

ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 98

mayo-agosto 2017

Revista cuatrimestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia Comunidad Autónoma u otras Administraciones Públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de Revista científica, universitaria, libre y pluralista.



UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente)*
Becerra Bermejo, María Concepción. *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública. Junta de Andalucía.*
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*
Carretero Guerra, Rafael. *Director General de Planificación y Evaluación. Junta de Andalucía.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
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.*
Horgué Baena, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla*
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.*
Vallés Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*

Director:

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

Secretario:

MARIA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*

Consejo de Redacción:

Arana García, Estanislao. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Barrero Rodríguez, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Carbonell Porras, Eloisa. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén.*
Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Catedrático (acreditado) de Derecho Administrativo. Universidad Loyola Andalucía.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*
González Rios, Isabel. *Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
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.*
Pérez Gálvez, Juan Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería.*
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.*

Consejo Científico.

Alenza García, José Francisco. *Universidad de Navarra*
Amado Gomes, Carla. *Universidad de Lisboa*
Cano Campos, Tomas. *Universidad Complutense de Madrid*
Casado Casado, Lucia. *Universidad Rovira Virgili*
Civitarese Matteucci, Stefano. *Universidad "G. d'Annunzio" Chieti - Pescara*
Domenech Pascual, Gabriel. *Universidad de Valencia*
Fernández Torres, Juan Ramón. *Universidad Complutense de Madrid*
Galán Galán, Alfredo. *Universidad de Barcelona*
Gómez Puente, Marcos. *Universidad de Cantabria*
Hernández González Francisco Lorenzo. *Universidad de La Laguna*
López Ramón, Femando. *Universidad de Zaragoza*
Lozano Cutanda, Blanca. *Universidad Nacional de Educación a Distancia.*
Mir Puigpelat, Oriol. *Universidad de Barcelona*
Montoya Martín, Encarnación. *Universidad de Sevilla*
Nogueira López, Alba. *Universidad de Santiago de Compostela.*
Parejo Alfonso, Luciano. *Universidad Carlos III.*
Piñar Mañas, José Luis. *Universidad San Pablo –CEU de Madrid.*
Rodríguez Arana, Jaime. *Universidad de la Coruña.*
Santamaría Pastor, Alfonso. *Universidad Complutense de Madrid*
Sanz Rubiales, Iñigo. *Universidad de Valladolid.*
Soro Mateo, Blanca. *Universidad de Murcia.*
Tavares da Silva, Suzana. *Universidad de Coimbra.*
Tolivar Alas, Leopoldo. *Universidad de Oviedo.*
Valcárcel Fernández, Patricia. *Universidad de Vigo.*
Valencia Martín, Germán. *Universidad de Alicante.*

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 por producto Impreso	Agotamiento de recursos fósiles 0,46 kg petróleo eq	Huella de CO₂ carbono 1,62 Kg CO ₂ eq	 reg. n.º. 2017/136 Más información en www.ecoedicion.eu
por 100 g de producto	0,07 kg petróleo eq	0,16 Kg CO ₂ eq	
% medio de un ciudadano europeo por día	10,26 %	5,36 %	

ISSN: 1130-376X- Depósito Legal: SE-812-1990

Talleres: Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (3 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Calle Torneo nº 26

41002 SEVILLA

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

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es





SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Elisa Moreu Carbonell <i>El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda</i>	15
Elisa Pérez de los Cobos Hernández <i>El nuevo marco legal de los convenios a la luz de la reforma de la Administración Pública</i>	43
Héctor Iglesias Sevillano <i>Propuestas para una mediación administrativa: Los recursos administrativos como campo óptimo de implantación</i>	81
Susana E. Castillo Ramos-Bossini <i>La lucha por la ética pública: experiencias comparadas y medidas adoptadas en el caso español</i>	115

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
Comentario de sentencias del Tribunal Supremo relativas a subvenciones que fueron concedidas por personas encausadas en el proceso penal de los ERE <i>(Antonio Gayo Rubio)</i>	159
Incidencia de la anulación de la ordenación territorial en la adaptación y revisión del planeamiento urbanístico general <i>(Ildefonso Narváez Baena)</i>	179

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)

223

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)

257

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

285

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Sobre los límites temporales para la convocatoria de
la Diputación Permanente
(Victor J. Vázquez Alonso)

325

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

Política ambiental de Andalucía 2016 : Regularización de edificaciones ilegales y la larga sombra del TS. <i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	333
La titularidad pública de los humedales. El caso de la laguna de La Janda <i>(Pedro Brufao Curiel)</i>	357
La sostenibilidad turística a través de los instrumentos andaluces de planificación <i>(M^a Remedios Zamora Roselló)</i>	395

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de la Unión Europea <i>(Lucía Millán Moro)</i>	429
Crónica normativa de la Junta de Andalucía <i>(Emilio Guichot Reina)</i>	471
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica <i>(María del Carmen Núñez Lozano)</i>	477

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: El nuevo régimen de los municipios turísticos en Andalucía <i>(María del Carmen Núñez Lozano)</i>	487
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

NOTICIAS DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(Severiano Fernández Ramos)

501

RECENSIONES

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. *Fracking y gas no convencional. Régimen jurídico*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, 346 págs.
(María del Carmen Núñez Lozano)

515

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coordinador): *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*; Colección Monografías, INAP, Madrid, 2017,
578 págs.
(Judith Gifreu Font)

520

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO

(Javier E. Quesada Lumbreras)

527

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 maria.lozano@dpub.uhu.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



El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda*

Elisa Moreu Carbonell

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SALTO DESDE EL ACTIVISMO SOCIAL HACIA LO JURÍDICO. III. ACTIVISMO NORMATIVO: LAS REFORMAS MÁS MEDIÁTICAS. 1. ¡Abajo la especulación! Caza y captura de viviendas vacías. 2. ¡Exprópiense!. 3. Esto nos pasa por vivir por encima de nuestras posibilidades. IV. OBSTÁCULOS DE ESTA CASCADA NORMATIVA EN MATERIA DE VIVIENDA. 1. Se está avanzando a pasos de gigante, pero sigue siendo insuficiente la protección jurisdiccional del derecho a la vivienda. 2. El confuso diseño competencial y el reforzamiento del poder central vía extensión competencial. 3. Fragmentación excesiva de las políticas de vivienda. V. EN CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: Este estudio versa sobre el impacto jurídico de los movimientos sociales que demandan una intervención pública más intensa en el derecho a la vivienda. En efecto, el activismo social está resquebrajando el modelo de participación ciudadana en los procesos legislativos e incluso alterando sustancialmente el contenido y la finalidad de la legislación española sobre vivienda. Mi trabajo es, por tanto, una reflexión sobre las consecuencias de los movimientos sociales en los principios de calidad normativa y buena regulación en la vivienda.

PALABRAS-CLAVE: Derecho a la vivienda. Activismo social. Participación ciudadana. Calidad de las normas. Buena regulación.

ABSTRACT: This study deals with the legal impact of social movements that demand more intense public intervention on housing right. Indeed, social activism

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “ANACOBÉ: Análisis de costes y beneficios en el Derecho Público: métodos e instrumentos para la mejora de la regulación” (DER2012-31112) dirigido por la prof. Dra. Dolors CANALS AMETTLER y nace de la conferencia impartida en la jornada *Reflexiones sobre la mejora de las normas y la posición de la ley en los sistemas jurídicos actuales* que se celebró en la Universidad de Girona el 20 de mayo 2016. Supone la actualización y puesta al día de mi contribución al libro-homenaje a Manuel Ballbé Prunes, dirigido por J. GÍFREU FONT, M. BASSOLS COMA y A. MENÉNDEZ REXACH (2016).

is cracking the framework for citizen participation in the legislative process and even substantially altering the content and the purpose of the Spanish housing regulation. My research is, therefore, a contribution to the consequences of social movements in the principles of good regulation and quality intervention in the field of housing law.

KEY WORDS: Housing Law. Social activism. Citizen participation. High-quality regulation. Better regulation.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la vivienda constituye un excelente campo de pruebas, uno de esos ámbitos de referencia que sirven de modelo y ejemplo para la construcción del sistema de Derecho administrativo, en el sentido que SCHMIDT-ASSMANN (2003) da a esta expresión. Como apunta GONZÁLEZ ORDOVÁS (2009, 49), la vivienda es un “*ejemplo incuestionado de la lucha por el Derecho*” y un “*derecho social en obras*”. Desde 2008, el estallido de la burbuja inmobiliaria nos ofrece datos terribles sobre el impacto que está teniendo en nuestro país la crisis económica, datos por todos conocidos o, al menos intuidos¹. Sin embargo, ¡oh sorpresa!, nuestro país está muy por debajo de la media europea en financiación de las políticas sociales. De modo que, como afirma VAQUER CABALLERÍA (2014, 34), “*la política de vivienda es la peor financiada de entre nuestras políticas sociales en comparación con los países europeos*” y hemos llegado realmente a un punto crítico (PONCE SOLÉ, 2015).

En épocas de crecimiento y desarrollo económico, la vivienda se ha contemplado siempre desde una vertiente patrimonial, como bien de inversión (TEJEDOR BIELSA, 2012, 59), aunque no sea ese el contenido del artículo 47 de la Constitución (VAQUER CABALLERÍA, 2015: 126). La crisis económica ha modificado la percepción que los ciudadanos tienen del derecho a la vivienda, más cercana a la que subyace en el texto constitucional, como bien esencial para el desarrollo de la vida en sociedad, para la emancipación de los ciudadanos y la formación de los hogares. Si la percepción del derecho a la vivienda ha avanzado en este período de crisis económica, es lógico que el Derecho idee nuevas fórmulas de intervención acordes con dicha evolución.

¹ Según AMNISTÍA INTERNACIONAL (2015), desde que comenzó la crisis económica en España, cientos de miles de personas han perdido su casa o corren peligro de perderla en ejecuciones hipotecarias. En concreto, el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013) calcula que más del 89% de lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias realizados en España corresponden a hipotecas concedidas a familias sobre su vivienda habitual. Por otro lado, en España son muy elevados tanto el número de viviendas vacías (es muy significativo que el 30% de las viviendas deshabitadas de Europa se encuentren en nuestro país) como el de personas sin hogar (según informes de la ONU (2008) y del Defensor del Pueblo (2012), en España hay entre 30.000 y 50.000 personas sin techo).

No voy a hacer aquí un análisis detallado de todas las reformas normativas que se producen a toda velocidad en el ámbito de la vivienda. La perspectiva que quiero adoptar es otra: el impacto de todos los movimientos sociales que demandan mayor intervención pública en la vivienda que, con su activismo, están resquebrajando no sólo el modelo de participación ciudadana en los procesos legislativos, sino el sistema mismo de fuentes legislativas. Mi trabajo pretende ser, por tanto, una reflexión sobre las consecuencias de este activismo social en la calidad normativa y la buena regulación. Como advierten MONTORO CHINER y SOMMERMANN (2015), las exigencias de una buena legislación aumentan con la complejidad creciente de las sociedades modernas y la aceleración de los procesos económicos, particularmente en tiempos de crisis; así que me ha parecido oportuno ofrecer estas reflexiones a propósito de las reformas en el sector de la vivienda.

