUE L 278, 14.10.2016, p. 50)

XII. ENERGÍA

En la Política de Energía cabe destacar que se aprueba la celebración, por la Comisión Europea en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo por el que se proroga el Acuerdo Marco de Colaboración Internacional en Investigación y Desarrollo de Sistemas de Energía Nuclear de la IV Generación (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 1 y 3), se determina la posición de la Unión Europea sobre una Decisión de los órganos de gestión, con arreglo al Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la coordinación de los programas de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos, referente a la revisión de las especificaciones aplicables a los aparatos de visualización que figuran en el anexo C del Acuerdo (DOUE L 268, 1.10.2016, p. 90), y se decide sobre una contribución de la Unión al establecimiento y la gestión segura de un Banco de Uranio Poco Enriquecido (UPE) bajo el control del Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA) en el marco de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 308, 16.11.2016, p. 22)

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En relación con los aspectos internacionales del Mercado Interior, se autoriza la celebración de la Revisión 3 del Acuerdo de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la adopción de prescripciones técnicas uniformes aplicables a los vehículos de ruedas y los equipos y piezas que puedan montarse o utilizarse en estos y sobre las condiciones de reconocimiento recíproco de las homologaciones concedidas conforme a dichas prescripciones («Acuerdo revisado de 1958») (DOUE L 274, 11.10.2016, p. 2 y 4), y se establece 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 las Naciones Unidas nº 7, 16, 37, 44, 45, 46, 48, 53, 78, 80, 83, 86, 87, 99, 105, 107, 110, 121, 128 y 129, la propuesta de un reglamento de las

Naciones Unidas relativo a los sistemas de adaptación de los motores de combustible dual de vehículos pesados, las propuestas de modificación de los reglamentos técnicos mundiales de las Naciones Unidas nº 15 y 16, las propuestas de dos reglamentos técnicos mundiales de las Naciones Unidas sobre el procedimiento de medición aplicable a vehículos de motor de dos o tres ruedas en lo que respecta a algunos tipos de emisiones y al diagnóstico a bordo, respectivamente, y la propuesta de una resolución sobre la especificación común de las categorías de las fuentes luminosas (DOUE L 314, 22.11.2016, p. 14).

Además, en estos ámbitos, se modifica el Reglamento (CE) nº 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera 10 y 12 y a la Norma Internacional de Contabilidad 28 (DOUE L 257, 23.09.2016, p. 1), en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 9 (DOUE L 323, 29.11.2016, p. 1), y en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 15 (DOUE L 295, 29.10.2016, p. 19).

Se publican además tres reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), el Reglamento nº 44 - Prescripciones uniformes relativas a la homologación de dispositivos de retención de niños ocupantes de vehículos de motor («sistemas de retención infantil») [2016/1722] (DOUE L 265, 30.09.2016, p. 1), el Reglamento nº 48 - Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en lo que respecta a la instalación de dispositivos de alumbrado y señalización luminosa [2016/1723] (DOUE L 265, 30.09.2016, p. 125) y el Reglamento nº 67 - Disposiciones uniformes relativas a: I. La homologación de equipos específicos de vehículos de las categorías M y N que utilizan gases licuados de petróleo en su sistema de propulsión; II. La homologación de vehículos de las categorías M y N provistos de equipos específicos para el uso de gases licuados de petróleo en su sistema de propulsión, en relación con la instalación de dichos equipos [2016/1829] (DOUE L 285, 20.10.2016, p. 1)

En cuanto a normativa de ámbito más general, se decide la identificación de especificaciones técnicas de las TIC a efectos de referenciación en la contratación pública (DOUE L 269, 4.10.2016, p. 20)

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en este cuatrimestre se modifica la Decisión 2008/911/CE, por la que se establece una lista de sustancias y preparados vegetales y de combinaciones de estos, para su uso en medicamentos tradicionales a base de plantas (DOUE L 247, 15.09.2016, p. 19; DOUE L 247, 15.09.2016, p. 229). También se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) nº 414/2013 de la Comisión, por el que se especifica

un procedimiento para la autorización de unos mismos biocidas con arreglo al Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 275, 12.10.2016, p. 34).

Se adopta una Decisión de Ejecución, con arreglo al artículo 3, apartado 3, del Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la utilización de aceite de parafina para recubrir huevos a fin de controlar el tamaño de las poblaciones de aves nidificadoras (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 90)

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 establece la no aprobación de la sustancia activa triciclazol (DOUE L 279, 15.10.2016, p. 88). De conformidad con ese mismo reglamento se aprueba el aceite de girasol como sustancia básica (DOUE L 305, 12.11.2016, p. 23)

El Reglamento (UE) n° 540/2011 se modifica en lo que se refiere a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas acetamiprid, ácido benzoico, flazasulfurón, mecoprop-p, mepanipirimida, mesosulfurón, piraclostrobina, propiconazol, propineb, propizamida, propoxycarbazona, *Pseudomonas chlororaphis*, cepa MA 342, quinoxifeno, tiacloprid, tiram, ziram y zoxamida (DOUE L 312, 18.11.2016, p. 21), y en lo relativo a los períodos de aprobación de las sustancias activas fipronil y maneb (DOUE L 314, 22.11.2016, p. 7)

Se decide la no aprobación de determinadas sustancias activas biocidas de conformidad con el Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 300, 8.11.2016, p. 14), y se aprueba el uso de la sustancia activa *Bacillus thuringiensis*, subsp. *kurstaki*, serotipo 3a3b, cepa ABTS-351, para su uso en los biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 26), se aprueba el clorocresol como sustancia activa existente para su uso en biocidas de los tipos de producto 1, 2, 3, 6 y 9 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 29), se aprueba el uso del clorocresol como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 13 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 33), se aprueba el uso del óxido de calcio y magnesio (cal viva dolomítica) como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2 y 3 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 36), se aprueba el uso del tetrahidróxido de calcio y magnesio (cal dolomítica hidratada) como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2 y 3 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 39), se aprueba el uso del cloruro de alquiltrimetilamonio de coco (ATMAC/TMAC) como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 42), se aprueba el uso del dihidróxido de calcio (cal hidratada) como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2 y 3 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 45), se aprueba el uso del óxido de calcio (cal viva) como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2 y 3 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 48), se aprueba el uso de la ciflutrina como sustan-

cia activa existente en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 51), se aprueba el uso del ácido cítrico como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 2 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 54), se aprueba el uso del butóxido de piperonilo como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 65), se aprueba la epsilon-Momfluorotrina como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 68), se aprueba el uso del ácido peracético como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 11 y 12 (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 71), se aprueba el ácido láctico L(+) como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 1 (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 74).

Y se decide una excepción por parte de España al reconocimiento mutuo de las autorizaciones de los biocidas que contienen brodifacum, con arreglo al artículo 37 del Reglamento (UE) n.º 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 72)

La protección de la salud alimentaria y la seguridad también suele originar o modificar variada normativa, así, se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n.º 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la utilización de la sucralosa (E 955) como potenciador de sabor en el chicle con azúcares añadidos o polialcoholes (DOUE L 272, 7.10.2016, p. 2), se modifica el anexo del Reglamento (UE) n.º 231/2012 de la Comisión, por el que se establecen especificaciones para los aditivos alimentarios que figuran en los anexos II y III del Reglamento (CE) n.º 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a las especificaciones para los glicósidos de esteviol (E 960) (DOUE L 278, 14.10.2016, p. 37), y se modifica la Directiva 2009/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los disolventes de extracción utilizados en la fabricación de productos alimenticios y de sus ingredientes (DOUE L 284, 20.10.2016, p. 19). Y se adopta una Recomendación relativa al control de la presencia de Δ^9 -tetrahidrocannabinol, de sus precursores y de otros cannabinoides en los alimentos (DOUE L 327, 2.12.2016, p. 103)

En cuanto a etiquetación y presentación de los productos, se modifica la Directiva 75/324/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los generadores aerosoles, a fin de adaptar sus disposiciones en materia de etiquetado al Reglamento (CE) n.º 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L 314, 22.11.2016, p. 11), y se aplica la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos de calentamiento de aire,

los productos de refrigeración, las enfriadoras de procesos de alta temperatura y los ventilosconvectores (DOUE L 346, 20.12.2016, p. 1)

Los obstáculos técnicos a los intercambios suelen ser objeto de regulación habitual en el mercado interior, y en este sentido se modifican: el Reglamento (UE) n° 167/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la lista de requisitos para la homologación de tipo UE de vehículos, y por el que se modifican y corrigen los Reglamentos Delegados (UE) n° 1322/2014, (UE) 2015/96, (UE) 2015/68 y (UE) 2015/208 de la Comisión por lo que respecta a los requisitos de fabricación de los vehículos y los requisitos generales, a los requisitos de eficacia medioambiental y de rendimiento de la unidad de propulsión, a los requisitos de frenado de los vehículos y a los requisitos de seguridad funcional de los vehículos (DOUE L 277, 13.10.2016, p. 1), el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/504 en lo que se refiere a los requisitos administrativos para la homologación y la vigilancia del mercado de los vehículos agrícolas y forestales (DOUE L 277, 13.10.2016, p. 60), el Reglamento Delegado (UE) n° 3/2014, el Reglamento Delegado (UE) n° 44/2014 y el Reglamento Delegado (UE) n° 134/2014 por lo que respecta, respectivamente, a los requisitos de seguridad funcional de los vehículos, a los requisitos de fabricación de los vehículos y los requisitos generales y a los requisitos de eficacia medioambiental y rendimiento de la unidad de propulsión (DOUE L 279, 15.10.2016, p. 1), el Reglamento de Ejecución (UE) n° 901/2014 en lo que se refiere a los requisitos administrativos para la homologación y la vigilancia del mercado de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos (DOUE L 279, 15.10.2016, p. 47).

Se adopta un Reglamento sobre los requisitos relativos a los límites de emisiones de gases y partículas contaminantes y a la homologación de tipo para los motores de combustión interna que se instalen en las máquinas móviles no de carretera, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1024/2012 y (UE) n° 167/2013, y por el que se modifica y deroga la Directiva 97/68/CE (DOUE L 252, 16.09.2016, p. 53), se modifica el Reglamento (UE) n° 582/2011, con respecto a las emisiones de los vehículos pesados, en lo concerniente a las disposiciones sobre ensayos por medio de sistemas portátiles de medición de emisiones (PEMS) y el procedimiento de ensayo de la durabilidad de los dispositivos anticontaminantes de recambio (DOUE L 259, 27.09.2016, p. 1) y se modifican los Reglamentos (CE) n° 1275/2008, (CE) n° 107/2009, (CE) n° 278/2009, (CE) n° 640/2009, (CE) n° 641/2009, (CE) n° 642/2009, (CE) n° 643/2009, (UE) n° 1015/2010, (UE) n° 1016/2010, (UE) n° 327/2011, (UE) n° 206/2012, (UE) n° 547/2012, (UE) n° 932/2012, (UE) n° 617/2013, (UE) n° 666/2013, (UE) n° 813/2013, (UE) n° 814/2013, (UE) n° 66/2014, (UE) n° 548/2014, (UE) n° 1253/2014, (UE) 2015/1095, (UE) 2015/1185, (UE) 2015/1188, (UE) 2015/1189 y (UE) 2016/2281 en lo que respecta al uso de tolerancias en los procedimientos de verificación (DOUE L 346, 20.12.2016, p. 51)

En cuanto a la seguridad de los productos, se modifica el anexo VII 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), por lo que respecta a la sensibilización cutánea (DOUE L 255, 21.09.2016, p. 14), se modifica, por lo que respecta al bisfenol A, el anexo XVII del mismo Reglamento (DOUE L 337, 13.12.2016, p. 3), y se decide la no identificación del diacrilato de hexametileno (diacrilato de 1,6-hexanodiol) (HDDA) como sustancia altamente preocupante a tenor del artículo 57, letra f), del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 324, 30.11.2016, p. 9)

La variada normativa que abarca el mercado interior siempre suele ser objeto de alguna nueva normativa, o de la modificación de la regulación existente. Así, se complementa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en las que se especifican los criterios relativos al método para establecer el requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (DOUE L 237, 3.09.2016, p. 1). Se modifica el Reglamento (UE) n° 1286/2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, en lo que respecta a su fecha de aplicación (DOUE L 354, 23.12.2016, p. 35) y se completa en lo que atañe a la intervención en materia de productos (DOUE L 295, 29.10.2016, p. 11), se modifica el Reglamento (UE) n° 680/2014 en lo que respecta a las plantillas e instrucciones (DOUE L 263, 29.09.2016, p. 1)

Se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican el conjunto mínimo de información sobre contratos financieros que debe figurar en los registros detallados y las circunstancias en las que debe imponerse la obligación (DOUE L 258, 24.09.2016, p. 1).

El Reglamento (UE) n° 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados financieros se completa en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los criterios dirigidos a determinar si los derivados sujetos a la obligación de compensación deben estar sujetos a la obligación de negociación (DOUE L 313, 19.11.2016, p. 2), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre el acceso a índices de referencia (DOUE L 313, 19.11.2016, p. 6), y en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la información para el registro de empresas de terceros países y sobre el formato de la información que deberá facilitarse a los clientes (DOUE L 313, 19.11.2016, p. 11)

Se deciden las modalidades de aplicación de los artículos 34 y 35 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por

entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (DOUE L 275, 12.10.2016, p. 39).

Se establece un código de red sobre requisitos de conexión a la red de sistemas de alta tensión en corriente continua y módulos de parque eléctrico conectados en corriente continua (DOUE L 241, 8.09.2016, p. 1), se establece una directriz sobre la asignación de capacidad a plazo (DOUE L 259, 27.09.2016, p. 42), se establecen disposiciones de aplicación relativas a la política de utilización razonable y a la metodología para evaluar la sostenibilidad de la supresión de los recargos por itinerancia al por menor, así como sobre la solicitud que debe presentar un proveedor de itinerancia a efectos de tal evaluación (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 46). Se modifican la Decisión 2008/294/CE de la Comisión y la Decisión de Ejecución 2013/654/UE de la Comisión, con objeto de simplificar el funcionamiento de las comunicaciones móviles a bordo de las aeronaves (servicios de MCA) en la Unión (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 67). También se establece la media ponderada de las tarifas máximas de terminación de la telefonía móvil en toda la Unión y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2352 (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 77)

En relación con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los principales índices bursátiles y los mercados organizados de conformidad (DOUE L 245, 14.09.2016, p. 5), se establecen normas técnicas de ejecución relativas a la correspondencia de las evaluaciones crediticias de las agencias externas de calificación crediticia para el riesgo de crédito (DOUE L 275, 12.10.2016, p. 3), se establecen normas técnicas de ejecución relativas a la correspondencia de las evaluaciones crediticias de las agencias externas de calificación crediticia para la titulización (DOUE L 275, 12.10.2016, p. 27), se regula la prórroga de los períodos transitorios relacionados con los requisitos de fondos propios por las exposiciones frente a entidades de contrapartida central indicadas en los Reglamentos (UE) n° 575/2013 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 336, 10.12.2016, p. 36).

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 atañe a las normas técnicas de regulación sobre las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una entidad de contrapartida central (DOUE L 340, 15.12.2016, p. 9), y se decide sobre la equivalencia del marco regulador de las entidades de contrapartida central de la India (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 38), la equivalencia de los mercados autorizados de Singapur (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 42), la equivalencia de los mercados de instrumentos financieros y los mercados

de materias primas de Japón (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 45), la equivalencia de los mercados financieros de Australia (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 48), la equivalencia de los mercados organizados de Canadá (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 51), la equivalencia del marco regulador de las entidades de contrapartida central de Nueva Zelanda (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 54), la equivalencia del marco regulador de las entidades de contrapartida central de Japón (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 57), la equivalencia del marco regulador de las entidades de contrapartida central de Brasil (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 61), la equivalencia del marco regulador de las entidades de contrapartida central del Centro Financiero Internacional de Dubai (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 65), la equivalencia del marco regulador de las entidades de contrapartida central de los Emiratos Árabes Unidos (DOUE L 342, 16.12.2016, p. 68)

Se adopta una Directiva sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público (DOUE L 327, 2.12.2016, p. 1), y se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo identificando los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas (DOUE L 254, 20.09.2016, p. 1).

Finalmente se adoptan tres recomendaciones, una sobre la armonización del ámbito de aplicación y de las condiciones de las licencias de transferencia generales para las fuerzas armadas y las autoridades contratantes a que se hace referencia en el artículo 5, apartado 2, letra a), de la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 101), otra sobre la armonización del ámbito de aplicación y de las condiciones de las licencias de transferencia generales para los destinatarios certificados a los que se hace referencia en el artículo 9 de la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 105) y la tercera relativa a las directrices para las medidas de autorregulación suscritas por la industria en virtud de la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 109)

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En lo que se refiere a los Instrumentos Estructurales, se modifica la Decisión de Ejecución 2014/99/UE de la Comisión, que establece la lista de regiones que pueden recibir financiación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional y del Fondo Social Europeo, y de los Estados miembros que pueden recibir financiación del Fondo de Cohesión durante el período 2014-2020 (DOUE L 296, 1.11.2016, p. 15). También se modifica la Decisión de Ejecución 2014/190/UE por la que se establecen el desglose anual por Estado miembro de los recursos totales del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo y el Fondo de Cohesión en el marco del objetivo de

inversión en crecimiento y empleo y del objetivo de cooperación territorial europea, el desglose anual por Estado miembro de los recursos de la asignación específica para la Iniciativa sobre Empleo Juvenil, junto con la lista de regiones que pueden optar a financiación, así como los importes que deben transferirse de las asignaciones de los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión de cada Estado miembro al Mecanismo «Conectar Europa» y a la ayuda a las personas más desfavorecidas para el período 2014-2020 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 61)

Se decide sobre las contribuciones financieras que deben ingresar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluidos el límite máximo en 2018, el importe anual de 2017, el primer tramo de 2017, y una previsión indicativa y no vinculante de los importes anuales de la contribución para los años 2019 y 2020 (DOUE L 313, 19.11.2016, p. 25). Además, se complementa el Reglamento (UE) n° 223/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las condiciones y los procedimientos para determinar si los Estados miembros deben reembolsar los importes irrecuperables en relación con el Fondo de Ayuda Europea para las personas más desfavorecidas (DOUE L 306, 15.11.2016, p. 1).