II. EL SALTO DESDE EL ACTIVISMO SOCIAL HACIA LO JURÍDICO

Los movimientos sociales y las plataformas ciudadanas por el derecho a una vivienda digna surgen a mediados de la primera década del siglo XXI, impulsados por el estallido de la burbuja inmobiliaria y en un marco de crisis económica². Se trata de movimientos muy heterogéneos que tienen el común el poder encauzar las reclamaciones de ciudadanos afectados por la crisis inmobiliaria, con problemas para pagar la hipoteca, incursos en procesos de ejecución hipotecaria o desahuciados, víctimas de malas prácticas bancarias, y, en general, ciudadanos con dificultades económicas que se traducen en problemas de acceso a una vivienda digna.³

Quizás lo propio de estos movimientos ciudadanos del siglo XXI sea la repercusión y la amplificación de sus acciones a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, TICs, y de las redes sociales (Haro Barba y Sampedro Blanco, 2011: 160). La doctrina (desde las disciplinas económicas, la sociología y la ciencia política) empieza a hablar ya de un fenómeno de “*innovación social*” que parte de la constatación de que muchas necesidades, demandas y expectativas de los ciu-

² Evidentemente, los movimientos sociales no son propios del presente siglo, pues el concepto de “*movimiento social*” fue incorporado al vocabulario académico a mediados del siglo XIX por influjo de la obra de Lorenz von Stein y son el fruto natural de las crisis económicas y sociales (he manejado la versión española de E. Tierno Galván publicada en 1957). De hecho, el movimiento *okupa* de los años 70 y 80 del siglo XX es un claro antecedente de los “modernos” movimientos sociales antidesahucios.

³ Nacen como movimientos sociales apolíticos y de funcionamiento asambleario, aunque alguno de ellos han terminado diluyéndose en partidos políticos y participando en procesos electorales, sobre todo en el ámbito municipal. Cronológicamente, parece que la primera organización fue la *Plataforma por una Vivienda Digna*, que se crea en 2003, y luego han surgido otros como la *Plataforma de afectados por la hipoteca* (2009) o *STOP desahucios* (2011). A las reivindicaciones sociales por una vivienda digna se suman también sindicatos, asociaciones de vecinos, asociaciones de consumidores (como ADICAE) y otros colectivos.

dadanos no se abordan eficazmente por parte de los poderes públicos, en un contexto de gradual desafección ciudadana y déficit de legitimidad del sistema democrático (Conejero Paz y Redondo Lebrero, 2016, 2). Este nuevo enfoque de la transformación social ahonda en la necesidad de buscar soluciones innovadoras capaces de resolver necesidades sociales concretas, cambios institucionales en programas, legislaciones y, en definitiva, cambios en la forma de ejercer la acción de gobierno.

Pues bien, el salto desde el activismo social hacia el Derecho es siempre complicado. Es cierto que el Derecho es un instrumento de cambio social, que no se limita a ordenar la realidad existente y que puede transformar los hábitos de los ciudadanos. Pero este salto hacia la regulación jurídica encuentra obstáculos como la lentitud de los procesos normativos, su escasa permeabilidad para adaptarse a los cambios o el formalismo, junto con la ortodoxia doctrinal, su resistencia al cambio o el sesgo del *statu quo* (Doménech Pascual, 2016, 5). Por eso, es natural que surjan fricciones en cuanto a los roles que han de desempeñar los actores político-administrativos y la ciudadanía en la conformación de las políticas públicas y como fuentes de producción normativa (Conejero Paz y Redondo Lebrero, 2016, 9).

En el sector de la vivienda, la presión social encuentra válvulas de escape en todos los ámbitos del poder: en el poder legislativo, a través de reformas legislativas que están empezando a cambiar la tradicional regulación del artículo 47 de la Constitución; en el poder ejecutivo, con un enérgico activismo político-administrativo que tiene como protagonistas a los Ayuntamientos españoles; y en el poder judicial, donde un grupo de jueces concienciados está encauzando también algunas demandas de los ciudadanos. Del activismo normativo me ocupó con más detalle en el epígrafe siguiente; unas pequeñas líneas para exponer a grandes rasgos las otras modalidades de activismo social.

Denomino “*activismo político-administrativo*” a la acción decidida de algunas instituciones públicas españolas, Ayuntamientos especialmente, para llevar a la práctica políticas de defensa del derecho a la vivienda. El nivel territorial local ha sido un buen campo de pruebas para ensayar instrumentos jurídicos nuevos en este ámbito: Ayuntamientos que se niegan a colaborar en los procedimientos de ejecución hipotecaria practicados en su término municipal, que median entre las partes, que actúan para reducir el parque de pisos vacíos, que promueven medidas económicas y de fomento.⁴ ¿Cuál es la razón de este cambio de actitud?

⁴ El activismo político en materia de vivienda no se limita a los Ayuntamientos donde dichos colectivos y movimientos sociales han conseguido formar gobierno (en ciudades grandes como Madrid, Barcelona, Valencia Zaragoza), extendiéndose también a otros donde gobiernan partidos políticos “tradicionales”, con el apoyo de estos nuevos movimientos, en función de la sensibilidad de la corporación municipal. Destaca, por ejemplo, la política de vivienda puesta en marcha por el Ayuntamiento catalán de Terrassa,

Tras las elecciones municipales de mayo de 2015, una serie de candidaturas de “confluencia ciudadana” alcanzaron puestos políticos. Con el antecedente del movimiento 15M, la ciudadanía empezó a organizarse para acceder al poder municipal, así que los protagonistas fueron ciudadanos (afiliados a partidos políticos o no, activistas sociales y locales, personas sin adscripción) que pusieron en marcha proyectos de construcción de instrumentos de participación política, pero con los partidos políticos en segundo plano. Lo innovador de estos movimientos de participación política es que surgen como espacios de confluencia entre el activismo social y local y el activismo político (Marcellesi y Martínez Rodríguez, 2015). Otras instituciones, como el Defensor del Pueblo o sus equivalentes autonómicos (el defensor del pueblo andaluz o el *ararteko* vasco), han manifestado en sus informes una honda preocupación por la garantía efectiva del derecho a la vivienda, encauzando las quejas ciudadanas (por ejemplo, en su informe de 2012). Aunque el papel de estos informes es meramente testimonial y pocas veces conducen a un reconocimiento efectivo de los derechos, llama la atención que se defiendan medidas concretas y extraordinarias de actuación tales como arrendamientos forzados para que los deudores de buena fe puedan mantener sus viviendas o locales de negocio.

En segundo lugar, el derecho a la vivienda está abriéndose paso como derecho subjetivo gracias al “*activismo judicial*” de un sector de la judicatura que, sin ser abrumador comienza a ser visible. Atienza (2013a 117 y 123) lamenta incluso que los jueces no hayan comenzado a comportarse antes como “*algo distinto a cobradores del frac*” y acusa su inacción a una “*concepción formalista del Derecho*” que se desentiende de las consecuencias de sus decisiones. No se trata de reivindicar a los jueces estrella ni tampoco de que los jueces actúen como legisladores (este matiz peyorativo se observa en García Inda, 2015: 7) ⁵. Estamos, simplemente, ante jueces activos que reclaman la complejidad de la tarea de aplicar e interpretar la norma y luchan contra el abuso del derecho. El juez independiente, responsable y, por tanto, imparcial no es un ser enclaustrado en un compartimento estanco al entorno social, no es sinónimo de un juez impli-

que citan MOLTÓ y PONCE (2016) y ESCUDÉ (2017). El Ayuntamiento de Terrassa ha iniciado una política de movilización de pisos vacíos, requiriendo a diversas entidades bancarias propietarias para que procedan a su inmediata ocupación y advirtiéndoles de que, en caso contrario, se abrirá expediente sancionador con fundamento en la Ley 18/2007, de derecho a la vivienda de Cataluña. Al respecto, ya hay sentencias favorables al Ayuntamiento que desestiman la solicitud de suspensión cautelar instada por la entidad financiera y rechazan que constituya una actuación constitutiva de vía de hecho (sentencia n° 192/2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 10 de Barcelona, de 15 julio 2015 y otras en <http://www.ac-ig.com/ca/noticias/>.

⁵ GARCÍA INDA (2015, 7) cita, en concreto, un índice de libertad económica de España (2015) en el que los tribunales han fallado en contra de los principios básicos de la economía de mercado.

cado activamente en el devenir del contexto que le rodea (Carrillo, 2015: 17). El derecho a la vivienda es un caso paradigmático de activismo judicial desde hace más de medio siglo, cuando unos “*audaces*” jueces americanos (Ponce Solé, 1999) asumieron que el ejercicio de los derechos sociales está condicionado por la acción u omisión de los poderes públicos y que el poder judicial puede contribuir a paliar sus deficiencias (Rodríguez Arana, 2015). El debate surge con fuerza en los países del centro y sur del continente americano y esta variedad de activismo se califica ya como una “*tendencia incipiente neoconstitucionalista en Latinoamérica y otras regiones del sur global*”, con intervenciones ambiciosas en litigios relativos a derechos sociales como la vivienda o la salud (al respecto, RODRÍGUEZ GARAVITO, RODRÍGUEZ FRANCO, 2015).

Volviendo a nuestro país, son muy conocidas las decisiones de algunos juzgados y tribunales que han recurrido a la dación en pago como instrumento para paliar los efectos de la crisis económica en el ámbito de la vivienda.⁶ Esta figura estaba algo “adormecida” en nuestro ordenamiento y ahora cobra especial protagonismo como mecanismo para sortear las dificultades de la crisis económica (Garcías de España, 2013: 4). Tuvo igualmente una enorme repercusión mediática la sentencia del TJUE de 14 marzo de 2013, *Mohamed Aziz c. Catalunya Caixa* (ECLI: EU:C:2013:164) que se sitúa en el origen de las reformas legislativas sobre cláusulas abusivas en nuestro país. Atienza (2013b: 16) destaca que esta sentencia contribuyó a avivar el movimiento anti-desahucios en España, generó la necesidad de llevar a cabo un cambio legislativo y provocó un cambio de actitud en los jueces que han dejado de comportarse como “cobradores del frac” y han empezado a sacar partido del remedio que el propio sistema habilita para paliar situaciones en las que la aplicación estricta del Derecho lleva a consecuencias manifiestamente injustas, que es la institución del abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil.

⁶ A partir del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 17 de diciembre de 2010 (ECLI:ES:APNA:2010:1A), surge una novedosa corriente jurisprudencial en torno a la dación en pago, que fue posteriormente avalada por otras Audiencias Provinciales como la de Gerona (Auto de 16 septiembre 2011, ECLI:ES:APGI:2011:671A), si bien es cierto que con el voto particular de uno de sus magistrados.

III. ACTIVISMO NORMATIVO: LAS REFORMAS MÁS MEDIÁTICAS

En los últimos años, tanto el Estado⁷ como las comunidades autónomas⁸ confluyen en sus reformas relativas a la vivienda, en un activismo normativo que experimenta con nuevos instrumentos y técnicas para garantizar el acceso a la vivienda y evitar situaciones de vulnerabilidad social: auxilio de deudores hipotecarios, daciones en pago, protección contra cláusulas abusivas, leyes antidesahucios, intervención en viviendas vacías, medidas fiscales, programas sociales, etc, un panorama general en PONCE SOLÉ, 2007 y VAQUER, PONCE, ARNAIZ, 2016). Sin embargo, la convivencia de las normas estatales y autonómicas no está siendo pacífica. El gobierno de España considera que las leyes autonómicas alteran el reparto competencial, perturban gravemente sus medidas de política económica y ponen en peligro el funcionamiento de los mercados hipotecarios. Por eso, prácticamente todas las leyes autonómicas de medidas relativas a la vivienda aprobadas desde 2013 han sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional. En consecuencia, su vigencia ha quedado suspendida y, a tenor del fallo estimatorio del recurso interpuesto contra la ley andaluza (el único resuelto hasta la fecha, STC 93/2015, de 14 de mayo), cabe intuir que todas llevan el mismo camino. Parece que los legisladores autonómicos legislan conscientemente de que sus normas son -o van a ser declaradas- inconstitucionales.

⁷ El gobierno de España puso en marcha políticas de acción dirigidas a mejorar la situación de las personas en riesgo de perder su vivienda y aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Adoptó al efecto el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, que luego se convirtió en Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, modificada parcialmente por Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero y por Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo. Una de las medidas aprobadas fue la suspensión del lanzamiento en procesos de ejecución hipotecaria por un plazo de cuatro años –que se amplió posteriormente a siete– desde la entrada en vigor de la Ley (es decir, desde el 15 de mayo de 2013, plazo que termina el 15 de mayo de 2020), para aquellos deudores que fueran a perder su vivienda habitual y se encontraran en supuestos de especial vulnerabilidad económica. Además, contempla la creación de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito para ofrecer cobertura a los desalojados de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario, siempre que concurren las circunstancias de especial vulnerabilidad previstas en la norma. Por otro lado, el R. Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, introdujo un “*mecanismo de segunda oportunidad*” para facilitar daciones en pago selectivas, permitiendo que quien haya perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores pueda verse liberado de la mayoría de las deudas pendientes tras la liquidación.

⁸ He seleccionado especialmente las leyes de vivienda de Cataluña, Andalucía, Navarra, Canarias, País Vasco y Valencia, porque todas contemplan medidas drásticas para paliar situaciones excepcionales de emergencia social. Aunque popularmente se conocen como “leyes antidesahucios”, en realidad su objetivo va más lejos, y comparten una mayor sensibilidad ante las dificultades de acceso a la vivienda en estos momentos de crisis que conduce a una redefinición de su función social.

1. ¡Abajo la especulación! Caza y captura de viviendas vacías

La vivienda vacía o deshabitada sin causa justificada durante un período de tiempo está empezando a definirse como un incumplimiento de la función social de la propiedad, al que se asocian consecuencias distintas para sus propietarios, tales como medidas sancionadoras, fiscales o incluso expropiatorias. Entre otros objetivos, se plantea la reducción del *stock* de viviendas vacías y aumentar su disposición para el alquiler social.

El control de las viviendas vacías parece ser de tres tipos: por un lado, se regula la obligación de mantener las viviendas ocupadas para cumplir la función social de la propiedad (a), pudiendo establecer sanciones para los propietarios de viviendas deshabitadas (b) y, por otro lado, se grava con determinados impuestos contra viviendas vacías (c).

(a) El legislador estatal no impone inequívocamente el deber de mantener habitadas las viviendas (a salvo el régimen de las viviendas protegidas), a cuyo incumplimiento no asocia ninguna medida de policía ni sancionadora. Pero sí apunta la necesidad de dar destino habitacional a las viviendas desocupadas cuando dispone que son fines de las políticas públicas “*posibilitar el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual*” y “*favorecer y fomentar la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso*” (artículo 3.3 b) de la Ley del suelo y rehabilitación urbana, Texto Refundido aprobado R.D. Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). Por su parte, el Preámbulo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, reconoce que existe “*un elevado número de viviendas en propiedad, vacías y sin ningún uso*” que aconseja la puesta en marcha de medidas para atraerlas al mercado.

Ha sido el legislador autonómico, tras las últimas reformas nacidas de la crisis económica, quien ha consolidado el deber de destinar la vivienda a uso habitacional. La Ley catalana 18/2007 dispone que “*existe incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas en el supuesto en que la vivienda o el edificio de viviendas estén desocupados de forma permanente e injustificada*” (artículo 5.2.b). La ley andaluza 1/2010 enuncia con rotundidad que “*forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico*” (artículo 1.3), inciso este que ha sido declarado inconstitucional por la STC 93/2015⁹. Por su parte, la Ley Foral Navarra 10/2010 parece limitar este deber únicamente a las personas jurídicas, ya que, a pesar de regular

⁹ Dicho esto, me parece importante la matización que formula el propio Tribunal Constitucional cuando señala que “*esta conclusión no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir de este modo la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, análisis que no procede desarrollar en este momento*” (FJ. 13). En definitiva, el Tribunal Constitucional reconoce al legislador au-

un procedimiento administrativo para la declaración de viviendas deshabitadas, “*en orden al ejercicio de la potestad sancionadora sólo se considerará vivienda deshabitada aquella cuya titularidad corresponda a una persona jurídica*” (artículo 42bis.5), sin que encontremos preceptos equivalentes a los de las leyes catalana o andaluza en relación con la función social de la vivienda. Este precepto se encuentra suspendido mientras se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno. Y en fin, la última reforma operada por Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura, impone la obligación de destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente de su titular y regula las consecuencias de la declaración de vivienda desocupada.

(b) El incumplimiento del deber relativo a la efectiva ocupación de la vivienda se tipifica como infracción -normalmente muy grave- y puede desembocar en la correspondiente sanción administrativa. La iniciación del procedimiento sancionador exige la previa declaración administrativa de vivienda deshabitada y, en el caso de la ley catalana, el ofrecimiento de medidas de fomento a sus titulares, pudiendo adoptar, en su caso, las medidas provisionales que se consideren oportunas, tales como la clausura del inmueble o la imposición de multas coercitivas. Las sanciones impuestas oscilan entre los 9000 euros en la ley andaluza y los 900.000 euros en la ley catalana, pasando por la horquilla de entre 30.001 a 300.000 euros en la ley navarra. Las disposiciones sancionadoras de estas leyes se basan en una serie de presunciones de no habitación, en indicios que hay que acreditar en expediente contradictorio, tales como los datos del padrón de habitantes, los consumos de agua, gas y electricidad, la recepción de correo y otros; precisamente, esta ha sido una de las razones que llevó al Presidente del Gobierno a impugnar la Ley andaluza de 2013 ante el Tribunal Constitucional, al considerar que los criterios para concretar la definición de “vivienda deshabitada” se basan en meros indicios, contraviniendo con ello el principio de presunción de inocencia que rige el procedimiento administrativo sancionador (artículos 24 y 25 de la Constitución).

El deber de ocupación efectiva impuesto a los propietarios de viviendas es un límite inherente a la función social de la propiedad (artículo 33 de la Constitución). Desde una perspectiva competencial, ¿pueden las Comunidades Autónomas modular estos límites? Es evidente que las Comunidades autónomas tienen competencia exclusiva en materia de vivienda (artículo 149.1.8º de la Constitución, recogida en sus respectivos Estatutos de Autonomía) y que el artículo 47 del texto constitucional no constituye por sí mismo un título competencial, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos en el

tonómico la posibilidad de delimitar el contenido de la función social de la propiedad... aunque no a través de decreto-leyes.

ejercicio de sus competencias (STC 152/1988, de 20 julio, FJ. 2). Por tanto, creo que la respuesta a la pregunta anterior debe ser afirmativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya desde su STC 37/1987, de 26 de marzo, relativa a la ley de reforma agraria de Andalucía, y que resulta extrapolable al ámbito de la propiedad urbana. En cualquier caso, la exclusividad de las competencias autonómicas tiene un alcance relativo, y así, en materia de vivienda el Estado ostenta una cierta incidencia mediata con fundamento en otros títulos competenciales (ordenación del crédito, planificación de la actividad económica y otros).

En los recursos de inconstitucionalidad resueltos y pendientes ante el Tribunal Constitucional, el Gobierno, avalado por los dictámenes del Consejo de Estado, alega que la ley autonómica no puede regular el contenido esencial del derecho a la propiedad de la vivienda, porque con ello afecta a las condiciones básicas de su ejercicio y vulnera la competencia exclusiva del Estado para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales, así como su competencia en materia de legislación civil (artículo 149.1.1º y 8º de la Constitución). En definitiva, la delimitación del derecho de propiedad corresponde a la legislación civil, y no en el marco de la competencia sectorial en materia de vivienda.

No estoy de acuerdo con esta conclusión. En mi opinión, las competencias exclusivas de una comunidad autónoma en materias como el urbanismo y la vivienda sí permiten al legislador autonómico imponer al propietario el deber de efectiva ocupación, sin que ello suponga invasión de competencias estatales. El artículo 33 del texto constitucional confirma que la función social de la propiedad “*determinará su contenido, de acuerdo con las leyes*”, y esta remisión legal debe hacerse conforme al reparto competencial fijado en la propia Constitución. En este sentido, el Dictamen nº 282, del Consejo Consultivo de Cataluña relativo al Proyecto de Ley del derecho a la vivienda de Cataluña (2007), no cuestiona que la ley catalana respeta el contenido esencial del derecho de propiedad ni advierte vulneración alguna del principio de proporcionalidad, con base en el propio artículo 47 de la Constitución que impone una obligación a los poderes públicos para hacer efectivo el derecho a la vivienda.

En definitiva, y sin extenderme más en la doctrina constitucional ya consolidada sobre el contenido esencial del derecho de propiedad (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ. 2, 4 y 5), considero conforme a la Constitución que el legislador autonómico imponga al propietario, persona física o jurídica, el deber de ocupar las viviendas. Todo ello, evidentemente, sin perjuicio de que el alcance que el legislador haya otorgado a dicho deber de ocupación efectiva sea examinado y, en algún caso, rebatido, a la luz de los principios rectores de la acción administrativa. La imposición de un deber de destinar efectivamente la vivienda a uso habitacional, es decir, obligar a los

propietarios de viviendas a que las mantengan ocupadas, es un límite inherente a la función social de la propiedad que no transforma el contenido esencial de tal derecho y que, como tal, no resulta indemnizable.

(c) La Ley catalana 14/2015, de 21 de julio y la ley vasca 3/2015, de vivienda del País Vasco, introdujeron un impuesto o canon sobre viviendas vacías, que también ha sido impugnado ante el Tribunal Constitucional y cuya vigencia ha sido suspendida.¹⁰ Esta nueva figura impositiva se articula como un impuesto directo cuyo objeto de gravamen es el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente, y ha sido calificada como “*despropósito de la proliferación normativa en general*” (MENÉNDEZ MORENO, 2015). Los dictámenes del consejo de Estado elaborados con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra estas leyes insisten en que tales medidas suponen “*una privación desproporcionada del derecho de uso, que debe entenderse contraria al contenido esencial del derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 de la Constitución y que vulnera las condiciones básicas del ejercicio de este derecho*”.¹¹ A juicio de URBANO (2016), el gravamen sobre vivienda desocupada en sus distintas manifestaciones respeta el principio de capacidad económica, aunque plantea problemas competenciales y también de doble imposición. Habrá que esperar, en definitiva, al futuro pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

2. ¡Expropiense!

Las leyes de vivienda autonómicas regulan supuestos expropiatorios muy diferentes y de gran repercusión mediática. En realidad, no todos ellos implican una privación coactiva del derecho de propiedad, sino tan sólo de ciertas facultades como el uso o el usufructo, que son derechos reales sobre la vivienda, y únicamente de forma temporal. La expropiación forzosa penaliza la existencia de viviendas deshabitadas o resuelven problemas urgentes de exclusión social, propios de una coyuntura económica en crisis.