En los ámbitos de las Redes Transeuropeas, se decide sobre las especificaciones del Portal Europeo de Proyectos de Inversión y por la que se deroga la Decisión de Ejecución (UE) 2015/1214 (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 86), y se complementa el Reglamento (UE) n.º 1316/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa» (Texto pertinente a efectos delEEE) (DOUE L 247, 15.09.2016, p. 1)

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 decide la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (DOUE L 282, 19.10.2016, p. 1 y 4)

En lo que se refiere a los aspectos más generales de esta política, se adoptan las Directrices sobre la notificación a los organismos de acreditación y autorización por parte de los verificadores medioambientales que desempeñan su actividad en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha concedido la acreditación o autorización con arreglo al Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 242, 9.09.2016, p. 32). Se decide, igualmente, sobre el formato del certificado de buque listo para el reciclado, expedido de conformidad con el Reglamento (UE)

nº 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reciclado de buques (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 112) y también sobre el formato de la declaración de conclusión del reciclado del buque exigida de conformidad con el Reglamento (UE) nº 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reciclado de buques (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 117), sobre el formato del informe del inicio previsto del reciclado del buque exigido de conformidad con el Reglamento (UE) nº 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reciclado de buques (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 129) y sobre el formato del certificado de inventario de materiales peligrosos expedido de conformidad con el Reglamento (UE) nº 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reciclado de buques (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 131). Y se establece la lista europea de instalaciones de reciclado de buques con arreglo al Reglamento (UE) nº 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reciclado de buques (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 119)

En lo que respecta a la regulación relacionada con la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se adopta normativa: sobre los modelos de los planes de seguimiento, los informes de emisiones y los documentos de conformidad contemplados en el Reglamento (UE) 2015/757 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de dióxido de carbono generadas por el transporte marítimo (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 1), sobre la determinación de la carga transportada por categorías de buques que no sean buques de pasaje, buques de transbordo rodado o buques portacontenedores, de conformidad con el Reglamento (UE) 2015/757 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de dióxido de carbono generadas por el transporte marítimo (DOUE L 299, 5.11.2016, p. 22) y sobre las actividades de verificación y la acreditación de verificadores, con arreglo al Reglamento (UE) 2015/757 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de dióxido de carbono generadas por el transporte marítimo (DOUE L 320, 26.11.2016, p. 5). Y se modifica el Reglamento (UE) 2015/757 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los métodos de seguimiento de las emisiones de dióxido de carbono y a las normas de seguimiento de otra información pertinente (DOUE L 320, 26.11.2016, p. 1)

También se adopta una Directiva relativa a la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos, por la que se modifica la Directiva 2003/35/CE y se deroga la Directiva 2001/81/CE (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 1) Y se adoptan cinco decisiones, una relativa a la aprobación de una iluminación exterior eficiente de Toyota con diodos emisores de luz destinada a vehículos eléctricos híbridos no recargables desde el exterior como tecnología innovadora para la reducción de las emisiones de CO₂ de los turismos de conformidad con el Reglamento (CE) nº 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 259, 27.09.2016,

p. 71), otra relativa a la aprobación del techo fotovoltaico cargador de baterías 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 297, 4.11.2016, p. 18), la tercera por la que 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 2017 (DOUE L 327, 2.12.2016, p. 92), la cuarta por la que se confirma o modifica el cálculo provisional de las emisiones medias específicas de CO₂ y los objetivos de emisiones específicas de los fabricantes de turismos correspondientes al año natural 2015, en aplicación del Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 74) y la última por la que se confirma o modifica el cálculo provisional de las emisiones medias específicas de CO₂ y los objetivos de emisiones específicas de los fabricantes de vehículos comerciales ligeros nuevos correspondientes al año natural 2015, en aplicación del Reglamento (UE) n° 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 96)

En las cuestiones del diseño y etiquetado de productos, se modifican las Decisiones 2011/263/UE, 2011/264/UE, 2012/720/UE y 2012/721/UE a fin de tener en cuenta la evolución de la clasificación de las sustancias (DOUE L 274, 11.10.2016, p. 55), y también se modifican las Decisiones 2009/300/CE, 2011/263/UE, 2011/264/UE, 2011/382/UE, 2011/383/UE, 2012/720/UE y 2012/721/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 308, 16.11.2016, p. 59)

En cuanto a la protección de espacios, se adopta la décima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea (DOUE L 353, 23.12.2016, p. 1), la cuarta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica del Mar Negro (DOUE L 353, 23.12.2016, p. 90), la sexta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica macaronésica (DOUE L 353, 23.12.2016, p. 94), la décima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica boreal (DOUE L 353, 23.12.2016, p. 102), la décima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina (DOUE L 353, 23.12.2016, p. 256), la octava lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica panónica (DOUE L 353, 23.12.2016, p. 302), la décima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental (DOUE L 353, 23.12.2016, p. 324), la décima lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica (DOUE L 353, 23.12.2016, p. 533)

Respecto a la fauna y flora silvestres, se modifica el Reglamento (CE) n° 338/97 del Consejo, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOUE L 316, 23.11.2016, p. 1)

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° 471/2009, sobre estadísticas comunitarias relativas al comercio exterior con terceros países, en lo que concierne a la atribución a la Comisión de competencias delegadas y de ejecución para adoptar determinadas medidas (DOUE L 266, 30.09.2016, p. 1), el Reglamento (CE) n° 471/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n° 113/2010 de la Comisión en lo que respecta a la adaptación de la lista de regímenes aduaneros y la definición de los datos (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 66), el Reglamento (CE) n° 1365/2006, sobre estadísticas del transporte de mercancías por vías navegables interiores, por lo que se refiere a la atribución de competencias delegadas y de ejecución a la Comisión para la adopción de determinadas medidas (DOUE L 311, 17.11.2016, p. 20), el Reglamento (CE) n° 91/2003 relativo a las estadísticas sobre transporte ferroviario, en lo que respecta a la recogida de datos sobre mercancías, pasajeros y accidentes (DOUE L 317, 23.11.2016, p. 105) y los anexos del Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS) (DOUE L 322, 29.11.2016, p. 1)

Por otra parte se adoptan cinco reglamentos, uno relativo a las estadísticas europeas sobre los precios del gas natural y la electricidad y por el que se deroga la Directiva 2008/92/CE (DOUE L 311, 17.11.2016, p. 1), otro por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información (DOUE L 312, 18.11.2016, p. 1), el tercero relativo a las modalidades, la estructura, la periodicidad y los indicadores de evaluación de los informes de calidad sobre los datos transmitidos con arreglo al Reglamento (UE) n° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 27), el cuarto por el que se adopta el programa de módulos ad hoc para los años 2019, 2020 y 2021 de la encuesta muestral sobre la población activa establecida en el Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo (DOUE L 284, 20.10.2016, p. 1) y el quinto por el que se determina la «lista Prodcum» de productos industriales prevista por el Reglamento (CEE) n° 3924/91 del Consejo correspondiente a 2016 (DOUE L 290, 25.10.2016, p. 1)

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En lo que se refiere a los aspectos internacionales de la política de protección intelectual e industrial, el Comité Mixto creado por el Convenio Regional sobre las Normas de Origen Preferenciales Paneuromediterráneas decide sobre la solicitud de Georgia de convertirse en parte contratante del Convenio Regional sobre las Normas de Origen Preferenciales Paneuromediterráneas [2016/2126] (DOUE L 329, 3.12.2016, p. 118). También se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia sobre la protección de las indicaciones geográficas de los productos agrícolas y alimenticios (DOUE L 332, 7.12.2016, p. 1).

Se modifican: el Reglamento (CE) n° 874/2009 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 2100/94 del Consejo en lo relativo al procedimiento ante la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (DOUE L 236, 2.09.2016, p. 1) y el Reglamento (CE) n° 1238/95 en lo que respecta a la cuantía de la tasa anual y de las tasas de examen que deben pagarse a la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (DOUE L 332, 7.12.2016, p. 13).

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 [Dehesa de Extremadura (DOP)] (DOUE L 276, 13.10.2016, p. 3) y también 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 [Aceite de Terra Alta/Oli de Terra Alta (DOP)] (DOUE L 334, 9.12.2016, p. 4)

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En materia de Derechos Fundamentales, se decide la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la protección de los datos personales en relación con la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones penales (DOUE L 336, 10.12.2016, p. 1 y 3).

En relación con esta misma materia, se modifican las Decisiones 2000/518/CE, 2002/2/CE, 2003/490/CE, 2003/821/CE, 2004/411/CE, 2008/393/CE, 2010/146/UE, 2010/625/UE, 2011/61/UE, y las Decisiones de Ejecución

2012/484/UE y 2013/65/UE, relativas a la protección adecuada de los datos personales por determinados países, en aplicación del artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 83), y se modifican las Decisiones 2001/497/CE y 2010/87/UE, relativas a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [notificada con el número C(2016) 8471] (DOUE L 344, 17.12.2016, p. 100).

Por último, el Consejo de Estabilización y Asociación UE-antigua República Yugoslava de Macedonia, decide la participación de la antigua República Yugoslava de Macedonia, en calidad de observador, en los trabajos de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y a las modalidades respectivas de dicha participación, en el marco establecido por los artículos 4 y 5 del Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo, incluidas las disposiciones relativas a la participación en las iniciativas de la Agencia, a las contribuciones financieras y al personal [2016/1951] (DOUE L 300, 8.11.2016, p. 19)

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 celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la República Islámica de Afganistán sobre la prórroga del Acuerdo sobre el Estatuto de la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL Afganistán) (DOUE L 273, 8.10.2016, p. 1 y 3), la firma y a la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la República Centroafricana sobre el estatuto de la Misión de Formación Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) (DOUE L 274, 11.10.2016, p. 31 y 33), la firma y celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada (DOUE L 300, 8.11.2016, p. 1 y 3) y la firma y a la celebración del Acuerdo de Adquisición y Servicios Recíprocos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (DOUE L 350, 22.12.2016, p. 1 y 3)

En cuanto a los ámbitos más generales de esta política, se modifica la Decisión 2014/401/PESC relativa al Centro de Satélites de la Unión Europea (DOUE L 327, 2.12.2016, p. 78) y se crea la Escuela Europea de Seguridad y Defensa (EESD) y por la que se deroga la Decisión 2013/189/PESC (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 60)

El control de la piratería en el Océano Índico también suele originar decisiones

y normativa en esta política de la UE, y así se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (DOUE L 321, 29.11.2016, p. 53)

También es una constante en la PESC la colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, y lleva a la adopción de determinadas medidas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se modifican y adoptan determinadas medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L 249, 16.09.2016, p. 1; DOUE L 249, 16.09.2016, p. 39; DOUE L 301, 9.11.2016, p. 1; DOUE L 301, 9.11.2016, p. 15), se modifica la Decisión 2014/512/PESC relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 65), se adoptan determinadas medidas restrictivas habida cuenta de la situación en la República Centrafricana y contra la República Centrafricana (DOUE L 235, 1.09.2016, p. 1; DOUE L 235, 1.09.2016, p. 13), restricciones específicas aplicables a las relaciones económicas y financieras con Iraq (DOUE L 238, 6.09.2016, p. 1; DOUE L 244, 13.09.2016, p. 9; DOUE L 256, 22.09.2016, p. 1; DOUE L 350, 22.12.2016, p. 20), habida cuenta de la situación en Libia (DOUE L 255, 21.09.2016, p. 12; DOUE L 255, 21.09.2016, p. 33; DOUE L 268, 1.10.2016, p. 77; DOUE L 268, 1.10.2016, p. 85), habida cuenta de la situación en Siria y contra Siria (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 1; DOUE L 264, 30.09.2016, p. 30; DOUE L 293, 28.10.2016, p. 25; DOUE L 293, 28.10.2016, p. 36; DOUE L 305I, 14.11.2016, p. 1; DOUE L 305I, 14.11.2016, p. 4; DOUE L 308, 16.11.2016, p. 3; DOUE L 308, 16.11.2016, p. 20; DOUE L 332, 7.12.2016, p. 3; DOUE L 332, 7.12.2016, p. 22), en vista de la situación en Yemen (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 13; DOUE L 264, 30.09.2016, p. 36), habida cuenta de la situación en Burundi (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 29), contra la República Popular Democrática de Corea (DOUE L 280, 18.10.2016, p. 3; DOUE L 334, 9.12.2016, p. 29; DOUE L 334, 9.12.2016, p. 35) y contra la República Democrática del Congo (DOUE L 336I, 12.12.2016, p. 7)

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 las organizaciones EEIL (Daesh) y Al-Qaida (DOUE L 244, 13.09.2016, p. 7; DOUE L 254, 20.09.2016, p. 18; DOUE L 264, 30.09.2016, p. 17; DOUE L 279, 15.10.2016, p. 90; DOUE L 295, 29.10.2016, p. 74; DOUE L 342, 16.12.2016, p. 22; DOUE L 255, 21.09.2016, p. 1;

DOUE L 255, 21.09.2016, p. 25), contra determinadas personas, grupos, empresas y entidades, habida cuenta de la situación en Afganistán (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 8; DOUE L 264, 30.09.2016, p. 38) contra los dirigentes de la región de Transnistria de la República de Moldavia (DOUE L 295, 29.10.2016, p. 78), contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L 336I, 12.12.2016, p. 1), medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (DOUE L 259I, 27.09.2016, p. 1; DOUE L 352, 23.12.2016, p. 31).

Se modifica la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (DOUE L 259I, 27.09.2016, p. 3), y también se modifica 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 modifica la Decisión (PESC) 2016/1136 (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 92)

En lo que respecta a las Misiones de la UE se aceptan las contribuciones de terceros Estados a la misión de Formación Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) (EUTM RCA/1/2016) (DOUE L 243, 10.09.2016, p. 13), a la Misión de Formación Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) (EUTM RCA/2/2016) (DOUE L 340, 15.12.2016, p. 59).

Se nombra al jefe de la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (EUCAP Sahel Níger/1/2016) (DOUE L 243, 10.09.2016, p. 6), al Jefe de Misión de la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR) (EUCAP NESTOR/1/2016) (DOUE L 243, 10.09.2016, p. 8), al jefe de la Misión de la Unión Europea de asistencia y gestión integrada de las fronteras en Libia (EUBAM Libia) (EUBAM Libia/1/2016) (DOUE L 243, 10.09.2016, p. 10), y 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) 2016/939 (EUTM Mali/2/2016) (DOUE L 348, 21.12.2016, p. 25). Se prorroga el mandato del jefe de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (EUMM GEORGIA/1/2016) (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 57), y del jefe de la Misión PCSD de la Unión Europea en Mali (EUCAP Sahel Mali) (EUCAP Sahel Mali/2/2016) (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 59).

Por otra parte, se modifican: la Acción Común 2008/124/PESC sobre la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo (EULEX KOSOVO) (DOUE L 306, 15.11.2016, p. 16), la Decisión 2010/279/PESC sobre la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN), a efectos de su

liquidación (DOUE L 314, 22.11.2016, p. 20), 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 321, 29.11.2016, p. 55), la Decisión 2010/452/PESC sobre la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (DOUE L 337, 13.12.2016, p. 15), se modifica y prorroga la Decisión 2010/96/PESC relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes (DOUE L 337, 13.12.2016, p. 16), y se modifica 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 337, 13.12.2016, p. 18)

En cuanto a las operaciones militares de la UE, se decide el comienzo del desarrollo de capacidades y la formación de la guardia costera y la Armada libias por la operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA) (EUNAVFOR MED/3/2016) (DOUE L 243, 10.09.2016, p. 11), el comienzo de la operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA) para contribuir al embargo de armas de las Naciones Unidas en alta mar frente a las costas de Libia (EUNAVFOR MED/4/2016) (DOUE L 243, 10.09.2016, p. 14) y se modifica la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA) (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 62)

En relación con las ayudas macrofinancieras, se concede una ayuda macrofinanciera adicional al Reino Hachemí de Jordania (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 18)

El control y reducción de armamentos también suele ser objeto de algún tipo de regulación, y en este sentido se decide apoyar 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 348, 21.12.2016, p. 60), y se decide también el apoyo de la Unión a las actividades del Organismo Internacional de Energía Atómica en los ámbitos de la seguridad nuclear y en el marco de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 352, 23.12.2016, p. 74)

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 determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Kazajistán al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

(DOUE L 345, 20.12.2016, p. 53), y a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de la República de Corea al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (DOUE L 345, 20.12.2016, p. 59).