(a) El primer supuesto que se regula es la llamada expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad. Esta conocida como “expropiación-san-

¹⁰ El nuevo impuesto de la Ley catalana 14/2015 grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente. La Ley se ampara en la potestad tributaria y la competencia exclusiva en materia de vivienda de los artículos 137 y 202 del Estatuto de autonomía de Cataluña. Por lo que se refiere a la Ley vasca de vivienda (Ley 3/2015, de 18 junio), introduce un canon sobre vivienda deshabitada, de carácter extrafiscal, que permite a los Ayuntamientos gravar las viviendas declaradas deshabitadas y cuyos ingresos quedan afectos al patrimonio público del suelo (art. 57).

¹¹ Dictamen del consejo de Estado 108/2016, de 17 de marzo 2016, relativo a la Ley 3/2015, de vivienda del País vasco, y 146/2016, de 14 de abril de 2016, con ocasión de la Ley catalana 14/2015.

ción” no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico: la ley de expropiación forzosa de 1954 ya regula una modalidad de expropiación “*por causa de interés social*” (artículos 71 a 75 de la LEF).

Las leyes de vivienda autonómicas “*de nueva generación*”, al imponer un deber jurídico de ocupación efectiva a cualquier propietario de vivienda, no sólo de viviendas protegidas, han dado un paso adelante ampliando los supuestos expropiatorios por incumplimiento de la función social de la propiedad. Encontramos ejemplos de esta expropiación-sanción de viviendas vacías en las leyes de vivienda de Navarra¹², País Vasco¹³ y Cataluña¹⁴, con distinto alcance y contenido. Esta modalidad expropiatoria ha sido objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno, al considerar que vulnera la competencia exclusiva del Estado de los números 1º y 8º del artículo 149.1 de la Constitución y que supone un trato discriminatorio injustificado para las personas jurídicas. Desde un análisis económico del Derecho, se podría plantear si resultan más efectivos otros métodos no expropiatorios de penalización de la vivienda vacía, de carácter fiscal o sancionador, como los que encontramos casi todos los países del entorno europeo y han empezado a introducir las leyes autonómicas. Pero, dándose los presupuestos legales y respetando el procedimiento expropiatorio de la LEF, la expropiación del uso de una vivienda vacía para darle

¹² La Ley foral navarra de vivienda (Ley 10/2010, tras la reforma operada por ley foral 24/2013, de 2 de julio) establece que será causa justificativa de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad “*mantener una vivienda deshabitada en los casos en que constituye infracción sancionable*” y “*no haber cumplido en el plazo concedido al efecto el requerimiento para poner fin a tal situación*” (artículos 42bis a 42 septies y 52.2.a). La *causa expropiandi* consiste en tener una vivienda vacía sin causa justificada y haber incumplido el requerimiento correspondiente. Estamos ante un caso de expropiación plena de la propiedad que sólo se pone en marcha cuando el propietario de la vivienda deshabitada es una persona jurídica (ex. artículo 66.1). La ley navarra reconoce que “*la persona expropiada tendrá derecho a una indemnización consistente en el valor de la vivienda y anejos vinculados*” (artículo 54.1) y que la vivienda expropiada será de nuevo adjudicada “*atendiendo a las necesidades generadas en la ejecución de las políticas de vivienda*” (disposición adicional segunda) o con destino a la bolsa de alquiler o parque público de viviendas para personas con dificultades de acceso a una vivienda (artículo 42septies.1.a). Esta regulación de la vivienda deshabitada está pendiente de recurso ante el Tribunal Constitucional y se encuentra suspendida.

¹³ La Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco introduce un supuesto de expropiación forzosa de vivienda por incumplimiento de su función social (art. 75), pero este precepto ha sido impugnado también ante el Tribunal Constitucional y se encuentra suspendido.

¹⁴ La Ley catalana de vivienda, Ley 18/2007, regula la expropiación forzosa de la propiedad por incumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación, bajo una doble condición: que se hayan agotado las vías de fomento y coercitivas previas y que exista un riesgo para la seguridad de las personas (artículo 40). Nótese que este procedimiento expropiatorio se limita hoy a los supuestos de incumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación, ya que tras la reforma operada por Ley 9/2011, el incumplimiento del deber de habitación sólo acarrea la imposición de sanciones. La Ley catalana 24/2015, de 9 de julio, ha introducido una cesión obligatoria de viviendas por un período de tres años para las viviendas vacías que sean propiedad de personas jurídicas (art. 7), precepto que ha sido impugnado ante el Tribunal Constitucional.

ocupación efectiva no me parece contraria a los principios constitucionales ni tampoco aprecio vulneración de la competencia estatal. Esta interpretación, como es sabido, no es la que ha adoptado el Tribunal constitucional en su conocida sentencia de 14 de mayo de 2015.

(b) Incluyo en este epígrafe la posibilidad de acordar el alquiler forzoso de viviendas declaradas deshabitadas o en situación de sobreocupación, prevista en la legislación catalana¹⁵ y vasca¹⁶. A diferencia del supuesto anterior, estamos ante una expropiación no plena porque sólo afecta al usufructo de la vivienda, dejando incólume el derecho de nuda propiedad, tanto de personas físicas como jurídicas. Es decir, afecta sólo “a facultades parciales del dominio o de derechos o intereses legítimos” como se define en la legislación de expropiación forzosa.

(c) En tercer lugar, las leyes autonómicas de Andalucía¹⁷, Navarra¹⁸, Canarias¹⁹, País Vasco²⁰ y Valencia²¹ introducen una nueva *causa expropriandi* por circunstancias de emergencia social derivadas de un desahucio en procedimientos de ejecución hipotecaria. Este supuesto se caracteriza por ser una expropiación no plena, de carácter urgente, que afecta sólo al uso de la vivienda y no a la nuda propiedad, además de ser temporal y estar condicionada por situaciones de emergencia o exclusión social (con más detalle, MOREU CARBONELL, 2014: 396). Todas ellas han sido impugnadas por el

¹⁵ Al supuesto de sobreocupación ya previsto en la Ley catalana de vivienda 18/2007 (art. 43.3), se une la cesión obligatoria por un período de tres años en el caso de viviendas vacías, introducido por la Ley 24/2015 (art. 7), suspendido e impugnado ante el Tribunal Constitucional.

¹⁶ La ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País vasco regula el alquiler forzoso de vivienda deshabitada (art. 59), también impugnado ante el Tribunal Constitucional.

¹⁷ La polémica reforma fue realizada mediante Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social (disposición final segunda), luego aprobado como Ley 4/2013, de 1 de octubre.

¹⁸ La Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda de Navarra, fue reformada por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda, que incluye esta nueva causa expropriandi para viviendas objeto de desahucios por circunstancias de emergencia social (disposición adicional décima).

¹⁹ La Ley 2/2014, de 20 de junio, ha reformado la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias para introducir la expropiación temporal del uso de viviendas con un procedimiento casi idéntico al de las leyes andaluza y navarra (disposición adicional cuarta).

²⁰ La Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco introduce también este supuesto de expropiación temporal y declaración de interés social y urgencia de la necesidad de vivienda para personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria (arts. 9.4. y 74 y 75).

²¹ La Ley 2/2017, de 3 febrero, de función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, regula idéntica declaración del interés social y la necesidad de ocupación a efectos de expropiación forzosa del usufructo temporal de viviendas incursas en procedimiento de desahucio por ejecución hipotecaria para la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social (art. 13). La Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat ha acordado iniciar negociaciones para evitar el conflicto ante el Tribunal Constitucional.

Gobierno ante el Tribunal constitucional y su vigencia se encuentra temporalmente suspendida.

La sentencia del Tribunal constitucional 93/2015, de 14 de mayo, es la única dictada hasta la fecha en relación con estos supuestos expropiatorios de emergencia social, en sentido estimatorio del recurso, si bien con votos particulares discrepantes de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional. Toda la argumentación contra esta expropiación de viviendas en circunstancias de emergencia social se basa en la invasión de la competencia estatal ex artículo 149.1.13º de la Constitución, una competencia transversal que permite al Estado regular “*las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*”, y que ha conducido a una extensión desmesurada de la competencia estatal, como expondré luego. El nuevo supuesto expropiatorio había sido criticado también por otras razones, que exponen CARRASCO PERERA y LOZANO CUTANDA (2013: 6), quienes consideran difícilmente justificable ante los contribuyentes andaluces que la Administración tenga que pagar para la adquisición de un usufructo temporal, cuando podía perfectamente arrendar viviendas sociales o protegidas de su titularidad o cuya titularidad pueda adquirir mediante la promoción pública o privada de vivienda protegida.

3. ¡Esto nos pasa por vivir por encima de nuestras posibilidades!

Otra de las razones que explicaría el elevado número de ejecuciones hipotecarias por impago de la hipoteca es el excesivo endeudamiento familiar en relación con la vivienda habitual.²² Por eso, las últimas leyes de vivienda autonómicas incluyen medidas variopintas que pretenden paliar o evitar el sobreendeudamiento familiar, mediante la regulación de un procedimiento extrajudicial y, en su caso, de un procedimiento judicial, como la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, que es fruto, por cierto, de una iniciativa legislativa popular impulsada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH).

IV. OBSTÁCULOS DE ESTA CASCADA NORMATIVA EN MATERIA DE VIVIENDA

Todas estas reformas legislativas, este activismo normativo en el ámbito de la vivienda, no está siendo fácil de llevar a la práctica. No sólo porque algunos de los

²² Según un estudio difundido por ADICAE (2012): *El comportamiento del consumidor financiero, sus nuevos hábitos y costumbres ante la reestructuración del sector bancario*, realizado en diciembre de 2012, el gasto por hipoteca supone más del 40% de los ingresos familiares para casi un 37% de la muestra encuestada (en www.cambialabanca.es/estudios, recuperado: mayo 2016). Véase el análisis de BENOETXEA CABALLERO (2014) en relación con el informe del CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL VASCO (2014).

derechos recogidos ahora en las normas son imposibles de aplicar si no se crea una infraestructura adecuada para ello, sino también porque gran parte de las normas se encuentran paralizadas por el Tribunal Constitucional, a la espera de un pronunciamiento que quizás sea desfavorable.

1. Se está avanzando a pasos de gigante, pero sigue siendo insuficiente la protección jurisdiccional del derecho a la vivienda

El derecho del artículo 47 de la Constitución no es susceptible de recurso de amparo ni goza de la garantía de los derechos fundamentales, *pero está claro que impone al legislador y a los poderes públicos la adopción de las medidas necesarias para conseguir el acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada*.²³ El Tribunal Constitucional, en su sentencia 93/2015, de 14 de mayo, relativa al Decreto-Ley de vivienda de Andalucía, acude precisamente al argumento de que el derecho a la vivienda “*más que un derecho subjetivo es un mandato a los poderes públicos autonómicos*”, para negar que se exceda de los límites materiales del Decreto-Ley, ya que no afecta al derecho de propiedad del artículo 33 de la Constitución (FJ.14).

No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha admitido el recurso de amparo frente a ciertos derechos sociales vinculándolos con derechos fundamentales, abriendo así una vía indirecta para su protección. El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales supone la progresiva superación de la doctrina clásica, más rígida, y en cierto modo, una modalidad de activismo judicial que asume la necesidad de hacer efectivos ciertos derechos de contenido social como la vivienda o el medio ambiente.²⁴

Pero, ¿qué puede hacer un ciudadano que no tiene acceso a una vivienda “*digna y adecuada*” o que se ve privado de ella? Este es el *quid* de la cuestión, porque la distancia que media entre el reconocimiento legal del derecho y su alegación ante la jurisdicción ordinaria es un abismo difícil de sortear. El desarrollo legal ha sido tan parco y moderado, que la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda es hoy una tarea hercúlea. En expresión de PISARELLO (2009, 5), sigue siendo un derecho subjetivo “*en (de)construcción*” porque la acción para defenderla ante los tribunales es claramente insegura e insuficiente (también GONZÁLEZ ORDOVÁS, (2013, 79) y GA-

²³ La doctrina española se esfuerza por reconocer que estamos ante un auténtico derecho subjetivo y no ante un simple principio rector. Uno de los más fervientes defensores de esta tesis que defiende la existencia de un “derecho fundamental social” a la vivienda es ESCOBAR ROCA y GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2012), inspirándose en las conocidas tesis sobre los derechos fundamentales de R. ALEXANDER (1993, traducción española). Al respecto también, LÓPEZ RAMÓN (2014).

²⁴ Por ejemplo, en su conocida STC 119/2001, de 24 de mayo, en la que considera la contaminación acústica como un ataque al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (FJ. 6). Sobre este planteamiento, véase DÍAZ CREGO (2012: 20) y CUBERO MARCOS (2017: 125).

RRIDO GUTIÉRREZ (2012, 3 y 2015, 399). En nuestro país, el derecho a la vivienda existe en términos formales, pero las leyes que lo regulan suelen ser simples normas de medios para atender a la demanda de vivienda, especialmente de protección pública, no articulan los instrumentos necesarios para garantizar el derecho subjetivo a la vivienda; es decir, no establecen *obligaciones de resultado* (BASSOLS COMA, 2011, 15 y ALLI ARANGUREN, 2011, 97).

Apunta LÓPEZ RAMÓN (2014, 58) que es sorprendente que el legislador se dedique a atribuir derechos carentes de efectividad y que el desarrollo legal del derecho a la vivienda no ha sido capaz de definir elementos tan esenciales como los relativos a los sujetos titulares del derecho, las personas obligadas a prestarlo y sus contenidos precisos. La vivienda de protección oficial, junto con el planeamiento urbanístico y las subvenciones públicas, han sido las técnicas dominantes de las políticas de vivienda en España, que apenas han variado en los últimos cincuenta o sesenta años (TEJEDOR BIELSA, 2012, 50). Por eso, ha llegado el momento de fijar medidas concretas para dotar de efectividad el derecho a la vivienda, consolidándolo como derecho jurídicamente exigible tanto ante la Administración como ante los tribunales y los agentes económicos (ROCA CALDERA, 2010, 235).

Las comunidades autónomas están dando pasos -zsen unos casos tímidos y en otros más valientes- hacia la justiciabilidad del derecho efectivo a la vivienda, es decir, su alegación efectiva ante juzgados y tribunales. La Ley 18/2007, de vivienda de Cataluña declara la acción pública para exigir en vía administrativa y jurisdiccional el cumplimiento efectivo del derecho a la vivienda (art. 6). La Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con el acceso a la vivienda en la comunidad autónoma de Aragón, incluye la garantía del derecho a una alternativa habitacional digna (art. 19). La Ley 2/2017, de 3 de febrero, de función social de la vivienda de la Comunidad valenciana, reconoce que el derecho a una vivienda asequible, digna y adecuada “*genera la obligación jurídica de la administración autonómica valenciana y de las administraciones locales radicadas en la comunidad valenciana de poner a disposición del solicitante la ocupación estable de un alojamiento dotacional, de una vivienda protegida o de una vivienda libre*” (art. 2.3). En opinión de PONCE SOLÉ (2008b, 218), el reconocimiento de esta acción pública es altamente positiva y frente a los recelos de un sector doctrinal escéptico, tiene más ventajas que inconvenientes porque refuerza el derecho a la ciudad y a la vivienda. Siguiendo la estela de la legislación catalana, la Ley 3/2015, de vivienda del País Vasco, instaura una acción pública en materia de vivienda (art. 6.1) y no sólo eso, sino que también abre el recurso a la vía jurisdiccional precisa para hacerlo efectivo allí donde sea incumplido por los poderes públicos (art. 6.2)²⁵. MOLTÓ,

²⁵ Este “*derecho subjetivo a la vivienda*” se reconoce a quienes tengan derecho a acceder a la ocupación de una vivienda o alojamiento protegido, y podrán reclamar su cumplimiento ante el departamento com-

JOSEF M. y PONCE, JULI (2016: 1) se atreven a señalar que se ha desfondado el mito de que la vivienda es un simple principio rector y no un auténtico derecho subjetivo, porque ahora ya existen medios jurídicos eficaces para hacerlo efectivo.²⁶

Estas medidas se están encontrando con el obstáculo importante del recurso ante el Tribunal Constitucional, ya que están siendo objeto de recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno y, por ende, su vigencia ha quedado suspendida. Creo que es un poco aventurado afirmar que, al menos en España, existen medios efectivos para exigir el derecho subjetivo a la vivienda. Así que por más que forcemos la letra de la ley para concluir que sí, que existe un derecho subjetivo a la vivienda, no encontramos el medio de hacerlo efectivo ante los tribunales, a pesar de la amplísima legitimación subjetiva que reconocen hoy las leyes procesales. Una *logomaquia* más de nuestro ordenamiento jurídico, en la que atendemos más a las palabras que al fondo real del asunto.

Pero las palabras vacías ya no son suficientes para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha dejado meridianamente claro que la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”), que los Estados miembros deben regular sistemas efectivos de defensa y que los jueces nacionales pueden ordenar las medidas necesarias (cautelares, provisionales) para garantizar la efectividad de tal derecho (por todas, STJUE de 14 marzo 2013, *caso Aziz*, ECLI:EU:C:2013:164, apdo. 59 y 10 septiembre 2004, *caso Kusionová*, ECLI:EU:C:2014:2189, apdo. 67). Estos pronunciamientos del TJUE constituyen un decisivo avance en el proceso de construcción del derecho subjetivo a la vivienda y fundamentan una actitud proactiva de los tribunales.

petente en materia de vivienda del gobierno vasco, cuyas resoluciones serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁶ Las nuevas leyes españolas se inspiran, indudablemente, en la Ley francesa 2007-290, de 5 de marzo, que regula el “*droit au logement opposable*” (DALO), algo así como el derecho de alojamiento exigible o reclamable. Al respecto, INSERGUET-BRISSET (2010, 36) y sobre la situación del derecho a la vivienda en Europa, KENNA (2009). La Ley DALO impone al Estado la obligación de facilitar alojamiento a toda persona con residencia regular en territorio francés que no pueda acceder por sus propios medios a un alojamiento digno y autosuficiente. Se configura como un recurso especial abierto a quienes se encuentran en alguna de las situaciones reguladas por la Ley y que, resumidamente, vienen a identificarse con la falta de vivienda: no tener domicilio fijo; estar amenazado de expulsión sin posibilidad de realojo; residir en viviendas insalubres o peligrosas, especialmente con menores o discapacitados a su cargo; o ser demandante de una vivienda social durante un tiempo anormalmente largo y no haber recibido respuesta de la Administración. La sentencia del TEDH 9 de abril de 2015, *Tchokontio Happi c. Francia*, condenó al Estado francés por no haber realojado a una familia camerunesa en situación de emergencia social, así que está claro que es un derecho.

Habría que ir adoptando estas medidas eficaces si no queremos que los organismos internacionales nos saquen los colores, como ha ocurrido con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CESCR), que es el órgano de la ONU encargado de proteger el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*. El CESCR ha condenado a España ya en dos ocasiones por violar el derecho a la vivienda de una mujer cuya vivienda habitual había sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria (comunicación núm. 2/2014, publicada en E/C.12/55/D/2/2014, de 13 octubre 2015) y de una familia con dos hijos menores de edad que había sido desahuciada y acabó durmiendo en un coche (comunicación núm. 5/2015, publicada en E/C.12/61/D/5/2015, de 20 junio 2017). La ONU insta a España a adoptar las medidas legislativas necesarias que garanticen la observancia de los derechos reconocidos en el citado pacto internacional, en concreto los artículos 11.1 y 2.1, antes de que se produzca cualquier desalojo de vivienda, se asegure la accesibilidad a recursos jurídicos a quienes se enfrentan a procedimientos de ejecución hipotecaria y se suministren alternativas habitacionales en estos casos. Son las primeras comunicaciones adoptadas en el seno de la ONU en casos individuales presentados en aplicación del Protocolo Facultativo que entró en vigor para España el 5 de mayo de 2013. ¿Serán las últimas?

2. El confuso diseño competencial y el reforzamiento del poder central vía extensión competencial

Y, en fin, aunque se ha discutido mucho en la doctrina sobre la exigibilidad del derecho a la vivienda ante los tribunales, y sobre si la vivienda es o no un derecho subjetivo, creo que es imprescindible replantear si la garantía judicial, por su lentitud y coste, es una medida adecuada para conseguir la efectividad del derecho a la vivienda. Obsesionarnos con este reconocimiento nos puede llevar a infrutilizar otras vías de resolución de conflictos menos rígidas y más eficaces, al menos en el ámbito de la vivienda, más cercanas al ombudsman o defensor del ciudadano, como el “defensor local” que actúa en el Reino Unido con plena independencia financiera de la clase política.

La convivencia entre las normas estatales y las autonómicas, entre las políticas adoptadas por unos y otros gobiernos, no está siendo pacífica. La crisis económica y financiera ha generado en España un aluvión de medidas, muchas de ellas aprobadas mediante leyes de emergencia (Decretos-Leyes), que no sólo han reforzado las competencias del Estado (central), sino que han conducido también a un peligroso círculo de recentralización competencial y restricción de competencias autonómicas, como se ve muy bien en el conflicto relativo a la expropiación forzosa de viviendas por razón de emergencia social (STC 93/2015, de 14 de mayo, con votos particulares de cuatro magistrados).

La STC 93/2015, considera que las medidas introducidas por el legislador andaluz vulneran la competencia estatal en materia de bases y coordinación de la actividad económica del artículo 149.1.13 de la Constitución, haciendo notar la repercusión que podría tener sobre el mercado de crédito e hipotecario, al afectar directamente a uno de los elementos esenciales de la hipoteca, cual es la ejecutividad de la garantía real y la libre disposición del bien hipotecado por el acreedor hipotecario. Según el Tribunal Constitucional, el supuesto expropiatorio regulado en la ley andaluza (el argumento resulta extensible a las leyes navarra, canaria y vasca) obstaculiza y hace incompatibles las medidas adoptadas por el Estado en materia de política económica. Entre otras, la suspensión del plazo de varios años del lanzamiento cuando en un proceso de ejecución hipotecaria se adjudique al acreedor la vivienda habitual de una persona, prevista en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social²⁷. Sorprende que el Tribunal Constitucional considere que, una vez ejercitada la competencia estatal de regulación de las bases o planificación de un sector económico, en este caso la vivienda, la comunidad autónoma quede privada, mermada y condicionada para desarrollar sus propias competencias (las de vivienda). El desarrollo por el Estado del artículo 149.1.13^a produce, a juicio del Tribunal constitucional, un efecto de bloqueo de la competencia sectorial autonómica, como se encarga de denunciar el voto particular del magistrado J.A. Xiol Ríos, que comparto plenamente.