En los aspectos más generales del espacio de libertad, seguridad y justicia, se confirma la participación de Irlanda en el Reglamento (UE) 2015/2219 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Agencia de la Unión Europea para la Formación Policial (CEPOL) (DOUE L 319, 25.11.2016, p. 46).

En materia de visados, 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 Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados, por lo que se refiere a la adopción de directrices comunes para la aplicación de dicho Acuerdo (DOUE L 272, 7.10.2016, p. 72), se decide: la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Palaos sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 21), la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Tonga sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 23), la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 25), la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Perú sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 264, 30.09.2016, p. 27), la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Federados de Micronesia sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L 289, 25.10.2016, p. 2 y 4), la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea y las Islas Salomón sobre la exención de visado para estancias de corta duración (DOUE L 292, 27.10.2016, p. 1 y 3), la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Popular China sobre exención de visados para estancias de corta duración de titulares de pasaportes diplomáticos (DOUE L 318, 24.11.2016, p. 1)

En cuanto a la regulación del acervo Schengen, se establece una recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen (DOUE L 306, 15.11.2016, p. 13)

La libre circulación de personas, el asilo y los flujos migratorios es también objeto de regulación. En este sentido, se producen dos recomendaciones de la Comisión, una dirigida a la República Helénica sobre las medidas específicas urgentes que Grecia debe adoptar con vistas a la reanudación de los traslados en virtud del Reglamento

(UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 286, 21.10.2016, p. 75). La otra dirigida a los Estados miembros relativa a la reanudación de los traslados a Grecia en virtud del Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 340, 15.12.2016, p. 60). Se modifica la Decisión (UE) 2015/1601, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (DOUE L 268, 1.10.2016, p. 82).

Se adoptan dos reglamentos, uno sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo (DOUE L 251, 16.09.2016, p. 1), y otro relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y por el que se deroga la Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994 (DOUE L 311, 17.11.2016, p. 13)

En los ámbitos referidos a la justicia, se sustituyen los anexos A, B y C del Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (DOUE L 274, 11.10.2016, p. 35), se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DOUE L 283, 19.10.2016, p. 1) y se adopta una directiva relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DOUE L 297, 4.11.2016, p. 1).

Por último, en la lucha contra la delincuencia, se decide la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco del Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, por lo que respecta a las disposiciones sobre obligaciones relacionadas con la cooperación judicial en materia penal y la definición de infracciones penales (DOUE L 268, 1.10.2016, p. 6)

Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía¹

Decreto 146/2016, de 30 de agosto, por el que se regulan los Planes Turísticos de Grandes Ciudades de Andalucía y los convenios de colaboración mediante los que se articulan [BOJA núm. 173, de 8 de septiembre de 2016]

El artículo 9.16 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local, en el marco de lo establecido en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, reconoce a los municipios andaluces competencias propias en materia de promoción turística, que incluye la promoción de sus recursos turísticos y fiestas de especial interés; la participación en la formulación de los instrumentos de planificación y promoción del sistema turístico en Andalucía; y el diseño de la política de infraestructuras turísticas de titularidad propia.

En este esquema competencial, el artículo 9 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, prevé una serie de instrumentos de planificación y ordenación de los recursos turísticos de Andalucía, siendo el Plan General del Turismo el instrumento básico y esencial para todo el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma. En esta Ley se establecen también otros instrumentos que deberán ajustarse a las especificaciones y directrices del citado Plan. Se trata de los Marcos Estratégicos para la Ordenación de los Recursos y las Actividades Turísticas; la Estrategia de Turismo Sostenible de Andalucía; los Programas de Recualificación de Destinos; los Planes Turísticos de Grandes Ciudades, y los Programas de Turismos Específicos.

El artículo 15 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, establece que las ciudades con población de derecho superior a los cien mil habitantes podrán ser objeto de planes turísticos específicos para la promoción y fomento del turismo bajo la denominación de Planes Turísticos de Grandes Ciudades, y que los mismos se articularán mediante la celebración de Convenios de Colaboración, los cuales serán suscritos por la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo y la persona titular del órgano competente de la Administración Local. La finalidad esencial de los Planes Turísticos de Grandes Ciudades es la promoción y el fomento del turismo ur-

¹ En esta sección, elaborada por Emilio GUICHOT REINA, se recogen y comentan las disposiciones generales más relevantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el tercer cuatrimestre de 2016 (septiembre-diciembre).

bano. Este modelo de planificación turística parte de la concertación local y se centra en la oferta turística de la ciudad, y está orientado a la consecución de los siguientes objetivos: la puesta en valor y uso de recursos turísticos, la adecuación del medio urbano al uso turístico impulsando la accesibilidad universal, el aumento de la calidad de los servicios turísticos de la ciudad, la mejora del producto turístico existente y la creación de nuevos productos basados en la explotación innovadora de los recursos, la sensibilización e implicación de la población y agentes locales en una cultura de calidad turística y el fortalecimiento de la competitividad del sector turístico local.

En desarrollo de este artículo, este Decreto define los requisitos que han de reunir los municipios que pueden ser objeto de Planes Turísticos de Grandes Ciudades, regula el procedimiento de formulación –garantizándose la necesaria participación de los ayuntamientos en el mismo–, la aprobación de los Planes, y establece el contenido de los convenios de colaboración mediante los que se articulan.

Ley 7/2016, de 20 de septiembre, por la que se articula un período transitorio para garantizar la prestación del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía gestionado por particulares [BOJA núm. 184, de 23 de septiembre de 2016]

Diversos preceptos del Decreto 1/2006, de 10 de enero, por el que se regula el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres en Andalucía fueron impugnados por la Administración del Estado, siendo considerados invasivos de la competencia estatal para la ordenación del espectro por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de junio de 2007, confirmada en casación por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010. En 2006 se convocaron los concursos por Decreto de 18 de abril de 2006, amparado en el de 10 de enero, que fue igualmente impugnado por la Administración del Estado, impugnación que corrió igual suerte. Entre el dictado de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el de las del Tribunal Supremo, el Consejo de Gobierno resolvió el concurso, asignando un total de 163 concesiones a personas físicas y jurídicas privadas en todo el territorio andaluz. A continuación, el acuerdo de asignación de concesiones fue igualmente objeto de varios recursos en vía contencioso-administrativa, por aquellos particulares que consideraron su derecho afectado, ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dieron origen a la anulación judicial de las adjudicaciones realizadas en más de la mitad de las demarcaciones en las que vive el 85% de la población andaluza. La ejecución cabal de las sentencias habría conllevado el necesario cese en las emisiones de los concesionarios cuya concesión fue anulada pero esta Ley crea un período transitorio “que, mediante una habilitación provisional, garantice la prestación del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía gestionado por particulares hasta la resolución del nuevo concurso público que, con

carácter inminente, se convoque”, exigiendo un mera comunicación de los prestadores privados de la decisión de hacer uso de esa habilitación. La disposición adicional única prevé que por acuerdo del Consejo de Gobierno, que se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía en el plazo máximo de 3 meses desde la entrada en vigor de la Ley (esto es, del 24 de septiembre), se convocará concurso público para la adjudicación, en régimen de concurrencia, de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo privado de carácter comercial de ámbito local en Andalucía para la emisión de programación en abierto, en aquellas demarcaciones territoriales andaluzas cuyas adjudicaciones hayan sido anuladas por sentencia judicial con carácter firme. Lo más curioso es que el concurso fue convocado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2016 (publicado en el BOJA de 9 de agosto), esto es, antes de la aprobación de la Ley que prevé su convocatoria entre el 24 de septiembre y el 24 de diciembre de 2016.

Decreto 155/2016, de 27 de septiembre, por el que se regulan los requisitos técnico-sanitarios, de espacios, de señalización e identificación de las oficinas de farmacia, así como los procedimientos de autorización de las mismas para la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales [BOJA núm. 189, de 30 de septiembre de 2016]

Este Decreto desarrolla la normativa básica estatal, contemplada en el artículo 86.2.c) del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, y el artículo 4.2 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. En el ámbito autonómico andaluz, los artículos 25 a 27 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, se refieren a las condiciones materiales, requisitos técnicos y distribución que deberán cumplir los locales e instalaciones de las oficinas de farmacia, y la señalización e identificación de las mismas, así como la publicidad de sus horarios de atención al público, preceptos que se desarrollan en este Decreto.

Además, a nivel estatal se han desarrollado los requisitos asociados a la elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales dentro de las oficinas de farmacia, lo que implica una área específica y un determinado equipamiento y condiciones. A nivel autonómico, el artículo 13.2 de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, dispone que las instalaciones donde se elaboren las fórmulas magistrales y preparados oficinales en las oficinas de farmacia, en los diferentes niveles de elaboración, requerirán de la autorización previa por parte de la Consejería competente en materia de salud, en los términos que se establezcan reglamentariamente. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que la competencia autonómica es en estos casos meramente organizativa y de ejecución. De este modo, el Decreto que reseñamos se limita a regular el procedimiento de autorización previsto en dicho pre-

cepto respetando las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales.

Decreto 157/2016, de 4 de octubre, por el que se regula el deslinde de los términos municipales de Andalucía y se establecen determinadas disposiciones relativas a la demarcación municipal y al Registro Andaluz de Entidades Locales [BOJA núm. 195, de 10 de octubre de 2016]

La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, regula la demarcación municipal y la define como la actuación administrativa tendente a determinar tanto la extensión y límites de las entidades locales territoriales como elementos sustanciales de las mismas y definidores del ámbito espacial donde ejercen sus competencias, como su capitalidad. El deslinde es la actuación de comprobación y ejecución de la demarcación municipal, que en ningún caso podrá implicar modificación de términos municipales. Esta tarea se lleva a cabo con la asistencia técnica del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía a través del uso de nuevas tecnologías y con intervención de los municipios afectados. En este Decreto se regulan los procedimientos de deslinde de las líneas límites entre municipios que no estén determinadas actualmente de forma definitiva, así como de las actuaciones de ejecución del mismo, como son el replanteo y el amojonamiento. Asimismo, se detallan aspectos del procedimiento de modificación de los términos municipales previstos en la Ley 5/2010, de 11 de junio y se incluyen los aspectos esenciales del Registro Andaluz de Entidades Locales. Esta norma deroga expresamente el Reglamento de Demarcación Municipal de Andalucía y del Registro Andaluz de Entidades locales, aprobado por el Decreto 185/2005, de 30 de agosto.

Decreto 158/2016, de 4 de octubre, por el que se modifica el Decreto 61/2012, de 13 de marzo, por el que se regula el procedimiento de la autorización sanitaria de funcionamiento y la comunicación previa de inicio de actividad de las empresas y establecimientos alimentarios, y se crea el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía [BOJA núm. 195, de 10 de octubre de 2016]

En virtud de lo previsto en el Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, se actualizó y simplificó el procedimiento establecido para la inscripción de empresas y establecimientos alimentarios en el citado registro, adecuándose el procedimiento de registro al ordenamiento jurídico comunitario. Por ello, se hacía preciso acomodar el contenido del Decreto 61/2012, de 13 de marzo, por el que se regula el procedimiento de la autorización sanitaria de funcionamiento y la comunicación previa de inicio de actividad de las empresas y establecimientos alimentarios y se crea el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía, a las modificaciones introducidas

por el citado Real Decreto. Asimismo, se precisa qué operadores de empresa alimentaria están sujetos a inscripción en el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía, adscrito al órgano directivo competente en materia de salud pública, y cuáles en el Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía, adscrito a la Consejería con competencias en materia de comercio.

Decreto 159/2016, de 4 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de las Agrupaciones Locales del Voluntariado de Protección Civil de la Comunidad Autónoma de Andalucía [BOJA núm. 195, de 10 de octubre de 2016]

La Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía, establece que la ciudadanía mayor de edad podrá participar en las labores de protección civil mediante su adscripción a Agrupaciones Locales de Voluntariado de Protección Civil, así como otras formas de colaboración que reglamentariamente se establezcan. Dispone que corresponde a las entidades locales la adopción del acuerdo de creación de la Agrupación Local del Voluntariado de Protección Civil en su ámbito territorial y a la Consejería competente en materia de protección civil la regulación del Registro de Agrupaciones Locales del Voluntariado de Protección Civil de Andalucía, así como determinar los criterios de homologación en materia de formación, equipamiento, distintivos y uniformidad. En relación al Registro se establece la obligatoriedad de la inscripción de las Agrupaciones Locales de Voluntariado de Protección Civil para que tengan acceso a las vías de participación, fomento y formación impartida por la Escuela de Seguridad Pública de Andalucía, así como para su actuación en materia de protección civil en los planes de emergencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El Reglamento General aborda aspectos relativos a la definición de las agrupaciones y de sus miembros, a su creación y disolución, a su dependencia orgánica y funcional, a su ámbito de actuación y funciones, a la formación del voluntariado y aspectos relativos a equipamiento, distintivos y uniformidad. Los reglamentos de las Agrupaciones locales de voluntariado de protección civil deberán ser acordes con esta norma, disponiendo las entidades locales de las que dependan de un plazo de tres años para la revisión y adecuación de los ya existentes.

Decreto-ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía [BOJA núm. 201, de 19 de octubre de 2016]

En cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el Decreto-ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía estableció para el personal empleado público una jornada

de treinta y siete horas y media semanales de promedio en cómputo anual (convertido después en Ley 3/2012, de 21 de septiembre). Asimismo, por aplicación del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, en el Decreto-ley citado, se llevó a cabo el incremento de la jornada de 18 a 20 horas de la parte lectiva de la jornada semanal del personal docente que imparte las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación en centros docentes públicos y privados sostenidos con fondos públicos. El Consejo de Gobierno opta ahora por la recuperación de la jornada laboral de treinta y cinco horas semanales, implantada en la Junta de Andalucía en el año 1999. Expone que las medidas antes reseñadas, establecidas con carácter coyuntural como medidas de política económica, no se justifican actualmente en Andalucía en la necesidad de contención del gasto público ni en la de ahorro económico, ante la evolución favorable de su economía. La Administración andaluza ya alcanzó un acuerdo en este sentido con los representantes sindicales de los empleados públicos el 2 de junio de 2016, y considera que concurren por ello las razones de extraordinaria y urgente necesidad para acordar la reducción de jornada por Decreto-ley, para que entre en vigor el 17 de enero de 2017, fecha de entrada en vigor que no podría obtenerse tramitando la norma como proyecto de ley, y más por cuanto se requiere un período previo de reordenación de efectivos (que no obstante la norma supedita a la negociación con los representantes sindicales). En el caso de los docentes, la reducción horario sólo se aplicará a partir del curso 2017/2018.

No es necesario abundar en lo polémico de esta norma. Tanto por el instrumento empleado (un Decreto-ley para una “extraordinaria y urgente necesidad” difícil de acreditar) como por su encaje en el sistema constitucional de competencias. Resulta llamativo que la norma se aprobara tan sólo unos días más tarde de que el Tribunal Constitucional aprobara su sentencia de 22 de septiembre de 2016 en que estima la inconstitucionalidad de la Ley castellano-manchega que adoptó una medida similar. La sentencia considera que fijar en 35 horas semanales la jornada general de trabajo de tres tipos de personal del sector público autonómico contradice la jornada general de trabajo mínima de 37,5 horas semanales del sector público, incluido el personal estatutario, establecida en los Presupuestos Generales del Estado de 2012. En este caso, argumenta, el Estado tiene la competencia para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios y para aprobar la legislación laboral y ambas amparan la aprobación de la disposición adicional de la ley 2/2012 en la que se prevé que la jornada laboral del sector público no podrá ser inferior a 37,5 horas semanales. Así, dicha disposición adicional «admite una norma autonómica que iguale o amplíe la duración de dichas jornadas laborales y también que señale los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente se establezca. Sin embargo, resulta incompatible con aquella norma estatal una norma autonómica que determi-

ne una duración de la jornada de trabajo que sea inferior, como sucede con el artículo 1 de la ley autonómica objeto de este recurso, que prevé que la jornada general de trabajo del personal del sector público autonómico será de 35 horas semanales de promedio de cómputo anual».

Decreto 162/2016, de 18 de octubre, por el que se modifica el Decreto 143/2014, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía [BOJA núm. 206, de 26 de octubre de 2016]

Este Decreto modifica determinados aspectos de la regulación anterior referida a la figura de las exenciones en la observancia de los requisitos en materia de clasificación exigidos a los establecimientos de alojamiento turístico, dando cumplimiento al artículo 33.2 de la Ley 13/2011, de 23 del diciembre, que establece que estos requisitos y los supuestos de exoneración serán determinados por vía reglamentaria. Así, se clarifican los supuestos de exención, concretándose en los casos de imposibilidad o de grave dificultad técnica en el cumplimiento de requisitos, a tal efecto se considera necesario y proporcionado que estas circunstancias se justifiquen mediante el oportuno informe técnico, cuyo contenido se precisa. Igualmente, se modifican determinados requisitos estructurales, como los relativos a superficies, cuyo cumplimiento puede ser eximido. Hasta ahora no cabían las exenciones de requisitos de superficies mínimas en los establecimientos de menor categoría, ya que siempre había que cumplir con los requisitos correspondientes a dos categorías inferiores o para la categoría mínima. En este sentido, se flexibiliza la exención de requisitos mediante una fórmula general, permitiendo que determinados requisitos puedan ser objeto de exención siempre que se cumpla con un determinado porcentaje de cumplimiento para la categoría declarada. Igualmente, se modifican algunas de las competencias atribuidas a las personas titulares de las Delegaciones Provinciales o Territoriales, dado que se asignaban a éstas funciones que operativamente están atribuidas a otros órganos inferiores.