En mi opinión, la normativa autonómica no interfiere en la regulación estatal: simplemente la deja aplazada hasta que transcurra el plazo de suspensión. Y, desde luego, la eventual interferencia de medidas de política económica dictadas por el Estado y la comunidad autónoma ante un mismo problema (la protección de determinados colectivos vulnerables en materia de vivienda) no debería conducir a la inconstitucionalidad de la norma autonómica, en el sentido expuesto por el voto particular de la magistrada Adela Asua Batarrita, que también comparto.

En definitiva, el Tribunal Constitucional da por bueno que el Estado, en virtud del título competencial del artículo 149.1.13^o de la Constitución, pueda imponer de modo excluyente la solución a un problema social y económico como es el de la vivienda, cerrando el paso a que las comunidades autónomas puedan desarrollar sus propias políticas. Esto supone, como afirma el voto particular de la magistrada Adela Asua Batarrita, un constreñimiento excesivo de competencias autonómicas y una grave erosión y distorsión del sistema competencial. Causa perplejidad que

27 La STC 213/2016, de 15 de diciembre, ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados por ciertas irregularidades cometidas durante su tramitación parlamentaria y contra el contenido de algunos preceptos concretos de la ley.

el Tribunal Constitucional afirme que una vez ejercida la competencia estatal, las Comunidades Autónomas no pueden ejercer ya las suyas sobre el sector de la vivienda, aun cuando no exista real menoscabo de la competencia estatal. Aquí coincide el voto particular que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías, al que se adhiere don Fernando Valdes Dal-Ré, cuando advierten que en modo alguno la competencia ex art. 149.1.13º puede servir para atribuir al Estado una competencia exclusiva para regular de modo uniforme la materia de vivienda, excluyendo cualquier posibilidad de regulación por parte de las Comunidades Autónomas. La crisis económica ha servido de excusa, una vez más, para un proceso de recentralización.

3. Fragmentación excesiva de las políticas de vivienda

A juicio de PAMPARACUATRO MARTÍN (2015, 185), la tremenda dispersión de las fuentes de producción legislativa es una de las causas que explicaría la crisis del Derecho. En el ámbito de la vivienda esta afirmación cobra sentido, al menos en lo que afecta a la calidad normativa y a la coherencia de las medidas adoptadas. Uno de los problemas estructurales del urbanismo español, extensible a las políticas de vivienda, es la fragmentación normativa, y además la improvisación de tratamientos jurídicos distintos, la velocidad con la que se ofrecen respuestas jurídicas, ponen en peligro los principios de igualdad y de seguridad jurídica (MOREU CARBONELL, 2014: 377). La imaginación de los legisladores autonómicos incluye medidas muy diversas, algunas alejadas de la inmediata satisfacción del derecho constitucional a la vivienda, lo cual, unido a la tozudez y al inmovilismo del gobierno estatal, explican los conflictos actuales. Desde que el Presidente del Gobierno las impugnó ante el Tribunal Constitucional, la vigencia de las leyes andaluza, navarra, canaria, catalana y vasca ha quedado suspendida y, a tenor del fallo estimatorio del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley andaluza (el único resuelto hasta la fecha), cabe intuir que todas acabarán por ser declaradas inconstitucionales.

V. EN CONCLUSIÓN

A la vista de lo analizado hasta aquí, podemos concluir que las reformas en materia de vivienda desarrolladas en los últimos cinco o seis años se deben, en gran medida, a la presión del activismo social y a una clase política que, más o menos concienciada, pero casi siempre con un sesgo oportunista, sin olvidar el contexto económico, está recogiendo las demandas de los ciudadanos. Lo cierto es que, siendo puristas, la calidad de las normas no ha salido ganando con estas nuevas técnicas, especialmente cuando se recurre a la legislación de emergencia, y que se legisla con más voluntad que acierto. Las comunidades autónomas se encuentran en la tesitura de adoptar medidas plenamente ajustadas al marco constitucional y al entorno europeo, pero también resignadas o conscientes de van a ser recurridas ante el Tribunal

constitucional. El problema no es que la ciudadanía esté reclamando un papel más activo, no sólo en la producción normativa, y que estén surgiendo nuevos y legítimos modos de acción colectiva alternativos a las (pacatas) fórmulas de participación. No hay que enfocar hacia allí la raíz de todos los males. Supongo que la improvisación es una enfermedad que se cura con el tiempo, una vez que el carácter emergente del activismo social se consolide. En palabras de CONEJERO PAZ y REDONDO LEBRERO (2016, 20) la innovación social debería tender con el tiempo hacia un formato menos ideologizado y resulta primordial establecer estrategias estables que permitan articularla con éxito.

Esta estabilidad, desde luego, no se consigue con el recurso a la legislación de urgencia ni a medidas de emergencia, tan propia de la época de crisis (durante la X legislatura 2011-2015 se han batido todos los récords, pues se han aprobado 73 decretos-leyes sobre un total de 143 proyectos de ley). No es casualidad que recientemente se hayan publicado artículos doctrinales con el mismo ilustrativo título de “*uso y abuso del Decreto-Ley*” (Arana García, 2013 y Aragón Reyes, 2015), para recordarnos que el decreto-ley es una fuente del Derecho de naturaleza y utilización excepcional. Las comunidades autónomas también le han cogido el gustillo a esta técnica (en materia de vivienda, tanto Andalucía como Cataluña), a pesar de las dudas de constitucionalidad que suscita la generalización de esta fuente en el ámbito autonómico (Herráiz Serrano, 2012 y Boix Palop, 2012). Curiosamente, la STC de 14 de mayo de 2015, no discute que el recurso al decreto-ley esté justificado, y afirma que el gobierno andaluz cumplió con la exigencia de presentar explícita y razonadamente la situación extraordinaria, rechazando así los argumentos del Gobierno.

Los obstáculos para que las medidas de intervención en el ámbito de la vivienda tengan éxito ya han sido expuestos, como el confuso reparto competencial y la tendencia centralizadora del Tribunal constitucional. Da la impresión de que se legisla porque está de moda o porque es políticamente correcto, aunque luego no se prevean cauces para hacer efectiva la regulación. Ni la ciencia en general ni la jurídica en particular son ajenas a este fenómeno gregario. Baste pensar en los temas, los conceptos y las teorías que por circunstancias diversas se ponen de moda y que suscitan entre la comunidad científica una atención a todas luces excesiva (Doménech Pascual, 2016, 7). Lamentablemente, en el ámbito de la vivienda encontramos también ejemplos de leyes propaganda (Martín Valdivia, 2015: 4) o leyes-manifiesto, como denuncia TORNOS MAS (2014: 2864), que buscan conseguir un buen titular, pero no terminan de ser eficaces en la consecución de sus objetivos. Las normas sobre vivienda deben ser asequibles, en el sentido de que se deben poder cumplir; no deben elaborarse con una finalidad puramente de marketing o propagandística, sino con la intención de aplicarlas activamente. La clave está, parafraseando a Hamlet ante la calavera, “*tener o no tener un derecho subjetivo a la vivienda*” (Carrasco Perera, 2011), porque un derecho sin acción y sin medios para hacerlo efectivo no es un derecho subjetivo.

Los problemas estructurales de la vivienda en España no se resuelven con parches legislativos a golpe de activismo e impulso social, que tienen un limitado impacto económico y, desde luego, prácticamente nulo para la estabilidad bancaria, ni para el proceso de reestructuración establecido por la Unión europea, a pesar del revuelo generado y de una atención mediática desmesurada. En mi opinión, las novedades introducidas apresuradamente y en medio de fuertes presiones sociales por las leyes autonómicas en materia de vivienda -y no digamos las del Estado, que son inapreciables-, dan pequeños pasos en la protección del derecho a la vivienda, pero no tienen carácter estructural. Existe el riesgo de que todas estas reformas queden en papel mojado y no sirvan para que se articule un derecho efectivo a la vivienda (demasiados cambios para que todo siga igual). Me da la impresión de que esta forma de legislar fragmentada y basada en grandes declaraciones formales está legitimando la inacción y la disolución de las concretas obligaciones jurídicas asociadas a derechos, tras el velo de una jerga político-burocrática que no sería más que humo sofisticado que encubriría la falta de diligencia de la clase política (son palabras de PONCE SOLÉ, 2014: 7). Por último, son medidas que sólo han tenido en cuenta los intereses de una clase media con poder adquisitivo, que ha podido acceder a una vivienda en el mercado inmobiliario (deudores hipotecarios, propietarios), pero que dejan de lado a quienes ni siquiera tienen acceso a una vivienda digna (marginados, sin techo) y a los que no son propietarios de vivienda (piénsese en la regulación del “desahucio exprés” que refuerza la posición del arrendador, sin que se prevean medidas de apoyo al inquilino por razones de vulnerabilidad social). Los olvidados, salvo excepciones, son los de siempre.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid.
- ALLI ARANGUREN, JUAN CRUZ (2011) “El irreconocible derecho a la vivienda en la Ley formal 10/2010, de 10 de mayo”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 268, 2011, pgs. 69 a 121.
- ALONSO GARCÍA, M^a TERESA, dir. (2014) *Vivienda y crisis económica. Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Pamplona, Aranzadi.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2015). *Derechos desalojados. El derecho a la vivienda y los desalojos hipotecarios en España (Informe)*, Madrid, en https://grupos.es.amnesty.org/uploads/media/informe_vivienda_jun_15_Derechos_desalojados.pdf.
- ARAGÓN REYES, MANUEL (2015): “Uso y abuso del Decreto-Ley: una propuesta de reinterpretación constitucional”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* N. 60, pp. 12 a 17.
- ARANA GARCÍA, ESTANISLAO (2013): “Uso y abuso del Decreto-Ley”, *RAP* nº 191, pp. 337 a 365.
- ATIENZA, MANUEL (2013a): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos.
- ATIENZA, MANUEL (2013b): “Los desahucios, los jueces y la idea del derecho”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n. 37, pp. 14 a 19.
- BASSOLS COMA, MARTÍN (2011). “El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pgs. 13- 42.
- BENGOETXEA CABALLERO, JOXERRAMON (2014): “Sobre-endeudamiento, desahucio, abuso del derecho y cultura judicial formalista”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 48, pp. 50 a 55.
- BOIX PALOP, ANDRÉS (2012): “La inconstitucionalidad del Decreto-ley autonómico”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* nº 27, pp. 121 a 148.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL (2011). “Tener y no tener un derecho subjetivo a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 814.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL y LOZANO CUTANDA, BLANCA (2013). “Decreto Ley 7/2013, de 9 de abril, para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía: una nota de urgencia”, *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 1 a 6, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/04/Decreto-Ley-andaluz-vivienda-RV.pdf>.

CARRILLO, MARC (2015): “La libertad de expresión de los jueces”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* n. 53-54, pp. 16 a 27.

CESTEROS, LUIS (2012). “Los problemas estructurales del urbanismo español y la necesidad de un cambio de modelo”, *RDUyMA* n° 275, 2012, pgs. 13 a 23.

CONEJERO PAZ, ENRIQUE y REDONDO LEBRERO, JUAN CARLOS (2016): “La innovación social desde el ámbito público: conceptos, experiencias y obstáculos”, *Gestión y análisis de políticas públicas* n° 15, pp. 1 a 20.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL VASCO (2014): “*El sobreendeudamiento familiar: un análisis desde la CAPV*” disponible en www.cesegab.com/Portals/0/Libros/20140327_El_sobreendeudamiento_familiar.pdf (recuperado: 24 mayo 2016).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013): “Una aproximación a la conciliación de los datos sobre ejecuciones hipotecarias y desahucios”, *Boletín de Información Estadística* n° 35, pp. 1 a 9.