Decreto 163/2016, de 18 de octubre, por el que se regula el régimen administrativo y el sistema de información de venta directa de los productos primarios desde las explotaciones agrarias y forestales a las personas consumidoras finales y establecimientos de comercio al por menor [BOJA núm. 210, de 2 de noviembre de 2016]

La normativa comunitaria exceptúa la venta directa de su regulación y establece que los Estados Miembros, conforme a su derecho nacional, podrán legislar este tipo de venta, siempre respetando los principios básicos de la seguridad alimentaria y de la protección a la persona consumidora definidos en el Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la

Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. En la normativa autonómica andaluza la Ley 2/2011, de 25 de marzo, de la Calidad Agroalimentaria y Pesquera de Andalucía, exime de cumplir con la obligación de implantar un sistema de gestión de la calidad comercial, a todos aquellos agricultores, ganaderos y pescadores y demás operadores de productos primarios, siempre que no destinen su producción a los consumidores finales, o estén incluidos en una denominación de calidad, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la normativa aplicable. Con la norma que ahora reseñamos se establecen las obligaciones de los titulares de las explotaciones, las condiciones que deben reunir los productos y las garantías de seguridad y calidad que permita el desarrollo económico de esta actividad. El Decreto se complementa con dos Anexos, el primero de los cuales relaciona los productos primarios y las cantidades máximas que se autorizan en venta directa por productor y año, y el segundo recoge el modelo de comunicación que han de presentar los interesados antes de realizar la actividad de venta directa.

Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de 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, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos [BOJA núm. 239, de 15 de diciembre de 2016]

Esta modificación de la Ley 3/2005 se inscribe, en la Exposición de Motivos, dentro de las medidas de transparencia y de los esfuerzos por recuperar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

En noviembre de 2014 el Parlamento de Andalucía aprobó una modificación de su Reglamento en relación al tratamiento de la información tributaria presentada por los Diputados ante el Parlamento y estableciendo que en lo sucesivo aquella se haría pública a través del Portal de Transparencia del Parlamento de Andalucía. La Ley que ahora se reseña equipara a los altos cargos y otros cargos públicos con los Diputados del Parlamento de Andalucía. Establece que en el momento de la toma de posesión, o en el plazo de dos meses desde que se produjera el cese o modificación de las circunstancias de hecho, los altos cargos deberán presentar en el Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones las autoliquidaciones tributarias íntegras del último ejercicio económico declarado correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, al Impuesto sobre el Patrimonio, y antes del 1 de agosto de cada año natural deberán presentar las autoliquidaciones tributarias íntegras del último ejercicio económico declarado correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso, al Impuesto sobre el Patrimonio. Todos estos datos serán objeto de publicidad en el Portal de la Junta de Andalucía, salvo en aquellos extremos que afecten al derecho a la intimidad de las personas que figuren en las mismas

o de terceros, así como a los datos protegidos por la normativa vigente, en cuyo caso la publicidad solo se llevará a cabo previa disociación de los datos a ella referidos, con expresa referencia a tal circunstancia. En el caso de los cónyuges o parejas de hecho, el tema que fue en su momento más controvertido respecto de los propios parlamentarios, la aportación es opcional, y estarán disponibles únicamente en el Registro de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones. La publicidad de estas declaraciones en el Portal de la Junta de Andalucía solo podrá realizarse si se cuenta con el consentimiento expreso del cónyuge o pareja.

Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía [BOJA núm. 248, de 29 de diciembre de 2016]

La Ley estatal básica en materia de servicios sociales es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (la conocida como “Ley de la Dependencia”), que garantizó un catálogo específico de prestaciones y servicios. Esta Ley requería de su ejecución autonómicas. Suponía un fuerte desembolso, y la crisis económica que comenzó en 2008, como es sabido, supuso un freno y cuasiparálisis, en desigual grado en las distintas Comunidades Autónomas. En el ámbito autonómico andaluz, la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, diseñó una red de servicios sociales en la que se encuentran imbricadas actuaciones públicas autonómicas locales en conjunción con el llamado “tercer sector”. Junto a esta normativa “general”, el Parlamento andaluz ha legislado en sectores como la atención a los drogodependientes, a los menores, a los discapacitados, a la tercera edad, o, ya en este siglo, sobre parejas de hecho, mediación familiar o sobre igualdad de género y violencia de género. La Ley que ahora comentamos constituye la nueva regulación general de los servicios sociales.

Las principales novedades de la Ley respecto de su precedente son, en primer lugar, y en línea con la legislación estatal, la configuración del derecho a las prestaciones esenciales del sistema como un derecho subjetivo de ciudadanía y exigible ante las Administraciones Públicas que ostentan las competencias en la gestión y provisión de las mismas. Estas prestaciones se regulan mediante el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, que aprobará el Consejo de Gobierno, que definirá cada uno de los servicios y prestaciones ofrecidas, su ámbito y alcance, las condiciones requeridas para acceder a los mismos y su disponibilidad dentro del sistema, de tal forma que todas las personas puedan conocer de manera transparente en qué medida se adaptan a sus circunstancias personales. El sistema recoge también las prestaciones destinadas a la promoción de la autonomía personal, atención y protección de las personas en situación de dependencia, como derecho subjetivo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. En este sistema público de servicios sociales de Andalucía la organización territorial se basa en la Zona Básica de Servicios Sociales

y se introduce una nueva escala que la configura, que es el Área de Servicios Sociales, ámbito territorial en el que se estructuran las prestaciones y recursos de los servicios sociales especializados. La Ley se refiere también a la estrategia global de calidad, eficiencia y sostenibilidad, que se elaborará con la participación de la Administración y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Los contenidos de dicha estrategia incluirán tanto los sistemas de acreditación y certificación de los centros y servicios como el reconocimiento de las competencias profesionales, y deberá contemplar como objetivos principales la calidad de la atención y la calidad del empleo, así como la eficiencia en el uso de los recursos. Objetivos que deberán inspirar el Plan Estratégico de Servicios Sociales. En esta línea, se introduce en el Sistema Público de Servicios Sociales la gestión sobre la base de contratos programa.

Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma¹

PRESIDENCIA

Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017 (BOJA 248, de 29 de diciembre).

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Decreto 160/2016, de 4 de octubre, por el que se modifica el Plan de Emergencia por Incendios Forestales de Andalucía aprobado por el Decreto 371/2010, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Plan de Emergencia por Incendios Forestales de Andalucía y se modifica el Reglamento de Prevención y Lucha contra los Incendios Forestales aprobado por el Decreto 247/2001, de 13 de noviembre (BOJA 195, de 10 de octubre).

Acuerdo de 25 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Anexo III del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de junio de 2005, por el que se determinan los servicios y actividades de carácter sanitario susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos (BOJA 209, de 31 de octubre).

Decreto-ley 6/2016, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el programa de colaboración financiera específica con las entidades locales para actuaciones extraordinarias en infraestructuras e instalaciones destinadas a la prestación de servicios esenciales y básicos de la competencia municipal en Andalucía dañadas por las situaciones de emergencias y catástrofes públicas ocasionadas por los fenómenos meteorológicos adversos sufridos en diversas zonas de las provincias de Huelva, Cádiz y Málaga desde el 1 de diciembre al 5 de diciembre de 2016 (BOJA extraordinario núm. 3, de 16 de diciembre).

Decreto 188/2016, de 20 de diciembre, por el que se modifican diversos Decretos por los que se establece el marco regulador de las ayudas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entidades Instrumentales a Empresas (BOJA 247, de 28 de diciembre).

¹ Subsección preparada por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Orden de 27 de septiembre de 2016, por la que se modifica la Orden de 18 de mayo de 2015, por la que se determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos para el año 2016 (BOJA 195, de 10 de octubre).

Decreto 161/2016, de 18 de octubre, por el que se autoriza la concertación de operaciones de endeudamiento hasta un importe máximo de ochocientos dos millones veinte mil euros (BOJA 2013, de 21 de octubre).

Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 2013, de 21 de octubre).

Orden de 2 de noviembre de 2016, sobre cierre del ejercicio presupuestario de 2016 (BOJA 214, de 8 de noviembre).

Orden de 29 de noviembre de 2016, por la que se publica la modificación del Anexo I y los valores de las variables establecidas en el artículo 10 de la Ley 6/2010, de 11 de junio, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 240, de 16 de diciembre).

Orden de 5 de diciembre de 2016, por la que se determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos para el año 2017 (BOJA 244, de 22 de diciembre).

Resolución de 13 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública, por la que se hace público el calendario de subastas ordinarias del Programa de Emisión de Pagars de la Junta de Andalucía para el año 2017 y se convocan las correspondientes subastas a realizar dentro del mismo (BOJA 245, de 23 de diciembre).

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN

Orden de 2 de agosto de 2016, por la que se desarrolla el currículo correspondiente a los títulos de Técnico de Artes Plásticas y Diseño en Ornamentación Islámica; en Reproducciones Artísticas en Madera; en Reproducciones Artísticas en Piedra; y en Forja Artística, pertenecientes a la familia profesional artística de Escultura (BOJA 169, de 2 de septiembre).

Orden de 2 de agosto de 2016, por la que se desarrolla el currículo correspondiente a los títulos de Técnico Superior de Artes Plásticas y Diseño en Técnicas Escultóricas; en Ebanistería Artística; en Escultura Aplicada al Espectáculo; en Fundición Artística; en Moldes y Reproducciones Escultóricas; en Dorado, Plateado y

Policromía; en Técnicas Escultóricas en Madera; en Técnicas Escultóricas en Metal; en Técnicas Escultóricas en Piedra; y en Técnicas Escultóricas en Piel, pertenecientes a la familia profesional artística de Escultura (BOJA 170, de 5 de septiembre).

Resolución de 29 de agosto de 2016, de la Viceconsejería, por la que se aprueban las instrucciones para el desarrollo, la dirección y la coordinación del Plan General de Actuación de la Inspección Educativa de Andalucía para el curso escolar 2016-2017 (BOJA 173, de 8 de septiembre).

Resolución de 2 de septiembre de 2016, de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos, por la que se determina el desarrollo de las líneas estratégicas de formación del profesorado establecidas en el III Plan Andaluz de Formación Permanente del Profesorado y la elaboración de los proyectos de formación para el curso 2016/17 (BOJA 175, de 12 de septiembre).

Orden de 8 de noviembre de 2016, por la que se regulan las enseñanzas de Formación Profesional Básica en Andalucía, los criterios y el procedimiento de admisión a las mismas y se desarrollan los currículos de veintiséis títulos profesionales básicos (BOJA 241, de 19 de diciembre).

Orden de 11 de noviembre de 2016, por la que se desarrolla el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Electromedicina Clínica (BOJA 229, de 29 de noviembre).

Orden de 11 de noviembre de 2016, por la que se desarrolla el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Organización y Control de Obras de Construcción (BOJA 229, de 29 de noviembre).

Orden de 16 de noviembre de 2016, por la que se dispone la publicación del III Plan Plurianual de Evaluación General del Sistema Educativo Andaluz para el período 2016-2020 (BOJA 231, de 1 de diciembre).

Acuerdo de 29 de noviembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Éxito Educativo de Andalucía (BOJA 232, de 2 de diciembre).

Resolución de 20 de diciembre de 2016, conjunta de la Dirección General de Formación Profesional Inicial y Educación Permanente de la Consejería de Educación y de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, por la que se convoca y regula el procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, para las unidades de competencia de determinadas cualificaciones profesionales, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 247, de 28 de diciembre).

CONSEJERÍA DE SALUD

Acuerdo de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la modificación de los Estatutos de la Escuela Andaluza de Salud Pública, S.A (BOJA 174, de 9 de septiembre).

Decreto 153/2016, de 20 de septiembre, por el que se crea y regula la Comisión de Coordinación de las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía adscritas a la Consejería competente en materia de salud (BOJA 186, de 27 de septiembre).

Orden de 3 de octubre de 2016, por la que se regulan las condiciones, requisitos y funcionamiento de las Unidades de Atención Infantil Temprana (BOJA 194, de 7 de octubre).

Orden de 28 de octubre de 2016, por la que se actualizan los procedimientos quirúrgicos recogidos en el Anexo I del Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, por el que se establece la garantía de plazo de respuesta quirúrgica en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y se establecen sus correspondientes cuantías (BOJA 211, de 3 de noviembre).

Orden de 13 de diciembre de 2016, por la que se establecen las condiciones materiales y funcionales de los Centros de Atención Infantil Temprana para su autorización (BOJA 242, de 20 de diciembre).

CONSEJERÍA DE IGUALDAD Y POLÍTICAS SOCIALES

Orden de 19 de septiembre de 2016, por la que se regulan las tarjetas de aparcamiento de vehículos para personas con movilidad reducida en Andalucía (BOJA 184, de 23 de septiembre).

Acuerdo de 25 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), en el marco de la Cooperación para el Desarrollo (BOJA 211, de 3 de noviembre).

Acuerdo de 20 de diciembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos para el año 2017 (BOJA 246, de 27 de diciembre).

Acuerdo de 20 de diciembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por Jubi-

lación e Invalidez en sus modalidades no Contributivas, para el año 2017 (BOJA 246, de 27 de diciembre).

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

Resolución de 1 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se regula la exención del Módulo de Formación Práctica en Centros de Trabajo, correspondiente a acciones formativas conducentes a Certificados de Profesionalidad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 178, de 15 de septiembre).

Acuerdo de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Acción «AndalucíaSmart 2020», de impulso al desarrollo inteligente de las ciudades y municipios de Andalucía (BOJA 181, de 20 de septiembre).

Orden de 21 de noviembre de 2016, por la que se establece el calendario de domingos y festivos en que los establecimientos comerciales podrán permanecer abiertos al público durante el año 2017 (BOJA 229, de 29 de noviembre).

Resolución de 13 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se publica la relación de fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017 (BOJA 242, de 20 de diciembre).

Orden de 15 de diciembre de 2016, por la que se otorga el reconocimiento de la condición de oficial a las Ferias Comerciales de Andalucía y se aprueba el calendario para el año 2017 (BOJA 244, de 22 de diciembre).

Resolución, de 21 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Comercio, por la que se aprueba el Plan de Inspección Comercial de Andalucía para el año 2017 (BOJA 247, de 28 de diciembre).

Resolución de 21 de diciembre de 2016, del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se exceptúa de la limitación establecida en el artículo 124.1 del 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, a los Ayuntamientos que se relacionan en el Anexo (BOJA 249, de 30 de diciembre).

CONSEJERÍA DE FOMENTO Y VIVIENDA

Decreto 174/2016, de 15 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA) (BOJA 223, de 21 de

noviembre).

Orden de 28 de noviembre de 2016, por la que se revisa el mínimo de percepción de los servicios regulares permanentes de transporte de viajeros de uso general (BOJA 233, de 5 de diciembre).

Decreto 191/2016, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte en Andalucía 2020 (PISTA 2020) (BOJA 249, de 30 de diciembre).

CONSEJERÍA DE TURISMO Y DEPORTE

Resolución de 29 de agosto de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la modificación del Reglamento General Libro XI del Comité Andaluz de Árbitros de la Federación Andaluza de Natación (BOJA 179, de 16 de septiembre).

Resolución de 30 de agosto de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la adaptación del Reglamento Electoral de la Real Federación Andaluza de Golf (BOJA 178, de 15 de septiembre).

Resolución de 5 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación del Reglamento Electoral de la Federación Andaluza de Deportes para Discapacitados Intelectuales (BOJA 179, de 16 de septiembre).

Resolución de 5 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación del Reglamento Electoral de la Federación Andaluza de Deportes para Ciegos (BOJA 186, de 27 de septiembre).

Resolución de 21 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la adaptación del Reglamento Electoral de la Federación Andaluza de Tiro Olímpico (BOJA 188, de 29 de septiembre).

Resolución de 27 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la modificación del Reglamento General -Libro I Reglamento Electoral de la Federación Andaluza de Natación (BOJA 198, de 14 de octubre).

Resolución de 27 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la modificación

del Reglamento General Libro VI de los Deportistas de la Federación Andaluza de Natación (BOJA 201, de 19 de octubre).

Resolución de 4 de octubre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la adaptación del Reglamento Electoral de la Federación Andaluza de Ciclismo (BOJA 198, de 14 de octubre).

Resolución de 17 de octubre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la modificación de los Estatutos de la Federación Andaluza de Tiro Olímpico (BOJA 206, de 26 de octubre).

Resolución de 19 de octubre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la modificación de los estatutos de la Federación Andaluza de Billar (BOJA 207, de 27 de octubre).

Orden de 11 de noviembre de 2016, por la que se modifican anexos del Decreto 20/2002, de 29 de enero, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo, Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de establecimientos hoteleros, y Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos, relativos a los requisitos exigidos a estos alojamientos (BOJA 221, de 17 de noviembre).

Resolución de 21 de noviembre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación del Reglamento Disciplinario de la Federación Andaluza de Deportes para Discapacitados Intelectuales (BOJA 235, de 9 de diciembre).

Resolución de 21 de noviembre de 2016, de la Dirección General de Actividades y Promoción del Deporte, por la que se dispone la publicación de la modificación de los Estatutos de la Federación Andaluza de Polo (BOJA 236, de 12 de diciembre).

CONSEJERÍA DE CULTURA

Decreto 178/2016, de 22 de noviembre, por el que se crea el Museo de Málaga como servicio administrativo con gestión diferenciada (BOJA 227, de 25 de noviembre).

CONSEJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR

Orden de 7 de octubre de 2016, por la que se aprueba la modificación de los Estatutos del Consejo Andaluz de Colegios de Abogados (BOJA 201, de 19 de octubre).

Orden de 24 de octubre de 2016, por la que se aprueba la modificación de los estatutos del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Veterinarios (BOJA 208, de 28 de octubre).

Orden de 16 de noviembre de 2016, por la que se crea la sede judicial electrónica correspondiente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 225, de 23 de noviembre).

Orden de 14 de diciembre de 2016, por la que se aprueba la modificación de los Estatutos del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (BOJA 243, de 21 de diciembre).

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, PESCA Y DESARROLLO RURAL

Resolución de 12 de agosto de 2016, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, por la que se actualizan las sustancias activas fitosanitarias incluidas en el control integrado de los Reglamentos Específicos de Producción Integrada de ajo, alfalfa, algodón, almendro, arroz, cereales de invierno, cítricos, espárrago verde, flor cortada, fresa, frutales de hueso, frutales de pepita, cultivos hortícolas protegidos, lechuga al aire libre, olivar, patata, remolacha azucarera, tomate para transformación industrial, vid (uva para vinificación) y zanahoria y chirivía (BOJA 169, de 2 de septiembre).

Orden de 7 de noviembre de 2016, por la que se regula el procedimiento de selección de las Estrategias de Desarrollo Local Leader y el reconocimiento de los Grupos de Desarrollo Rural de Andalucía en el marco de la medida 19 del Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2014-2020 (BOJA 215, de 9 de noviembre).

Orden de 30 de noviembre de 2016, por la que se adoptan medidas temporales de recuperación y conservación de la pesquería de chirla (*Chamelea gallina*) en el Golfo de Cádiz (BOJA 232, de 2 de diciembre).

Resolución de 21 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura, por la que se da publicidad a la ampliación de la vigencia del plan de gestión para la pesquería de rastros o dragas mecanizadas en el litoral mediterráneo de Andalucía (BOJA 247, de 28 de diciembre).

CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Decreto 142/2016, de 2 de agosto, por el que se amplía el ámbito territorial del Parque Natural de Doñana, se declara la Zona Especial de Conservación Doñana

Norte y Oeste (ES6150009) y se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Espacio Natural Doñana (BOJA 184, de 26 de septiembre).

Acuerdo de 26 de agosto de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Formulación del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierras de Tejada, Almijara y Alhama y su área de influencia socioeconómica (BOJA 173, de 8 de septiembre).

Acuerdo de 26 de agosto de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Formulación del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierra de Grazalema y su área de influencia socioeconómica (BOJA 173, de 8 de septiembre).

Acuerdo de 6 de septiembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierra de Hornachuelos y su área de influencia socioeconómica (BOJA 180, de 19 de septiembre).

Acuerdo de 13 de septiembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierra de Huétor y su área de influencia socioeconómica (BOJA 181, de 20 de septiembre).

Acuerdo de 13 de septiembre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierra María-Los Vélez y su área de influencia socioeconómica (BOJA 181, de 20 de septiembre).

Orden de 10 de octubre de 2016, por la que se aprueba el Plan de Gestión de la Zona Especial de Conservación Doñana Norte y Oeste (ES6150009) (BOJA 200, de 18 de octubre).

Decreto 172/2016, de 8 de noviembre, por el que se declaran las Zonas Especiales de Conservación de la Red Ecológica Europea Natura 2000 Karst en Yesos de Sorbas (ES6110002), Sierra Alhamilla (ES0000045), Desierto de Tabernas (ES0000047), Sierra Pelada y Rivera del Aserrador (ES0000052), Peñas de Aroche (ES6150007), Alto Guadalquivir (ES6160002) y Laguna Grande (ES6160004) y se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural Karst en Yesos de Sorbas, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los Parajes Naturales Sierra Alhamilla y Desierto de Tabernas, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los Parajes Naturales Sierra Pelada y Rivera del Aserrador y Peñas de Aroche y el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los Parajes Naturales Alto Guadalquivir y Laguna Grande (BOJA 245, de 23 de diciembre).

Resolución de 20 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Infraestructuras y Explotación del Agua, por la que se prorrogan los cánones de regulación y tari-

fas de utilización del agua vigentes en las cuencas intracomunitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 245, de 23 de diciembre).

Resolución de 20 de diciembre de 2016, de la Secretaría General de Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se determinan las excepciones a la recuperación de costes de los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua en las Cuencas Intracomunitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el ejercicio 2016 (BOJA 246, de 27 de diciembre).

Resolución de 21 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Gestión del Medio Natural y Espacios Protegidos, por la que se incluye en el Inventario de Humedales de Andalucía la Laguna del Puerto, Zafarraya (Granada) (BOJA 247, de 28 de diciembre).

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME¹

El impulso de la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía

En el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 230, de 21 de octubre, se publica el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La importancia que viene adquiriendo la funcionalización de la contratación pública hacia la satisfacción de otros fines de interés público justifica esta breve reseña del Acuerdo².

I. EL PREÁMBULO DEL ACUERDO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016

En esta ocasión, el preámbulo del Acuerdo no hace glosa y loa de la trayectoria seguida por la Comunidad Autónoma en la materia, a diferencia de lo que suele suceder en otros documentos, actos y disposiciones de la Junta de Andalucía. Y el caso es que existen precedentes de atención a la contratación pública social y ecológica; así, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía; la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas; la *Guía para la contratación pública responsable en Andalucía. Inserción de criterios éticos, sociales y ambientales en la contratación administrativa*, de 2006; la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía; el De-

¹ Esta sección ha sido elaborada por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO.

² Muestra de ello es la Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz, “de posicionamiento sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa”, formulada en la queja 16/1087, dirigida a Ayuntamientos de Andalucía, Diputaciones Provinciales de Andalucía. No es pertinente en este momento analizar ni valorar los términos de la Resolución, pero valga la referencia como indicación del interés que despierta la materia.

creto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados; *Cláusulas sociales: dossier para la contratación pública sostenible*, de 2011; o *Incorporación de cláusulas de igualdad en contratos, subvenciones y convenios públicos*, de 2013.

Desconocemos si existe alguna razón en particular para haber prescindido de la reseña de los precedentes andaluces. En todo caso, la memoria histórica del preámbulo del Acuerdo es corta, ya que considera que “[l]a previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública cláusulas de tipo social y ambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, fue incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico por la derogada ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [...]”. Sin embargo, contamos con otros antecedentes más alejados en el tiempo, tanto en el ámbito específico de la contratación pública como en otros sectores normativos.

Así, pueden citarse en el ámbito estatal, entre otros, el artículo 24.3 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE³; el primer párrafo de la disposición adicional 3ª de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases⁴; o el artículo 26.2 de Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos⁵. También puede citarse, aun teniendo en cuenta su limitado ámbito de aplicación y su caracterización como instrucción u orden de servicio, la Orden MAM/2116/2007, de 10 de julio, sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos del Ministerio de Medio Ambiente y los Organismos Públicos de él dependientes; esta Orden, anterior también a la Ley 30/2007, vino a sustituir a la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1997 que, con imperfecciones técnicas, fijó los criterios de modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que había de regir la contratación en el Ministerio de Medio Ambiente para incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convocasen.

³ “En el concurso, la adjudicación recaerá sobre el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa. Este extremo se determinará de acuerdo con diversos criterios objetivos variables según el contrato en cuestión, tales como [...] calidad ambiental [...]”.

⁴ “Las Administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para favorecer el orden de prioridades indicado en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 1 y promoverán el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros”.

⁵ “Las Administraciones públicas promoverán el uso de materiales reutilizables, reciclables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado que cumplan las especificaciones técnicas requeridas, en el marco de la contratación pública de obras y suministros”.

Aun cuando en el preámbulo del Acuerdo no se menciona nada, interesa reseñar que ha venido precedido a su vez de un acuerdo sobre la materia entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública, los sindicatos UGT y CCOO y la Confederación de Empresarios de Andalucía. Con ocasión de su firma, que tuvo lugar el 10 de octubre de 2016, desde la Junta de Andalucía se ha destacado su “carácter pionero” y la confianza en que “sirva de ejemplo” para el resto de administraciones⁶. Sin embargo, lo cierto es que las iniciativas de este tipo han venido proliferando en otras administraciones públicas –estatal, autonómicas y locales- desde hace ya tiempo, algunas de ellas al más alto nivel, como es el caso de la Ley 3/2016, de 7 de abril, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública.

El Acuerdo que examinamos invoca el artículo 47.2.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía como título competencial que lo ampara; dicho precepto atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de contratos y concesiones administrativas⁷. También menciona el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como “las nuevas Directivas sobre contratación, aprobadas por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014 y publicadas en DOUE el día 28 de marzo”, aunque después, en su parte dispositiva, solo cita expresamente la Directiva 2014/24/UE.

Por último, el preámbulo del Acuerdo intenta poner en valor esta iniciativa del Gobierno andaluz con un párrafo final de grandes frases⁸, algunas vacías de conte-

⁶ <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/gobierno/115491/susana/diaz/destaca/clausulas/sociales/protegeran/derechos/trabajadores/empresas/contratan/administracion>

⁷ Ya el artículo 15.1.2 del Estatuto aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, había contemplado la competencia de la Comunidad sobre desarrollo legislativo y ejecución de contratos y concesiones administrativas, en el marco de la regulación general del Estado. En estos 35 años de andadura autonómica no ha habido ocasión para que el Parlamento apruebe una ley autonómica en la materia, de manera que sólo contamos con una serie de normas dispersas y de diferente rango que disciplinan aspectos variados de la contratación pública.

⁸ “La existencia de una política de compra social y ambientalmente sostenible constituye una base adecuada sobre la que construir un enfoque coherente y coordinado. En este marco, y teniendo en cuenta que este Gobierno entiende que toda actuación del sector público ha de estar encaminada al servicio del bienestar colectivo y a la consecución de los intereses sociales, la Junta de Andalucía hace una fuerte apuesta para que sus actividades de contratación y compra jueguen un papel ejemplar en la protección del medio ambiente, las políticas sociales y el fomento de la innovación, todo ello en un ánimo integrador, en el cual, de una forma eficaz, queden debidamente conciliados los objetivos y principios inherentes a la contratación pública, principalmente los relativos al empleo -calidad y mantenimiento-, los derechos de las personas trabajadoras y la calidad en la prestación de los servicios públicos, con otros, que sin ser ajenos en sentido estricto a este ámbito, se refieren al desarrollo de políticas de sostenibilidad de empleo e inserción social, de medioambiente y de igualdad de género”.

nido⁹ y otras inexactas¹⁰. Quizás por eso se haya prescindido de la mención de los precedentes andaluces, para realzar así el significado del Acuerdo.

II. EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016

El Acuerdo está compuesto por trece apartados, de los cuales seis se dedican específicamente a aspectos concretos de los contratos y uno a los contratos reservados. Se reseñan a continuación todos ellos con la brevedad que requiere las características de esta sección de la Revista.

El primer apartado se refiere al objeto del propio Acuerdo: “la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos que celebre la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales”. Tras precisar los fines que se pretenden¹¹, se señala que las licitaciones de la Junta de Andalucía “incluirán estipulaciones tendentes a lograr objetivos de política social, ética y ambiental, en su versión más amplia¹²” y ello “siempre que dichos aspectos se puedan incorporar al objeto del contrato, sean compatibles con el derecho comunitario¹³, y se indique en el anuncio de licitación y en los pliegos del contrato”. El apartado contiene una enumeración de los objetivos sociales y ambientales, que debe entenderse incorporada a título ejemplificativo: “oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento de los derechos sociales y laborales establecidos en la normativa y en los convenios colectivos, inclusión social, incluidas las personas con discapacidad, igualdad de oportunidades, accesibilidad universal y diseño para todas las personas, consideración de los criterios de sostenibilidad,

⁹ Por ejemplo: “La existencia de una política de compra social y ambientalmente sostenible constituye una base adecuada sobre la que construir un enfoque coherente y coordinado”.

¹⁰ Se alude al fomento de la innovación, cuando lo cierto es que el Acuerdo, inoportunamente a nuestro juicio, solo la potencia de modo indirecto, a través de la denominada contratación ecológica. También se indica que la calidad y el mantenimiento del empleo, así como los derechos de las personas trabajadoras, son objetivos y principios inherentes a la contratación pública, lo que a todas luces es un exceso: una cosa es que sea deseable que la contratación pública contribuya a la calidad y al mantenimiento del empleo, así como que los derechos de los trabajadores deban ser respetados, y otra muy diferente el que estas cuestiones sean “objetivos y principios inherentes” a ella.

¹¹ “[...] contribuir a la promoción y consolidación de un tejido empresarial sostenible, la apuesta por un empleo de calidad, con un fuerte compromiso social y ambiental así como a la consecución de un sistema de contratación pública sostenible, que aúne política social, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza, profundizando en las raíces de un Estado del bienestar que promueva la igualdad de oportunidades, pensando en el propio bienestar de generaciones venideras”.

¹² Llama la atención esta referencia específica a los objetivos de política ética, que mencionados junto a los de política social y ambiental parecen ser algo distinto de estos. Aunque en no pocas ocasiones se alude a los objetivos de política social como objetivos éticos de la contratación, la mención “ética” a continuación de la mención “social” sugiere, como se acaba de decir, un añadido diferente.

¹³ En nuestra opinión, hubiera sido más correcta la referencia al Derecho de la Unión Europea.

incluidas las cuestiones de comercio ético y cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas, respeto al medio ambiente y al ciclo de la vida, estímulo de los mercados de los productos con ventajas ambientales, para reducir los efectos adversos sobre la salud humana, así como para reducir el uso de la energía, las emisiones tóxicas o el agotamiento de los recursos naturales”.

El segundo apartado (“ámbito subjetivo y principios”) reitera que el Acuerdo es aplicable a los “contratos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales públicas” y dispone que “es de aplicación preceptiva para todos sus órganos de contratación”. Sobre este particular, debemos llamar la atención sobre la inexactitud de su título, que se refiere a los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, siendo así que, como resulta obvio, la Administración de la Junta de Andalucía no es la Comunidad Autónoma.

Para facilitar que los órganos de contratación incorporen este tipo de cláusulas a los documentos contractuales, el apartado tercero prevé la aprobación de una guía sobre la materia, como seguidamente veremos. En todo caso, la efectiva aplicación del Acuerdo no requiere, en principio, la aprobación de ninguna norma específica, ya que los objetivos que a título de ejemplo considera su apartado primero son lo suficientemente genéricos como para poder ser alcanzados, en una u otra medida, con la aplicación del marco jurídico vigente. No obstante, el apartado undécimo desvela el propósito de introducir en el Ordenamiento jurídico determinadas exigencias encaminadas a garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos y la subrogación del personal en los cambios de titularidad de las contrataciones, para lo que el Acuerdo sí considera necesaria una previa modificación del Ordenamiento jurídico. Dado que no se concretan cuáles son estas exigencias, no resulta posible valorar *a priori* en qué medida es necesaria o no la reforma normativa que se anuncia.

En todo caso, hay que tener en cuenta que una cosa es que la Administración de la Junta de Andalucía decida obligarse a sí misma mediante un Acuerdo de este tipo, de eficacia interna o doméstica; y otra muy diferente que a través de una norma jurídica se concrete el nivel de compromiso social y ambiental que se asume, de modo que se pueda demandar su cumplimiento y pretender, si llegara el caso, la invalidez de las licitaciones que no se ajusten al mismo.

El apartado primero enumera también una serie de principios para precisar que el Acuerdo debe aplicarse sin menoscabo de los mismos o con respeto a ellos, lo que parece innecesario habida cuenta cuáles son en concreto los que enumera: los de “eficacia y eficiencia que rigen la ejecución del gasto público” y “los principios generales que rigen la contratación pública y, en particular, los de libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, transparencia y proporcionalidad”.

En el tercer apartado, como ya se ha anticipado, se insta a la Consejería con competencia en materia de Hacienda a la aprobación de una guía sobre la materia. Su finalidad es la de “facilitar a los órganos de contratación la incorporación de estas cláusulas en los distintos documentos contractuales” y también la de “establecer cláusulas de obligado cumplimiento para todos los órganos de contratación, así como cláusulas recomendadas que éstos podrán adaptar o modular en cuanto a su redacción conforme a las características de cada contrato”. Se trata de una medida que cuenta ya con precedentes, tanto en Andalucía, como se indicó anteriormente, como en el ámbito de otras administraciones públicas; también viene siendo frecuente que otras organizaciones del tercer sector publiquen guías de este tipo. A la fecha en que se escribe esta reseña no tenemos datos sobre la efectiva aprobación de la guía, aunque sí existe un borrador de octubre de 2016 que ha difundido la Administración de la Junta¹⁴. Del contenido del borrador se desprende que la guía podría aprobarse con naturaleza normativa, pues se distingue entre cláusulas obligatorias y recomendaciones de carácter general¹⁵. No cabe duda de que, si así fuera finalmente, efectivamente se produciría un avance significativo en lo que concierne especialmente a las cláusulas ambientales, pues hasta la fecha se ha dedicado mayor atención a las denominadas cláusulas sociales.