CUBERO MARCOS, JOSÉ IGNACIO (2017), “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54 pp. 118-140.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2012): *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, en www.defensordelpueblo.es (recuperado: noviembre 2015).

DÍAZ GREGO, MARÍA (2012): “El Tribunal Constitucional y la protección indirecta de los derechos sociales”, *Lex Social, Revista de los derechos sociales* n° 1/2102, pp. 5 a 30.

Doménech Pascual, Gabriel (2016): “Que innoven ellos”, *InDret* 2/2016, pp. 1 a 41.

ESCOBAR ROCA, GUILLERMO y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, BEATRIZ (2012): “El derecho a la vivienda”, ob. col. ESCOBAR ROCA, GUILLERMO, DIR: *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona.

ESCODÉ, CRISTINA (2017): “La política pública del Ayuntamiento de Terrassa en relación con las viviendas vacías y su desarrollo jurídico”, ob. col. Moltó Darner, Josep y Ponce Solé, Juli, coords. Derecho a la vivienda y función social de la propiedad, Aranzadi.

GARCÍAS DE ESPAÑA, EUGENIA (2013): “Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n° 10/2013, pp. 1 a 22.

GARRIDO GUTIÉRREZ, PILAR (2012): “El derecho a una vivienda digna en España. Crisis residencial: origen, consecuencias y respuesta de los poderes públicos”, documento disponible en <http://www.arteko.net/>.

GARRIDO GUTIÉRREZ, PILAR (2015): “¿Para qué una constitución? Los desahucios a la luz del derecho constitucional a una vivienda digna. Apuntes sobre algunas estrategias defensivas”, ob. col. M.A. GARCÍA HERRERA, J. ASENSI SABATER, F. BALAGUER CALLEJÓN (coords.): *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 399 a 428.

GARCÍA INDA, AGUSTÍN (2015): “Hamburguesas y eficiencia. Del estado del bienestar a la sociedad del bienestar”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* n° 15, pp. 1 a 13.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, M^a JOSÉ (2013): *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo*, Dykinson, Universidad de Zaragoza.

HARO BARBA, CARMEN y SAMPEDRO BLANCO, VÍCTOR (2011): “Activismo político en red: del movimiento por la vivienda digna al 15M”, *Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos sociales*, vol. 8, n° 2, Universidad Complutense de Madrid, pp. 167 a 185, en <http://revistas.ucm.es/index.php/TEKN>.

HERRÁIZ SERRANO, Olga (2012): “Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* n° 25, pp. 105 a 161.

INSERGUET-BRISSET, VERONIQUE (2010): “La evolución del Derecho francés en materia de vivienda”, ob. col. F. LÓPEZ RAMÓN (coord.): *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, pp. 27 a 64.

KENNA, PADRAIC (2009): “El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles. (Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, *UNED. Revista de Derecho Político* n° 74, pp. 479 a 501.

LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO (2014): “El derecho subjetivo a la vivienda”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 102, págs. 49-91.

MARCELLESI, FLORENT y MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ROSA (2015): “Del activismo social al activismos político: las candidaturas ciudadanas municipalistas en España”, *Green European Journal* (<http://www.greeneuropeanjournal.eu>).

MARTÍN VALDIVIA, SALVADOR (2013): “El Decreto-Ley andaluz de vivienda 67/2013. ¿Romanticismo, propaganda o función social legítima?”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n° 28, 2013, pp. 67 a 98.

MARTÍN VALDIVIA, SALVADOR (2015). “Derecho de propiedad y política de vivienda: límites constitucionales. Comentario a la STC de 14 de mayo de 2015”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n° 34, pp. 1 a 4.

MENÉNDEZ MORENO, ALEJANDRO (2015), “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)”, *Revista Quincena Fiscal* n° 17.

MOLTÓ DARNER, JOSEP M. y PONCE, JULI (2016): “L'esfondrament d'un mite: l'habitatge com a dret subjectiu en el marc d'un servei d'interès general i de la funció social de la propietat”, *blog de la Revista Catalana de Dret Public*, RCDP, <https://eapc-rdp.blog.gencat.cat/>.

MOLTÓ DARNER, JOSEP M. y PONCE, JULI, coords. (2017): *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Aranzadi.

MONTORO CHINER, MARÍA JESÚS y SOMMERMAN, KARL-PETER, dirs. (2015): *Gute Rechtsetzung. La buena legislación*, Speyerer Forschungsberichte 281.

MOREU CARBONELL, ELISA (2014). “Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social”, en ALONSO PÉREZ, M^a TERESA (dir.), *Vivienda y crisis económica. Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Pamplona, Aranzadi, pp. 369 a 420.

MOREU CARBONELL, ELISA (2016), “Activismo social y derecho a la vivienda”, ob. col. J. GIFREU FONT, M. BASSOLS COMA y A. MENÉNDEZ REXACH, dirs. *El derecho a la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP, Madrid, pp. 281 a 302.

ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS (2008), *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari, Adición Misión España, A/HRC/7/16 Add.2.

PAMPARACUATRO MARTÍN, JAVIER (2015). “En torno a la crisis del Derecho”, *Revista de Derecho Político* n. 92, pp. 165 a 194.

PISARELLO, GERARDO (2009) “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, *Revista Catalana de Dret Públic* n° 38, pp. 1 a 13.

PONCE SOLÉ, JULI (1999): “Segregación espacial, derecho urbanístico y jueces audaces en los Estados Unidos de América”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 57, pp. 329-354.

PONCE SOLÉ, JULI (2007): “Las políticas públicas dirigidas a facilitar el derecho de acceso a la vivienda: análisis y propuestas, con especial referencia al derecho comparado francés y anglosajón”, *RVAP* n° 79.

PONCE SOLÉ, JULI (2008) “La acción pública en materia de vivienda”, ob. col. PONCE SOLÉ, JULI y SIBINA TOMÁS, DOMENEC (coords.): *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y urbanismo*, Marcial Pons, 2008, pgs. 177 a 216.

PONCE SOLÉ, JULI (2014): “Ciencias sociales, Derecho administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y análisis de políticas públicas* n° 11, pp. 1 a 20.

PONCE SOLÉ, JULI (2015) “¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos”, blog de l’Institut de Recerca TransJus, <http://www.ub.edu/instituttransjus/> (recuperado: 30 noviembre 2015).

ROCA CALDERA, JOSEP (2010): “El marco urbanístico de la política de vivienda”, ob. col. LEAL MALDONADO, J. (coord.), *La política de vivienda en España*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2010, pgs. 195 a 236.

RODRÍGUEZ ARANA, JAIME (2015): *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, INAP, Sevilla.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA (2015): *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, Siglo XXI* Editores Argentina.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, edición española*, Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

TEJEDOR BIELSA, JULIO C. (2012): *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria*, La Ley, Madrid, 2012, 257 págs.

TORNOS MAS, JOAQUÍN (2014). “El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº especial 99-100, 2014, pp. 2853 a 2871.

URBANO SÁNCHEZ, LUCÍA (2016), “La tributación de la vivienda vacía en el ámbito autonómico y local. Algunas reflexiones a la luz del artículo 6.3 de la LOFCA”, *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 96, págs. 127 a 164.

VAQUER CABALLERÍA, MARCOS (2014): “Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* N. 48, pp. 34 a 39.

VAQUER CABALLERÍA, MARCOS (2015): “El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* n. 32, pp. 121 a 154.

VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, PONCE SOLÉ, JULI y ARNAIZ RAMOS, RAFAEL (2016): *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

VON STEIN, LORENZ (1957): *Movimientos sociales y monarquía*, versión a cargo de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

El nuevo marco legal de los convenios a la luz de la reforma de la Administración Pública

Elisa Pérez de los Cobos Hernández

Ayudante Doctor en Derecho Administrativo

Universidad de Murcia

RESUMEN: La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), forma parte de un ambicioso proyecto reformista dirigido a superar los efectos de la crisis económica que ha atravesado España. Este objetivo está presente en no pocos aspectos de la Ley, entre ellos, en el establecimiento de una normativa uniforme y más completa de los convenios, dirigida a mejorar la fiscalización del gasto público que se realiza a través de esta figura. De este modo, a través de un novedoso régimen jurídico básico de los convenios, la LRJSP eleva a rango de ley las propuestas y recomendaciones recogidas, tanto en el Dictamen del Tribunal de Cuentas núm. 878, de 30 de noviembre, como en el Informe CORA, arrojando luz en la práctica convencional administrativa. Una regulación que, sin perjuicio de precisar mayor detalle en algunos aspectos, ha recibido una valoración positiva.

ABSTRACT: The Law 40/2015, of 1 October, on the Legal Regime of the Public Sector is integrated in a reform project that aims at overcoming the effects of the economic crisis that has suffered from Spain. This target is present in many aspects of the law, among them, in the creation of a uniform and complete regulatory regime of the administrative agreements, with the aim of improving the control of public spending. In this way, through the new normative regulation of the conventions, the LRJSP becomes law proposals and recommendations contained in the Opinion of the Court of Auditors No. 878, 30 November and in the Report CORA, resolving the doubts practices. A normative regulation that has been judged positively, although some of the details should be improved.

Palabras clave: convenio administrativo; reforma administrativa; cooperación.

KEYWORDS: Administrative agreement; administrative reform; cooperation.

Sumario: I. LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO MARCO SOCIO-ECONÓMICO DE ESPAÑA. II. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN ADECUADO MARCO LEGAL PARA EL EMPLEO DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. III. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LOS CONVENIOS EN LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO. 1. Concepto de convenio. A. El obligado concepto residual de los convenios de colaboración a la luz de la legislación contractual: la incidencia de las nuevas Directivas europeas de contratación pública. B. El nuevo concepto de convenio. 2. La nueva clasificación de los convenios. 3. Requisitos de validez y eficacia de los convenios. 4. Contenido del convenio. 5. Trámites preceptivos para la suscripción de los convenios. 6. Extinción de los convenios y sus efectos. 7. Remisión de los convenios al Tribunal de Cuentas. III. BREVE RECAPITULACIÓN FINAL. IV BIBLIOGRAFÍA

I. LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO MARCO SOCIO-ECONÓMICO DE ESPAÑA

La crisis económica global y el último ciclo de corrupción que ha vivido España han puesto en tela de juicio los pilares fundamentales de nuestro sistema público tradicional. Las dudas sobre su eficacia se han traducido en una pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones y en una exigencia de adaptación de la Administración pública a las demandas de la sociedad del siglo XXI. Por ello, a pesar de que en España la crisis no tuvo su origen específico en el sector público, las condiciones fiscales y la búsqueda de respuestas estructurales a los problemas recurrentes de la economía española, centraron la atención sobre aquel¹.

En este contexto, se puso de manifiesto la necesidad de contar con una Administración pública austera y eficiente como valor competitivo para nuestro país². Era necesario abordar una profunda transformación de la Administración que permitiera mejorar de su eficacia, calidad y eficiencia, adaptándose mejor a las necesidades de los ciudadanos³. Con este fin, el Consejo de Ministros acordó, el 26 de octubre de 2012, la creación de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas

¹ Vid. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), *España: de la reforma administrativa a la mejora continua. Resumen ejecutivo, hallazgos y recomendaciones clave*, Estudios de Gobernanza Pública de la OCDE, 2014, p. 3.

² GOBIERNO DE ESPAÑA, *Referencia del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012*, Ministerio de Presidencia, Secretaría de Estado de Comunicación, Madrid, 2012, p. 7.