El cuarto apartado, primero de los que se refieren específicamente al contrato, trata de su objeto. La definición del mismo “hará referencia de forma clara al valor social y ambiental de los productos, servicios y obras que se necesite contratar, en razón a sus características concretas en los términos establecidos en la Guía”. Se añade que “cuando la perspectiva de género o los valores sociales y ambientales constituyan una característica destacable del objeto del contrato, se incluirá expresamente en su definición”. Esta última mención es reiterativa respecto de la primera, salvo en lo que concierne a la perspectiva de género.

El quinto apartado recoge los criterios con arreglo a los cuáles deben definirse las prescripciones técnicas cuando el objeto del contrato sea apropiado para ello. Estos criterios son los de índole social, de sostenibilidad y protección ambiental y, también, de accesibilidad universal y de diseño para todas las personas. Los primeros han de tener por finalidad “promocionar intereses generales de la sociedad, relacionados con

¹⁴ <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>

¹⁵ En la p. 22 de la Guía se indica lo siguiente: “En esta guía se incorporan dos tipos de cláusulas, **unas serán de obligatoria inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares** según lo establecido en la norma que apruebe la presente guía y otras son recomendaciones establecidas con carácter general, con el fin de facilitar la toma de decisiones a los órganos de contratación a la hora de incluir las mismas en los correspondientes documentos del expediente de contratación” (la negrilla en el original y la cursiva añadida).

el empleo de calidad, la inclusión social, la promoción de la igualdad de género, la economía social, la integración laboral o, en definitiva, la promoción de valores relacionados con la mejora de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras, y en especial, aquellas en circunstancias más vulnerables”. Los segundos “pueden referirse, entre otros, a niveles de cumplimiento ambiental, uso de productos determinados, procesos de producción, características ambientales de producto”. Respecto a los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todas las personas, el Acuerdo se remite a la definición de los mismos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El sexto apartado, sobre la solvencia técnica, establece que “[l]a exigencia de capacidad técnica social o ambiental se realizará en condiciones de transparencia indicando en el Pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos que se utilizarán para la admisión, así como el nivel de capacidades específicas requeridas”.

El séptimo apartado aborda los criterios de adjudicación precisando que “[s]e introducirán criterios sociales y ambientales entre los criterios de adjudicación, siempre que estén vinculados al objeto del contrato, sean proporcionales al mismo y figuren expresamente determinados en el anuncio y en el pliego, en aplicación de los principios de transparencia e igualdad de trato que deben regir la contratación pública”. A continuación, se aclara que “se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, de acuerdo con lo establecido en los artículos 67 y 68 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo”¹⁶.

El apartado octavo da entrada a los criterios sociales y ambientales como criterios de desempate. Así, “[c]uando varias proposiciones sean las más ventajosas una vez aplicado los criterios que sirvan de base para la adjudicación, se aplicarán preferentemente criterios de desempate que tendrán en cuenta consideraciones sociales y ambientales, que serán indicados en los pliegos”. En nuestra opinión, mejor hubiera sido expresar que se aplicarán preferentemente criterios de desempate que *tengan* en cuenta las consideraciones sociales y ambientales.

¹⁶ Puestos a citar el Derecho derivado de la Unión Europea, se debería haber hecho referencia también al artículo 41 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; y a los artículos 82 y 83 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

El apartado noveno trata de las condiciones especiales de ejecución de carácter social o ambiental, que tienen que ser “adecuadas a la naturaleza de la prestación contratada y se deben referir a obligaciones a cumplir por la persona adjudicataria durante la ejecución del contrato”. Añade, más en clave de “guía” que de “acuerdo”, que “[e]s recomendable atribuir el carácter de obligaciones contractuales esenciales a las condiciones especiales de ejecución de carácter social o ambiental al objeto de considerar su incumplimiento como causa de resolución del contrato, independientemente de que se establezcan penalidades”. Asimismo, precisa que “[l]as condiciones especiales de ejecución de carácter social o ambiental podrán ser compatibles con los criterios de adjudicación de carácter social o ambiental”.

El último de los apartados referidos a los contratos, el décimo, sobre los contratos reservados, anticipa que “mediante Orden de la Consejería con competencia en materia de Hacienda se determinarán las condiciones para garantizar el cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente sobre contratos reservados que deberá ser abordada en el marco del seguimiento y control establecido en la disposición duodécima del presente acuerdo”. Recordemos que el artículo 116 de la Ley 18/2003, ya citada, prescribe la reserva de un porcentaje de la adjudicación de contratos de suministros, consultoría y asistencia y de servicios¹⁷ a centros especiales de empleo y a entidades sin ánimo de lucro inscritas en los correspondientes registros oficiales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, siempre que la actividad de dichos centros y entidades tenga relación directa con el objeto del contrato¹⁸; este porcentaje de reserva debe ser como mínimo del 10 por 100 y como máximo del 20 por 100 del importe total de los contratos de suministros, consultoría y asistencia y de servicios adjudicados en el ejercicio anterior mediante contratos menores o por procedimientos negociados en razón de la cuantía por cada Consejería u Organismo, siempre que existan suficientes ofertas por parte de los centros, entidades y empresas que reúnan las características señaladas en el precepto¹⁹.

El apartado undécimo versa sobre el impulso de cambios normativos e insta a la Consejería competente en materia de Hacienda a iniciar los trámites legales “que posibiliten el introducir en la normativa correspondiente las cláusulas relativas a ga-

¹⁷ Exclusivamente los que se adjudiquen como contrato menor o por procedimiento negociado por razón de la cuantía.

¹⁸ Al efecto, deberán tener en su plantilla al menos un 25 por 100 de trabajadores contratados a tiempo completo con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. También las empresas que en sus centros de trabajo radicados en Andalucía tengan al menos un 25 por 100 de trabajadores contratados a tiempo completo con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 podrán ser adjudicatarias de estos contratos.

¹⁹ Aunque no se considerarán para el cálculo del porcentaje de reserva los contratos de suministros de material fungible sanitario y farmacéutico.

rantizar el cumplimiento del convenio colectivo aplicable, así como la subrogación del personal en los cambios de titularidad en la contrata, con el objetivo de velar por el respeto de las condiciones laborales del personal que desarrolla su actividad en las contrataciones realizadas por la Administración de la Junta de Andalucía y facilitar un marco de competencia leal a las empresas que optan a ser adjudicatarias de las contrataciones”. El Acuerdo le señala a la Consejería un plazo máximo de dos meses y precisa que se llevará a cabo en el marco de la comisión de seguimiento y control a que se refiere el siguiente apartado.

El apartado duodécimo, en efecto, de ocupa del seguimiento y control, instando a la Consejería con competencia en materia de Hacienda para que inicie los trámites para la constitución de una comisión de seguimiento y control de la aplicación de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública, que también debe abordar las modificaciones normativas. Esta comisión, en la que han de participar las organizaciones sindicales más representativas de la comunidad autónoma²⁰ y las organizaciones empresariales, debía constituirse en el plazo máximo de 1 mes. No tenemos noticias de que ello haya sido así.

Finalmente, el apartado decimotercero determina que el Acuerdo surta efectos desde el siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

III. VALORACIÓN

El Acuerdo de 18 de octubre de 2016, como tal y dado que pretende impulsar la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía, sólo puede merecer una valoración muy positiva, y ello tanto desde el punto de vista del valor que entrañan los objetivos sociales y ambientales en sí mismos considerados como desde la perspectiva del uso inteligente de los recursos públicos.

Aunque la utilización del tipo de cláusulas a que se refiere el Acuerdo no puede calificarse en modo alguno como una iniciativa pionera, ni siquiera en el propio nivel de Andalucía, no cabe duda de que puede alcanzar un decisivo impulso tras este Acuerdo. Es de esperar entonces que, por una parte, no se retrase la publicación de la guía aludida; y, por otra parte, que se lleven a cabo las modificaciones normativas anunciadas, de modo que el uso de estas cláusulas, en la medida en que todavía no venga impuesto por el Ordenamiento jurídico, adquiera el carácter de verdadera obligación.

²⁰ “[E]x artículos 6 y 7 de la LOLS” se añade literalmente y entre paréntesis, lo que no parece correcto.

NOTICIAS DE
REVISTAS AUTONÓMICAS



Noticia de Revistas Autonómicas¹

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

COBREROS MENDAZONA, Edorta: «Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, Págs. 67-102.

El prof. Cobrerros Mendazona, notorio experto en Derecho de la Unión Europea (son bien conocidos sus trabajos sobre responsabilidad del Estado por daños derivados del incumplimiento del Derecho comunitario o sobre cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario), trata en este trabajo sobre las consecuencias que deben deducirse, en el plano interno, para los casos de incompatibilidad de la normativa estatal con la del Derecho de la Unión Europea. Y, más en concreto, sobre la eficacia retroactiva de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, así como de los límites temporales de dicha eficacia *ex tunc*.

Para mayor claridad, el prof. Cobrerros Mendazona expone los supuestos, ciertamente singulares, en los que se ha admitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea esta eficacia y las condiciones requeridas para ello. Destaca el autor la interpretación restrictiva del requisito consistente en que el incumplimiento del Estado haya podido ser originado por algún tipo de confianza legítima en que se estaba actuando correctamente (en el ordenamiento estatal, se entiende) o, dicho de otro modo, que se hubiera creado un estado objetivo de incertidumbre jurídica en cuanto al correcto cumplimiento del Derecho de la Unión.

CAICEDO CAMACHO, Natalia: «La utilización del poder subvencional del Estado en el marco de la asistencia social», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, págs. 355-398.

El trabajo trata la materia competencial relativa a la asistencia social, como es conocido, configurada como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, y los problemas iniciales de delimitación con la competencia estatal en materia de Seguridad Social. A tal fin, la autora explica la doctrina constitucional (SSTC 76/86,

¹ * Sección a cargo de Severiano FERNÁNDEZ RAMOS.

146/86 y 239/2002) que traza la línea divisoria entre la competencia autonómica y las prestaciones asistenciales dictadas por el Estado en uso del artículo 149.1.17 CE, y que admite la existencia de una zona o franja común sobre la que pueden actuar ambas instancias públicas. Con todo, esta línea jurisprudencial supuso dotar de un contenido propio y autónomo a la asistencia social, al tiempo que se le despojó del carácter residual que en un primer momento le fue atribuido, aspiración largamente reclamada desde el sector profesional. Seguidamente, el trabajo se centra en la utilización por parte del Estado del poder subvencional para intervenir en la materia de asistencia social, y en la necesidad de conciliar los principios del Estado social, que impelen a todos los poderes a actuar en aras de la consecución de la igualdad material de todas las personas, con los principios relativos a la protección de la autonomía, «de forma que los mandatos sociales se materialicen a través del Estado autonómico y no en perjuicio del Estado autonómico», armonización que se plasmó inicialmente en la importante STC 13/1992, que impuso la exigencia, entre otras, de «territorialización» de las subvenciones en materia de asistencia social y la vinculación directa de las funciones del poder subvencional a las funciones del título competencial sobre el cual versaba la subvención.

Sin embargo, la autora sostiene que la interpretación que en la STC 13/92 se extrae del alcance del poder de gasto del Estado sobre ámbitos en donde el Estado no ostenta ningún título competencial, como es el campo de los servicios sociales, ha quedado modificada de forma sustancial tras los pronunciamientos del Tribunal de los últimos años, con un nueva forma de interpretar la territorialización de las ayudas que faculta al Estado la regulación no ya exclusivamente de los aspectos centrales, sino una regulación completa y exhaustiva de todos los elementos normativos de la subvención, relegando la competencia autonómica al ámbito de la gestión. Y esta regla viene aplicándose a todos los ámbitos materiales, con independencia del título competencial que ostenten tanto el Estado central como las Comunidades autónomas, es decir, con independencia de que la materia objeto de la ayuda sea una competencia compartida o exclusiva.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

TOSCANO GIL, Francisco: «Otra vez los consorcios administrativos: novedades introducidas por la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, Págs. 473.

El prof. Toscano Gil, posiblemente el mayor experto en nuestro país en consorcios administrativos (a su monografía *Los consorcios metropolitanos*, Fundación Democracia y Gobierno Local e IAAP, Madrid, 2011, hay que añadir media docena de artículos en las más variadas revistas de la especialidad), trata la nueva regulación del

consorcio administrativo contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la tercera en tan sólo dos años, tras las Leyes 27/2013 y 15/2014, y respecto a las cuales la LRJSP constituye, según nuestro autor, en cierta medida una refundición, con algún retoque técnico exigido por la experiencia práctica (como la introducción de una excepción a la regla de que el personal del consorcio proceda exclusivamente de las Administraciones participantes).

En todo caso, este carácter continuista de la regulación de la LRJSP, en la línea de las precedentes leyes de 2013 y 2014, se manifiesta, como señala nuestro autor, en la notoria priorización, sobre cualquier otra consideración del régimen jurídico de estas organizaciones públicas, de los aspectos estrictamente económico-financieros del consorcio. La principal consecuencia del modo de proceder del legislador ha sido, como pone de manifiesto el prof. Toscano Gil, que una vez más ha quedado sin resolver el problema del Derecho aplicable al consorcio, pues el nuevo régimen de la adscripción no lo ha venido necesariamente a solventar. Con todo, el autor subraya también las novedades que presenta la LRJSP, tales como clarificar que los consorcios pueden ser creados no sólo por Administraciones públicas territoriales, sino también por las entidades del sector público institucional (salvo en el ámbito local), y, sobre todo, la expresa admisión de la integración en el consorcio de entidades privadas externas al sector público, omitiéndose, además, el requisito tradicional en el régimen local de que tales entidades privadas lo sean sin ánimo de lucro, lo cual unido a la derogación del artículo 87 LRBRL lleva a concluir en la supresión de dicha exigencia. Por último, el prof. Toscano concluye que, en lo que hace a la naturaleza jurídica del consorcio, por un lado, se refuerza su consideración de ente institucional e instrumental, en detrimento de lo asociativo, en línea de continuidad con las reformas anteriores, y, por otro, se clarifica su condición de Administración Pública.

AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto: El régimen de dotación y cobertura de plazas de profesorado universitario tras la legislatura 2011-2015, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, págs. 23-65.

Continuando un trabajo publicado en 2013 con la profesora Alba Nogueira López («Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 157, 2013, pp. 249-278), sobre los problemas jurídicos que suscitaba en aquellos primeros momentos (año 2012), la aplicación de la tasa de reposición básica al profesorado universitario, en este artículo se analiza la evolución experimentada por este nuevo marco de gestión de plazas a lo largo de toda la legislatura 2012-2015.

Para ello, el prof. Amoedo-Souto adopta un planteamiento dialéctico, no lineal o temporal, que contrasta las dos posiciones que alrededor de esta cuestión se han ido sustanciando durante el período 2012-2015. Por un lado, la posición estricta domi-

nante de la Administración General del Estado, que en un primer momento aplica inflexiblemente al ámbito universitario la tasa de reposición prevista por el legislador básico en las leyes anuales de presupuestos —con el refrendo de los tribunales contencioso-administrativos—, pero que va introduciendo distintas acotaciones y especificaciones a partir del año 2013, con frecuencia argumentando tal introducción a partir de las demandas de los sectores afectados. Y por otro lado, la posición de las Universidades públicas, que se ha opuesto a la aplicación estricta de la tasa de reposición básica, tanto por sus efectos perversos como por la necesidad de una interpretación sistemática del régimen de dotación y provisión de plazas de los cuerpos docentes universitarios, que tenga suficientemente presentes sus peculiaridades y exigencias propias.

Se concluye así que a) en materia de profesorado universitario la reforma ha ido más allá de la simple reducción del gasto en personal, bien a través de recortes retributivos, bien a través de la prohibición de plazas de nuevo ingreso, adentrándose claramente en su régimen sustantivo de provisión o cobertura; b) lejos de constituir el punto final de las medidas extraordinarias de control del gasto público de las plazas universitarias, la legislatura ha concluido con su consagración normativa estructural. Así, por mucho que se mantenga el actual ritmo de reposición del 100% y su desdoblamiento por el turno paralelo ahora abierto por el artículo 62.2 LOU, el autor considera que lo más probable es que se mantenga el marco legal que impide la promoción a cuerpo superior sin un nuevo concurso de acceso (fundamentalmente, por la presión de la «antiendogamia»). Si a ello se une el actual escenario de infrafinanciación universitaria endémica, el autor apunta que la época de la convocatoria de plazas permanentes a demanda del acreditado/a nacional ha tocado a su fin. Asimismo, el prof. Amoedo-Souto apunta las previsibles consecuencias inmediatas de este darwinismo académico: conflictos entre los colectivos de profesores interesados en la consolidación y los interesados en la promoción profesional, así como competencia abierta entre acreditados de una misma y otras universidades.

GARCÍA DIÉGUEZ, Cecilio: «La colegiación del personal estatutario sanitario de los Servicios de Salud», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, págs. 185-245.

Se aborda en este trabajo la cuestión de la legitimidad constitucional de la afiliación colegial de los servidores públicos aplicada al personal estatutario sanitario de los Servicios de Salud. Como señala el autor, se trata de una materia sobre la que confluyen varios grupos normativos heterogéneos, que contemplan una misma realidad desde perspectivas diferentes: las normas que establecen las condiciones de obtención de los títulos académicos y profesionales propios del ámbito de las Ciencias de la Salud; las normas reguladoras de las competencias o atribuciones propias de

las profesiones sanitarias (con la reciente modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, efectuada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo); el ordenamiento corporativo o colegial (con la preconstitucional Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y la desafortunada remisión a la legislación funcionarial), y por último, la legislación reguladora de la función pública. Y en cada grupo normativo debe añadirse el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.

Según nuestro autor, aun cuando el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales las dispensas de colegiación contenidas en algunas leyes autonómicas, estos pronunciamientos se han sustentado exclusivamente en motivos competenciales, dejando sin resolver los parámetros sustantivos que legitiman la exigibilidad de tal requisito. Y, desde un análisis crítico del doble control corporativo y burocrático desde su legitimidad constitucional (cuya complementariedad cuestiona), García Diéguez defiende que la colegiación obligatoria de los profesionales sanitarios vinculados a la sanidad pública no supera los parámetros sustantivos de legitimidad impuestos por la doctrina constitucional y por la normativa europea, pues no resulta necesaria ni proporcionada. Y, en todo caso, si el legislador estatal persiste en el empeño de esta exigencia de colegiación, debería hacerlo, como solución de «*lege ferenda*», no desde el ámbito de la legislación colegial, sino desde la reforma del Estatuto Marco, como legislación básica reguladora de la función pública sanitaria.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: «El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II. Enero-Abril 2016. Págs. 199-235.

Aun cuando algunos han señalado han expresado su escepticismo acerca del impacto significativo que pueda alcanzar el uso de los medios electrónicos en la prevención de la corrupción, el prof. Cerrillo i Martínez, profundo conocedor tanto de la Administración electrónica como de la prevención de la corrupción (baste recordar su monografía, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Aranzadi-Thomson-Reuters. Cizur Menor, 2014), considera que el desarrollo tecnológico está ofreciendo nuevos instrumentos para prevenir y luchar contra la corrupción, tanto desde las propias instituciones públicas como desde la ciudadana. En tal sentido, ofrece una panorámica sobre las posibilidades de los medios electrónicos en la reducción de la corrupción.

Así, en relación con la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos, si bien considera que los medios electrónicos pueden evitar los contactos directos entre los responsables de los órganos administrativos y los interesados en un procedimiento administrativo dificultando comportamientos corruptos que se dan con frecuencia cuando existe una estrecha relación como el intercambio de información, el tráfico de influencias o el acceso a información privilegiada, no obstante, el autor apunta que su impacto en la prevención y la lucha contra la corrupción será reducido. En cambio, la difusión y el acceso a la información pública sí permiten reducir las asimetrías informativas que generalmente caracterizan los conflictos de intereses y la corrupción. Con todo, en opinión del prof. Cerrillo, la regulación autonómica de la transparencia activa no aporta mejoras relevantes para incrementar sensiblemente la prevención y la lucha contra la corrupción que se deriva de la legislación básica, pues no garantiza adecuadamente la disponibilidad de toda la información necesaria para prevenir la corrupción particularmente en aquellas áreas que presentan mayores riesgos. También trata el trabajo las virtualidades de la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, mediante el uso de los medios electrónicos en la alerta, información o denuncia de casos de corrupción, si bien el autor señala la necesidad de una regulación que proteja al denunciante o informante ante posibles represalias (preocupación que afronta alguna ley autonómica reciente, como la Ley de Castilla y León 2/2016, de 11 de noviembre). Además, en relación con la colaboración ciudadana, el prof. Cerrillo explica las posibilidades que ofrece la apertura de datos y su reutilización para contribuir a la transparencia pública así como a la detección de casos de corrupción.

Con todo, nuestro autor entiende que para avanzar en el uso de los medios electrónicos en la prevención y la lucha contra la corrupción sería útil diseñar una estrategia global que vincule los medios electrónicos a la lucha contra la corrupción en sus diferentes manifestaciones, y que incluya los mecanismos adecuados para garantizar su implementación y seguimiento a través de la creación de órganos o entidades responsables del impulso y garantía de la integridad en las administraciones públicas. Y en tal sentido pueden citarse algunas leyes autonómicas muy recientes (como la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana).

MEDINA ARNÁIZ, Teresa: «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II. Enero-Abril 2016. Págs. 77-113.

Como es notorio, la contratación pública es uno de los sectores más expuestos al riesgo de corrupción, debido básicamente al ingente volumen de recursos que consu-

me la contratación pública, con los consiguientes sobrecostes para el erario público y el enorme daño de estas prácticas a la competencia. En la línea de trabajos anteriores dedicados al fenómeno de la corrupción y al conflicto de intereses en este ámbito, la profesora Medina Arnáiz centra el objeto de este estudio en las medidas adoptadas en las nuevas Directivas de Contratación pública de la Unión Europea para prevenir la corrupción, reduciendo el riesgo de favoritismo y corrupción en las adquisiciones públicas. Aborda tanto medidas generales, que en el marco de los principios básicos de la contratación pública, favorecen la concurrencia y el control en la adjudicación, como medidas específicas a prevenir la corrupción, como los incentivos a la probidad de los sujetos involucrados en los procedimientos de contratación pública, la garantía de imparcialidad a través del control de los conflictos de intereses, y la exclusión de participación en procedimientos de contratación pública a aquellos licitadores que cometan actos de corrupción (con atención a las novedades incorporadas al TRLCSP por la Disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

En concreto, la autora plantea la necesidad de corregir las lagunas del marco normativo respecto de las prohibiciones de contratar vinculadas a una condena penal por actos de corrupción, así como de prever por parte de la normativa contractual que se pueda suspender e incluso anular un procedimiento de adjudicación si se llega a comprobar que ha habido errores sustanciales, irregularidades o fraude; y que —en el supuesto que dichos errores, irregularidades o fraude sean imputables al contratista— el órgano de contratación pueda denegar el pago, recuperar los importes ya pagados o rescindir todos los contratos concluidos con dicho contratista.

RIVERO ORTEGA, Ricardo y FERNÁNDEZ NIETO, Amador: «La Administración sin papel: registro, expediente, archivo electrónico ¿estamos preparados?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, págs. 453-471.

Los autores de este artículo analizan algunas de las herramientas claves para la Administración electrónica en las Leyes 39/2015 y 40/2015, en concreto aquellas más directamente vinculadas a la gestión documental, como son el registro, el expediente y el archivo electrónicos, y que son esenciales para alcanzar el objeto fundamental de las leyes citadas: la Administración sin papel. Respecto al registro administrativo, los autores destacan que es una herramienta necesitada de más profundo tratamiento, diferenciando su consideración y diseño como «puerta de entrada formal» a la Administración, para activar procedimientos o trasladar comunicaciones dejando constancia, de su empleo como registro-archivo, base de datos empleada con finalidades informativas, de gestión o de control. Así, junto a la primera versión del registro, la Ley 39/2015 regula dos modalidades del segundo tipo, como son el registro electrónico de apoderamientos y el registro de los funcionarios habilitados para la realización de co-

pías auténticas. En cuanto al expediente electrónico, del cual el prof. Rivero Ortega es un gran conocedor (basta recordar su célebre monografía, *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2009), ponen de manifiesto los autores que la definición legal contenida ahora en la Ley 39/2015, y procedente del ROF, al referirse de modo indistinto a documentos y diligencias, mezcla las dos vertientes posibles del concepto clásico de expediente (la documental y la de secuencia de trámites) sin atinar a diferenciarlas, cuando lo correcto debía ser reservar la noción exclusivamente al conjunto de documentos. Pero, sobre todo, nuestros autores resaltan que el concepto restringido de expediente del artículo 70 pretende excluir del mismo información relevante y necesaria a menudo para comprender las decisiones adoptadas, un concepto excesivamente formal y vinculado a la secuencia de trámites necesarios, pero insuficiente para aprovechar las verdaderas oportunidades de la gestión administrativa de la información en la sociedad del conocimiento. Y, en relación con los archivos electrónicos, cuya recepción en las Leyes 39 y 40, a pesar de cierta duplicidad, celebran los autores, al superarse el olvido de esta institución por las leyes precedentes, ofrece, sobre todo, la oportunidad de regular el deber de conservación documental, clave de la realización de varios derechos, así como del buen proceder y la eficacia de la Administración, más allá por tanto de tradicional configuración como instituciones culturales, como tumba de documentos.

Una vez tratados los principales rasgos de estas instituciones, los autores valoran por un lado las oportunidades: todas las propias de la puesta al día de los procedimientos telemáticos y la organización de los flujos informativos: trazabilidad de los expedientes, identificación de los funcionarios que han realizado cada acción, cumplimiento de lo establecido en la Ley de Transparencia, mayor eficiencia en la tramitación, una administración más cercana (24 horas, 7 días, desde cualquier parte del mundo). Pero también, por otro lado, señalan los riesgos: protección de datos de carácter personal, la vulnerabilidad de los soportes, ya que los repositorios o archivos electrónicos pueden ser atacados desde cualquier parte del mundo, la obsolescencia tecnológica, la obligación de manejo de nuevas herramientas por parte de los ciudadanos, etc.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A.: «El «nuevo» régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, Págs. 247-273.

El prof. Santamaría Pastor examina en este trabajo las ocho modificaciones introducidas en el régimen de la revisión de oficio y de los actos administrativos por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, analizando las que merecen una valoración positiva o negativa. Entre las primeras, el autor trata la disposición que establece expresamente que la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, o el cambio del plazo de la

suspensión automática en vía de recurso que pasa de 30 días a un mes, y la apertura del plazo de recurso contra actos presuntos, de acuerdo con la doctrina constitucional, si bien lamenta que el legislador no aprovechara una disposición adicional para modificar, en el mismo sentido, el segundo inciso del artículo 46.1 de la LJCA, en el que continúa figurando una limitación similar para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos.

Por su parte, entre las modificaciones que califica de desafortunadas, el prof. sitúa la ampliación del plazo máximo de resolución del procedimiento de revisión de oficio *sensu stricto* (de actos y disposiciones nulas) que pasa de tres a seis meses; tampoco considera feliz, en relación con las revocaciones de actos desfavorables, la sustitución de la previsión de que la revocación de los actos de gravamen o desfavorables puede realizarse «en cualquier momento», si bien con el límite de que tal revocación puede efectuarse «mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción». Asimismo, el autor formula algunas críticas al novedoso régimen de inadmisión de los recursos, sobre todo a la causa referida a la carencia manifiesta de fundamento, por tratarse siempre y por naturaleza de un motivo de desestimación, de fondo. También merecen censura las restricciones a la alegación y prueba en fase de recurso, «sin tener en cuenta que, normalmente, la necesidad de prueba no se da tanto durante la tramitación del procedimiento originario como en la fase de recurso, que es cuando la Administración ya ha fijado los hechos en la resolución que pone fin a aquél».

Finalmente, el prof. Santamaría Pastor examina también los aspectos de ambas instituciones que no han sido reformados, pese a su necesidad, sugiriendo unas directrices para la reforma en profundidad de ambas. Así, en relación con el sistema de recursos, propone un nuevo sistema de recursos basado en una estructura de comisiones administrativas independientes, pues el autor considera que los intentos de utilización del arbitraje que han fracasado sistemáticamente entre nosotros, porque las Administraciones no se dejan juzgar más que «por sus pares». Y en cuanto a la reconsideración de la revisión de oficio, el autor entiende que no tiene sentido alguno, y es una contradicción lógica, la posibilidad de una revisión de oficio a instancia de interesado. «Esta facultad, que se deslizó de modo imperceptible en la Ley de Procedimiento de 1958, no fue, en su origen más que un tributo al tópico medieval de la imprescriptibilidad de la acción impugnatoria de los actos nulos de pleno derecho».

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

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.).

ORDOKI GUARCH, Ignacio: «La necesaria reforma de la Ley Foral de Turismo de Navarra a la luz de la Directiva de Servicios», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, Págs.

Partiendo de la creciente importancia económica y social del sector turístico tanto en el conjunto del Estado español, como particularmente en la comunidad foral de Navarra, así como de la consideración del turismo como una realidad poliédrica cuya regulación debe ir más allá de su consideración de mera actividad económica, el autor se centra en los retos que supone la necesaria actualización del marco jurídico regulador del Turismo en Navarra para su plena adaptación a la Directiva de Servicios 2006/123/CE, pues la transposición efectuada por la Ley Foral 6/2010 fue parcial e incompleta, limitándose a introducir la figura de la declaración responsable, como único requisito de inicio de la actividad e inscripción registral, de tal modo que debe aún profundizarse en la adaptación de las líneas de actuación que marca la Directiva.

Así, el autor trata cómo el cambio de modelo en el ejercicio de actividades turísticas, con el paso de la autorización administrativa previa a la declaración responsable, exige también la necesaria regulación detallada del inicio de la actividad turística y de la inscripción en el Registro de Turismo de Navarra, así como la implantación de mecanismos eficaces de supervisión posterior. Asimismo, el autor defiende la oportunidad de recuperar la autorización previa en el caso de determinadas actividades turísticas que afecten notoriamente al interés general. Pero también aborda el trabajo otras cuestiones relevantes para dar oportuna respuesta a los nuevos retos y realidades del sector turístico, como la información y formación de los operadores turísticos, la apuesta estratégica por la calidad, el turismo sostenible y el enfoque hacia el usuario de los servicios turísticos, la Administración electrónica, así como la cooperación y coordinación entre administraciones públicas.

7) § Varia.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel: «La Administración Electoral: la Junta Electoral Central. Su sujeción al Derecho Administrativo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105. Mayo-Agosto 2016, págs. 275-313.

El prof. Trayter Jiménez reflexiona en este trabajo sobre la Junta Electoral Central, órgano superior de la Administración Electoral en España, de la que él mismo formó parte durante años, y lo hace desde la perspectiva del Derecho Administrativo, centrándose en dos cuestiones: su naturaleza jurídica en el sistema administrativo y la

aplicación supletoria de la legislación de procedimiento administrativo en su funcionamiento y alcance de la misma.

Respecto a la naturaleza jurídica de la Junta Electoral Central (JEC) y su situación en el esquema de separación de poderes, una vez descartada que, a pesar de su composición mayoritaria por magistrados, forme parte del Poder Judicial, pues por encima de todos los aspectos, la JEC dicta actos administrativos (ejecutivos y controlables por los tribunales), el autor la caracteriza como una Administración Pública, integrada en el poder ejecutivo, eso sí una Administración atípica, *ad hoc*, especializada y con funciones de garantía, que sin embargo no se integra en la categoría de Administración independiente, precisamente por su mayor grado de independencia del poder ejecutivo, garantizando la transparencia y objetividad del proceso electoral, así como el principio de igualdad. Se trata, así, de una Administración de naturaleza especial, no incardinable en ninguna otra tipología. Por ello, no puede incluirse en el ámbito subjetivo de lo que es el sector público en las leyes 39 y 40 de 2015, que no se refieren a ella, y cuya aplicación es por la remisión que realiza la propia LOREG. Con todo, el autor entiende que habría sido oportuno una referencia expresa en ambas leyes a la Administración electoral, para especificar, a renglón seguido, que se trata de una Administración que funciona con total independencia, a la que se le aplican ciertos aspectos de las leyes administrativas, en garantía de la pureza del proceso electoral. Además, el prof. Trayter, con buen criterio a mi juicio, cuestiona el criterio del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de excluir a la JEC del ámbito de aplicación de la Ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno.

Respecto a la aplicación supletoria de la legislación de procedimiento administrativo en su funcionamiento, el autor formula un análisis singularizado de diversas cuestiones (legitimación activa, audiencia, revisión de oficio, potestad sancionadora, reglas para la correcta formación de la voluntad de la JEC, ejecutividad y ejecución forzosa de los acuerdos de la JEC. Especial consideración otorga a la supuesta potestad normativa de la JEC, mediante el alcance y límites a los que está sometida la JEC a la hora de dictar instrucciones dirigidas a unificar criterios de la Administración electoral. Con todo, a juicio del autor, es necesario que la reforma de la Ley electoral regule con atención esta tema, pues debe ser el legislador orgánico el que establezca las principales reglas y ponga límites claros a la potestad normativa *ad extra* de la JEC, si es que se considera que la deba tener.

RECENSIONES

Desafíos del derecho de aguas. Variables jurídicas económicas ambientales y de derecho comparado. Teresa Navarro Caballero (directora). Revista Aranzadi de Derecho Ambiental Pamplona 2016.

Este libro es una suma de distintas contribuciones de Derecho de aguas, hechas por especialistas en la materia.

Se prologa por el profesor Fernando López Ramón, catedrático de la Universidad de Zaragoza, destacando que los días 5 y 6 de noviembre de 2015 se celebró en Murcia el Congreso “desafíos del derecho de aguas”, un encuentro científico en el que reconocidos expertos analizaron los retos que la gestión integral de los recursos hídricos plantea en la actualidad desde la triple perspectiva jurídica y económica y ambiental.

La obra se abre con una contribución de la propia profesora Navarro Caballero titulada la evolución del régimen jurídico del contrato de cesión y de los bancos de agua en España, trabajo que ha sido financiado por la Fundación Séneca agencia de Ciencia y la Tecnología. En este capítulo primero se estudian las distintas reformas del contrato de cesión, así como el largo y lento camino de su puesta en práctica. La autora se pregunta si los bancos del agua son instrumentos de gobernanza malogrados, planteando la necesidad de explorar sus bondades y de corregir sus defectos, realizando algunas propuestas de mejora y la conveniencia de proteger a los accidentes más débiles acusando una falta de regulación de la oferta de cesión y la necesidad de prever el destino ambiental de los recursos adquiridos. Asimismo se estudia el papel que los mercados del agua están llamados a desarrollar como instrumento de gobernanza a nivel nacional.

El capítulo segundo se ha escrito por el profesor Antonio Embid Irujo catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza y conocido experto en materia de aguas, realizando un trabajo que se enmarca dentro de las actividades del grupo de investigación Agudema. El objeto es el estado de la planificación hidrológica en España y su proceso de revisión, estudiando la planificación hidrológica como consolidación del modelo iniciado con la Ley de Aguas de 1985, así como los cambios sociales y económicos y ambientales y políticos en relación a la situación presidida por la Ley de Aguas de 1985.

En el capítulo III se recoge la contribución de Ángel Menéndez Rexach catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid. Su objeto es el derecho de aguas ante las situaciones hidrológicas extremas incidiendo en las inundaciones y las sequías.

Seguidamente sucede un estudio sobre la situación actual de las aguas subterráneas en España, que elabora la catedrática Silvia del Saz Cordero con un análisis de la jurisprudencia de los últimos años, informando del estado actual de la cuestión.

A continuación Joaquín Melgarejo Moreno, profesor de la Universidad de Alicante, junto con Inmaculada López Ortiz también profesora de esta universidad estudia la economía del ciclo urbano del agua en España incidiendo en aspectos económicos y generales sobre la evolución anual del consumo doméstico, la variación de la factura mensual del agua, el precio del agua etcétera.

Como puede apreciarse esta reseña no tiene otra finalidad que informar de los contenidos principales de este libro a efectos de que no pase desapercibido por la doctrina y los interesados.

En el Capítulo VI José Cotino catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Murcia estudia el agua y la eficiencia en el sector agrario de la Región de Murcia con un enfoque especial de los aspectos evolutivos y características del sector agrario.

Continúa la obra con el estudio de Andrés Molina, profesor de la Universidad de Alicante, abordando la protección jurídica del estado químico de las masas de agua subterránea, incidiendo en los pesticidas y los nitratos.

Por su parte Ana Pallarés Serrano, profesora contratada doctora de derecho administrativo de la Universidad de Tarragona incide en la prevalencia de los valores ambientales y en la interrelación entre los planes hidrológicos de cuenca y los instrumentos de protección de los espacios naturales exponiendo cómo la planificación hidrológica se ve condicionada por los Planes de Ordenación de Recursos Naturales. Beatriz Setuain Mendía en el capítulo noveno se dedica a exponer el tratamiento normativo y jurisprudencial de la recuperación de costes en el ámbito hidráulico. El siguiente contenido del libro es el relativo a los distintos modelos de gestión del ciclo integral del agua de uso urbano conforme al estudio realizado por el abogado Guillermo González de Olano. Distintos profesores de la Universidad de Granada nos informan del riesgo de inundación y los instrumentos normativos de planificación sectorial y ambiental; seguidamente se aborda el asunto de los informes emitidos por las Confederaciones Hidrográficas en caso de aprobación o modificación o revisión de instrumentos de planificación territorial y urbanística, por Roberto Bustillo Bolado actualmente profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Vigo. Isabel Caro-Patón estudia los caudales ecológicos y la planificación en el capítulo 13; el capítulo 14 se ocupa de las tarifas y peajes por el uso de las infraestructuras hidráulicas del Acueducto Tajo-Segura y del postrasvase. El capítulo 15 estudia la problemática ambiental de la desalación, el 16 la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el informe vinculante de la administración hidrológica acerca de la suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos para las actuaciones urbanísticas. El 17 el agua y el desarrollo urbano, el 18 la responsabilidad de las empresas para garantizar el derecho al agua potable y al saneamiento; el 19 tiene como título “un nuevo instrumento para cumplir

adecuadamente con los objetivos ambientales de la directiva marco de aguas”, el 20 es un estudio económico comparativo del canon de saneamiento en España, el 21 alude a las comunidades de regantes en la cuenca del Segura; el 22 vuelve de nuevo al tema de la desalación y el 23 retoma el asunto de la agricultura pero por referencia al uso del agua depurada y desalada; el 24 se enfrenta con la influencia del cambio climático en el excedente de escorrentía de la cuenca del Segura; el 25 se refiere a la legislación del agua en México y su proyecto de reforma de 2015. El 26 tiene como título política institucional para los acueductos rurales en Colombia, terminando la obra con alusiones al derecho comparado.

Esta monografía es parte la revista *Aranzadi de Derecho Ambiental* que fue dirigida en su tiempo por el profesor Ramón Martín Mateo catedrático de la Universidad de Alicante.

En definitiva estamos ante una recopilación de distintos estudios en materia de aguas desde un punto de vista técnico. La propia labor de selección de las concretas temáticas comentadas requiere o presupone un gran dominio de la materia.

Es destacable el mérito que tiene poder juntar distintos especialistas y conocer cuáles son los temas más sensibles del derecho de aguas en la actualidad. Y es que la profesora Teresa Navarro Caballero está desarrollando una gran labor desde la Universidad de Murcia en el desarrollo de las perspectivas jurídicas en materia de aguas gracias también al patrocinio de distintas instituciones de las que se deja constancia en la presentación del libro realizado por la profesora mencionada.

Santiago González-Varas Ibáñez

El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0, Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015, 194 págs.

Título de la Monografía: El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0, Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015, 194 páginas. ISBN 978-1-911033-02-8. ISBN ebook: 978-1-911033-09-7.

Autor de la Monografía: Dr. D. José Antonio Moreno Molina, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM); Director del Máster en Derecho de la Contratación Pública de la UCLM y Director de la Revista de Contratación Administrativa de la Editorial Wolters Kluwer-La Ley.

Autor de la Recensión: Dr. D. Jaime Pintos Santiago. Doctor en Derecho, Jurista y funcionario de carrera.

Cuando uno se plantea realizar una recensión crítica tiene que pensar muy bien no sólo el autor escogido, sino también la obra a elegir dentro de las diferentes de un mismo autor, por ejemplo. Por ello, en estos casos, nunca se sabe si empezar por el autor o por su obra, si bien después de mucho reflexionar es absurdo en el caso concreto que me ocupa, porque la obra hace al autor y el autor a la obra.

En el momento que recibí este extraordinario vademécum (así califico esta obra) del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea, acompañado de la dedicatoria personal del Profesor MORENO MOLINA decidí que era un volumen lo suficientemente importante como para ser objeto de recensión, ya que aportaba en un solo texto el origen, fundamentos y claves, anteriores y actuales, del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea, en un momento tan crucial para la Unión Europea, en una materia que supone un estímulo económico, social y medioambiental para una Unión Europea que no está precisamente en el mejor de sus momentos, históricamente hablando. A esa decisión también ayudó obviamente mi perfil europeísta, que me hacían ver todavía si cabe más la importancia de esta nueva obra del Profesor, referencia nacional e internacional en la materia.

Lo primero que debería destacar es la propia editorial que publica el libro y su localización, Oxford y precisamente la apuesta que esta editorial hace por temas y cuestiones relacionados con el Derecho de la Unión Europea y que pone de relieve también la importante contraposición que se produjo recientemente en el Reino Unido ante el fenómeno conocido como “Brexit” (“British exit from the EU”), que dio lugar a un ajustado porcentaje a favor de la salida de este Estado miembro de la Unión, en el referéndum celebrado para la ocasión, precisamente en el año en que se cumple el treinta aniversario del ingreso de España en la Unión Europea.

Con ocasión de ese treinta aniversario es si cabe más destacada la oportunidad y apuesta que el libro hace por la Unión Europea, por la fortaleza y utilidad de esta organización, recabando un completo estudio sobre el Derecho de la contratación pública en el seno de esta importantísima organización supranacional que es la Unión.

Es el autor un destacado europeísta, como lo era también el gran administrativo al que el libro va dedicado: el Catedrático de Derecho administrativo y Magistrado del Tribunal Constitucional D. Luis Ortega Álvarez, promotor y primer Director del Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Castilla-La Mancha, Instituto de Investigación que hoy lleva su nombre.

El libro consta de once capítulos y bibliografía, en la que se recoge una importante y variada lista de autores. Los mencionados capítulos son:

CAPÍTULO 1. Las Directivas sustantivas y procesales de la Unión Europea sobre contratación pública

CAPÍTULO 2. Objetivos de la política, normativa y actuación de la Unión Europea en materia de contratos públicos

CAPÍTULO 3. Los principios generales de la contratación pública como imprescindible elemento unificador hoy del derecho público de los contratos. Su reconocimiento en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

CAPÍTULO 4. Los principios de Derecho originario europeo aplicables a la contratación administrativa

CAPÍTULO 5. Las primeras Directivas sobre la materia y el incumplimiento generalizado de sus disposiciones

CAPÍTULO 6. La “segunda generación” de Directivas y su mayor unificación procedimental

CAPÍTULO 7. La tercera generación de Directivas sobre contratos y su fracaso en la implantación de medios electrónicos

CAPÍTULO 8. Las Directivas de recursos y su reforma de 2007

CAPÍTULO 9. La Cuarta generación de directivas y su efecto directo: las Directivas relativas a la contratación pública, los contratos en los sectores especiales y la adjudicación de contratos de concesión

CAPÍTULO 10. La influencia del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE

CAPÍTULO 11. La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos

Como he dicho con anterioridad, el libro constituye un vademécum del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea: 1. Analizando desde su formación la política, la normativa y las decisiones que al respecto de esta materia se han ido tomando en la Unión; 2. Estudiando y mostrando la preocupación del Derecho originario, es decir desde un inicio, por la importante materia económica que supone la contratación pública; 3. Mostrando la nuclear importancia que en esta materia tienen los principios generales del Derecho; 4. Estudiando y repasando todas las generaciones de Directivas que hasta la fecha tenemos, mostrando de este modo su evolución en materias tan importantes como los recursos; 5. Destapando la importancia que el Derecho global de la contratación pública (del que es el mejor ejemplo el propio Derecho de la Unión Europea) tiene en el propio seno del Derecho de la Unión, debido a la gran influencia y condicionamiento que provoca el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio; 6. Llevándonos finalmente a un estudio en profundidad de la cuarta y actual generación de Directivas de la Unión Europea

en materia de contratación pública, destacando por encima del resto el estudio de la conocida como Directiva clásica y el análisis pormenorizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la materia que nos ocupa, alcanzando de este modo una gran y variada casuística.

El breve y sintetizado repaso que acabo de realizar sobre el contenido del libro pretende poner de manifiesto lo destacado del mismo como conjunto, como vademécum que es de la materia, pero también y a la par como herramienta que constituye no sólo para la comprensión de esta materia a través del estudio de su origen, motivación y evolución, sino como elemento y herramienta de trabajo práctica, tanto para el conocimiento de la actual generación de Directivas, todavía pendientes de transponer y afectadas en gran parte por el principio de efecto directo estudiado en el Capítulo 9 de la obra, como para la resolución de una gran cantidad de casos a través de un importante elenco de pronunciamientos judiciales del TJUE que servirán al lector y al gestor para dar solución a una gran cantidad de problemas diarios.

Hasta el punto que este último capítulo del libro, el 11, se presenta dividido en dieciocho epígrafes diferentes que aúnan la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Unión en función de la casuística afecta, a saber y a modo de ejemplo: modificados, precio y oferta económica más ventajosa, procedimiento negociado y negociación; contratos públicos vs. Encomiendas de gestión; doctrina “*in house*”; criterios de adjudicación; principios generales; exclusión de ofertas, etc.

Antes de finalizar quiero destacar del libro algo que va más allá del contenido propiamente dicho. Quiero destacar el mensaje o mensajes que del mismo trascienden:

1. Obvio el de la importancia económica, social y medioambiental que la contratación pública posee como elemento y herramienta administrativa y pública de crecimiento económico y social sostenible.

2. Que a pesar de las fallas que también puedan caracterizar al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, es innegable la contribución de este ordenamiento al progreso de los pueblos que la forman y a la solución de los problemas políticos, económicos y sociales de los Estados miembros.

3. Que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es una institución que ha jugado un papel decisivo y de un valor incalculable en el desarrollo del ordenamiento jurídico de la contratación pública en la Unión Europea y, por consiguiente, de los ordenamientos jurídicos en la materia de los distintos Estados miembros, que se debe en buena parte a los principios instaurados por el Tribunal a lo largo de su ya dilatada práctica judicial.

Por último, no puedo pues sino recomendar la lectura de esta obra, por todo lo

anteriormente comentado y por la claridad expositiva con la que siempre nos ilustra el autor, reconocido ampliamente ya como uno de los más importantes y destacados administrativistas contemporáneos en el ramo de la contratación pública.

Jaime Pintos Santiago

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre derecho autonómico septiembre – diciembre 2016

- AA.VV.: *Nuevo régimen urbanístico de la Comunidad Valenciana. Ley 5/2014, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje* (Coord. Jorge Hervás Más), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. ISBN: 978-84-9119-747-8.
- AA.VV.: *Manual de Derecho parlamentario autonómico* (Coords. Salvador Iglesias Machado y Raquel Marañón Gómez), Ed. Dykinson, Madrid, 2016. ISBN: 97884-9085-961-2.
- AA.VV.: *La organización territorial del Estado, hoy* (Coords. José Tudela Aranda y Carlos Garrido López), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. ISBN: 978-84-9119-502-3.
- AA.VV.: *El parlamento y el defensor del pueblo* (Coord. Francesc Pau i Vall), Ed. Tecnos, Madrid, 2016. ISBN: 978-84-309-6941-8.
- FERNÁNDEZ ALLES, J. J.: *El sistema institucional de Andalucía*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. ISBN: 978-84-9119-891-8.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, quinta edición, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2016. ISBN: 978-84-1632-437-8.
- FORCADELL ESTELLER, X.: *L'organització territorial i el règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. ISBN: 978-84-9119-938-0.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La revisión del sistema de Autonomías Territoriales: reforma de Estatutos leyes de transferencia y delegación federalismo*, Ed. Thomson Reuters – Civitas, Pamplona, 2016. ISBN: 978-84-9135-978-4.
- LA PERGOLA, A.: *Vestigios «contractualistas» y estructura federal en la Constitución de los Estados Unidos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016. ISBN: 978-84-3096-709-4.
- PARRA GÓMEZ, D.: *La iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas*, Ed. Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2016. ISBN: 978-84-9420-149-3.

Javier E. Quesada Lumbreras
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

reALA Nueva Época

nº 5

enero-junio 2016

REVISTA SEMESTRAL
ISSN: 1989-8971

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

INAP
INSTITUTO
NACIONAL
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA

reALA

Nueva Época

nº 5 enero-junio 2016

REVISTA SEMESTRAL

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La revista de *Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH), el IN-RECS tanto con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales como con las de Ciencias Jurídicas – Derecho Administrativo– y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, DICE, DIALNET y CSIC.

Director del INAP: Manuel Arenilla Sáez
catedrático de Ciencia Política y de la Administración
(Universidad Rey Juan Carlos)

Director de la Revista: Santiago Muñoz Machado
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Secretario de Redacción: Juan Antonio Carrillo Donaire
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Loyola Andalucía)

COORDINACIÓN:

Departamento de Publicaciones, Estudios y Documentación del INAP

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN: Atocha, 106, 28012 Madrid

Tel.: 91-273-92-11

e-mail: reala@inap.es

Catálogo general de publicaciones oficiales: <http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

EDITA

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ISSN: 1989-8975

NIPD.: 635-15-003-8

Depósito legal: M-1582-1958

Sumario

| | |
|---|---|
| I. ESTUDIOS | <p>LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES DE DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DESDE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA Y LA LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Agustín Gil Franco</p> <p>EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y PLATAFORMAS VIRTUALES Ana María De la Encarnación</p> <p>RED FERROVIARIA Y TRANSPORTES FERROVIARIOS. SU CARÁCTER SISTÉMICO Y LA NECESARIA COORDINACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES TERRITORIALES José Antonio Magdalena Anda</p> <p>LA RPT COMO UN INSTRUMENTO DE ORGANIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES Francisco Jesús Ferreiro Seoane</p> <p>LAS ENTIDADES LOCALES Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA AGENDA 2030 Rafael García Maties</p> <p>LA POBLACIÓN MÍNIMA DE LOS NUEVOS MUNICIPIOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Miquel Pons-Portella</p> |
| II. EXPERIENCIAS Y CASOS | <p>VETOS Y RESISTENCIAS EN EL FRACASO DE LA REFORMA DE LA PLANTA LOCAL EN ESPAÑA Enrique Martínez de la Casa Rodríguez</p> <p>GOBERNANZA LOCAL Y POLÍTICAS PATRIMONIALES: EL CASO DE ORIHUELA Enrique Conejero Paz M.ª Jesús Poveda Rodríguez</p> |
| III. BIBLIOGRAFÍA | <p>LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO; VIGNOLO CUEVA, ORLANDO (COORD.): El dominio público en Europa y en América Latina. Josep Ramon Fuentes i Gasó</p> |
| IV. AUTORES | |
| V. CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN Y PUBLICACIÓN DE ORIGINALES | |

IIAAAP