³ Cfr. COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (CORA), *Informe de la Reforma de las Administraciones Públicas*, Gobierno de España, Madrid, 2013, p. 35.

con el mandato de realizar un estudio integral dirigido a modernizar el sector público español, dotarle de una mayor eficacia, eliminar las duplicidades y simplificar los procedimientos a través de los cuales los ciudadanos y las empresas se relacionan con la Administración⁴. El informe resultante, elevado al Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013, recogía 217 propuestas basadas en el convencimiento de que una economía competitiva exige una Administración pública *eficiente, transparente, ágil y centrada en el servicio a los administrados*⁵. En la misma línea, el Programa Nacional de Reformas de España para 2014 subrayaba la necesidad de impulsar medidas para racionalizar la actuación administrativa, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad⁶.

De este modo, tomando como punto de partida el Informe CORA, se aborda una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones que se articula en dos ejes fundamentales: de un lado, la ordenación de las relaciones *ad extra* de las Administraciones con los ciudadanos y empresas, y, de otro, la regulación *ad intra* del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas⁷. El resultado último fue la aprobación de dos textos legislativos, hoy en vigor, que conforman la cabecera del Derecho administrativo: la Ley 39/2015, de 1

⁴ La CORA se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MHAP) a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. Para el logro de sus objetivos, la CORA se organizó en 4 subcomisiones: i) *Duplicidades administrativas*: a la que se le encomendó identificar y eliminar duplicidades y reforzar los mecanismos de cooperación; ii) *Simplificación administrativa*: que debía revisar las trabas burocráticas que dificultan la tramitación de los procedimientos administrativos con el fin de conseguir una mayor simplificación; iii) *Gestión de servicios y medios comunes*: destinada a centralizar actividades de gestión que, por ser similares o de la misma naturaleza, pudieran desempeñarse de forma unificada o coordinada, aprovechando así en mayor medida los medios públicos; iv) *Administración institucional*: cuya finalidad era analizar la distinta tipología de entes que la componen, revisando el marco normativo y los modelos que en él se identificasen como óptimos.

⁵ De las 217 propuestas recogidas en el Informe CORA, de 21 de junio de 2013, 139 afectan al Estado y a las Comunidades Autónomas (CCAA) y 78 exclusivamente a la Administración General del Estado (AGE). De estas 217 medidas, 11 tienen carácter general y horizontal para todos los ámbitos de la Administración Pública; 118 tienden a eliminar duplicidades con las CCAA y el Estado; 42 eliminan trabas, simplifican los procedimientos y facilitan el acceso de los ciudadanos a la Administración; 38 mejoran la gestión de los servicios y medios comunes; y 8 racionalizan la Administración Institucional, tanto en el plano normativo como mediante la supresión e integración de 57 entidades públicas estatales. *Vid.* CORA, *Informe de la Reforma...*, cit., p. 11.

⁶ *Cfr.* Programa Nacional de Reformas de España, Gobierno de España, Madrid, 2014, p. 10.

⁷ La LRJSP responde al segundo de los ejes citados y, al amparo del art. 149.1.18^a CE, ordena y sistematiza las relaciones *inter e intra* administrativas. Por un lado, la Ley se encarga de la legislación básica sobre régimen jurídico administrativo aplicable a todas las Administraciones públicas, y, por otro, del régimen jurídico específico de la AGE, donde se incluye tanto la llamada Administración institucional, como la Administración periférica del Estado. Junto con lo anterior, la Ley incorpora la regulación sistemática de las relaciones internas entre las Administraciones públicas, estableciendo los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los distintos sujetos públicos.

de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (LPACAP), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, (LRJSP)⁸.

La LRJSP forma parte de un ambicioso proyecto reformista dirigido a superar los efectos de la crisis económica que ha atravesado España⁹. Mediante esta nueva regulación se pretende alcanzar una mejora en la eficacia de la actuación administrativa que se traduzca, a la postre, en un más atento cumplimiento de los principios de disciplina presupuestaria y estabilidad financiera¹⁰. Este objetivo está presente en no pocos aspectos de la Ley, entre ellos, y por lo que aquí importa, en el establecimiento de una normativa uniforme y más completa de los convenios con la que mejorar la fiscalización del gasto público que se realiza a través de esta figura¹¹.

De este modo, y dejando de lado otros debates que el nuevo régimen jurídico del sector público plantea, se acota el objeto del presente estudio al examen de las principales novedades que la LRJSP introduce en el régimen de los convenios, como instrumentos esenciales de las relaciones interadministrativas necesarias para el buen funcionamiento del Estado Autonómico.

II. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN ADECUADO MARCO LEGAL PARA EL EMPLEO DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La pormenorizada regulación de los convenios que hoy recoge la LRJSP responde a las propuestas y recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas (TCu) en su Moción a las Cortes Generales núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del conve-

⁸ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (ambas, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

⁹ En la misma línea reformista, integrando las directrices del Informe CORA, pueden identificarse otras normas como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013); Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2013); o la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, (BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2014).

¹⁰ Vid. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y MINISTERIO DE PRESIDENCIA, *Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, Madrid, 9 de enero 2015, pp. 6-9.

¹¹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 274/2015, de 29 de abril, *Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, apartado III “Consideraciones generales”, subapartado b) “Sobre la finalidad perseguida por el anteproyecto”.

nio de colaboración por las Administraciones públicas¹². El TCu puso de manifiesto que, a pesar del creciente empleo del convenio de colaboración, —tanto entre la Administración o entidades públicas como de éstas con los administrados—, y del hecho de que a través de este instrumento se canalicen importantes cantidades de recursos públicos, esta figura carecía de una regulación sistemática en nuestro país, al menos, en el ámbito de la legislación del Estado¹³.

El insuficiente marco regulatorio de los convenios ha dado pie a prácticas “que soslayan la aplicación de la legislación contractual, resintiéndose, por tanto, la gestión de los fondos públicos que discurre por cauces jurídicamente inseguros, y la aplicación de los principios de legalidad, eficiencia y economía”¹⁴. Una conducta generalizada que, como señala FUERTES LÓPEZ, ha dado lugar a “una gran vía de agua en la legislación española hecha a golpe de convenio que han podido hundir todo el barco de previsiones legislativas que tratan de garantizar una actuación contractual pública, que garantiza la no discriminación y favorece la competencia empresarial”¹⁵. Misma conducta que ha hecho necesaria, en no pocas ocasiones, la intervención de los Tribunales para la declaración de nulidad de muchos de estos convenios¹⁶. En realidad, el problema radica en que la normativa reguladora de los convenios se ha encontrado tradicionalmente dispersa en una multiplicidad de normas poco claras. Muchas de ellas destinadas a regular aspectos parciales o modalidades concretas, y

¹² BOCG núm. 480, Serie A, IX Legislatura, de 28 de octubre de 2011.

¹³ En este sentido, el Informe de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial sobre los Convenios de colaboración Estado-CCAA suscritos durante 2009, señala que, el número de convenios suscritos en el periodo 1999-2009, ascendió a un total de 10.251, elevándose la aportación estatal por esta vía a 32.527,40 millones de euros. En el año 2012, de acuerdo con los datos que obran en el Informe CORA, los convenios en el Sector Público estatal ascendieron a 7.100. A los anteriores, como señala el TCu, deben añadirse “los demás celebrados por la AGE con Entidades Locales y otras entidades públicas de los que no existe información estadística, ni habitualmente se publican en el BOE. También se carece de información estadística de los celebrados con entidades privadas, si bien existe evidencia de que son numerosos”. Dictamen del Tribunal de Cuentas núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones públicas*, pp. 7-8.

¹⁴ Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., p. 7.

¹⁵ FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios en la Ley del Sector Público”, conferencia impartida en el *Seminari de Dret Local: les lleis 39 i 40 de 2015, de Procediment Administratiu i Règim Jurídic del Sector Públic*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 20 de noviembre de 2015, p. 16.

¹⁶ Por todas, STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 7ª, de 20 de marzo de 2012, por la que se desestima el recurso interpuesto por la AGE frente a la Sentencia de 30 de septiembre de 2008 de la Secc. 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid (rec. núm. 2882/2003), en la que se declara la nulidad del convenio de colaboración suscrito entre la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. y el Ministerio del Interior, de 17 de diciembre de 2002; en el mismo sentido, la STS, Sala de lo Contencioso -Administrativo, Secc. 4ª, de 18 de febrero de 2004, por la que se declara la nulidad del convenio suscrito el 6 de octubre de 1995 entre el departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Cataluña y el Grupo de Sanidad Porcina de Lérida, al no ser conforme a derecho.

solo algunas, las menos, a la regulación de elementos comunes¹⁷. Un foco inagotable de dudas sobre la correcta legislación aplicable que ha afectado, tanto a los gestores públicos y los órganos de control, como a los terceros con los que se formalizan los convenios.

La exhaustiva labor fiscalizadora del TCu ha permitido identificar las debilidades más relevantes de la actividad convencional de la Administración. Sin agotar el total de incidencias detectadas por el Alto Tribunal, se comprueba que la mayoría de convenios celebrados con personas sujetas a derecho privado se han suscrito sin una norma habilitante específica; sin realizar actuaciones tendentes a dar publicidad; con una escasa concreción de su objeto y de los criterios para determinar las aportaciones de la Administración pública; o encubriendo verdaderos contratos administrativos o subvenciones públicas sin atender a su legislación específica. Por lo que se refiere a los convenios celebrados entre la AGE y las Entidades Locales u otras Administraciones o entidades públicas, las incidencias detectadas son en buena parte coincidentes con las ya expuestas. Se constatan las anomalías y la falta de seguridad en los convenios que canalizan subvenciones de la AGE a favor de las CCAA; una incorrecta aplicación de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación; falta de concreción de las actuaciones a realizar por las partes; y, una generalizada ausencia de previsiones en el clausulado del convenio con las que hacer frente a ulteriores incidencias en la fase de ejecución¹⁸. Partiendo de estas consideraciones, el TCu propuso un conjunto de medidas dirigidas a mejorar la gestión económica financiera del sector público, instándose al Gobierno a realizar las modificaciones normativas necesarias para hacerlas efectivas¹⁹.

¹⁷ Como señala el TCu, “estas normas abordan aspectos parciales o modalidades concretas, de las cuales sólo algunas, pueden considerarse comunes a los distintos tipos de convenios, mientras que otras únicamente conciernen a algunos de ellos”. Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., p. 15.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 8-14.

¹⁹ En consideración a los resultados obtenidos en su Dictamen, el TCu formula un total de dieciséis propuestas para su consideración por las Cortes Generales y su traslado al Gobierno. Entre éstas, dada su importancia, destacan las siguientes: “1ª) que se complete y sistematice el marco legal de estos convenios de colaboración, que se formule un concepto diferenciándolo de figuras afines, que se precisen sus ámbitos subjetivo y objetivo, y los extremos que puede comprender su contenido; 2ª) que se precise el marco jurídico aplicable a los convenios que se celebren por entidades públicas regidas por el derecho privado con otras entidades o Administraciones públicas; 3ª) que se precise en qué medida las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos vinculados o dependientes de aquella pueden canalizarse mediante convenios de colaboración, o si debe producirse mediante encomiendas de gestión; 15ª) que se complete y amplíe la información sobre los convenios mediante un sistema registral; 16ª) que la obligación de remitir al TCu información sobre los contratos celebrados por las entidades del sector público que se regula en el art. 29 LCSP y en los arts. 39 y 40 de la LFTCu, se haga extensiva con las necesarias adaptaciones a los convenios de colaboración”. *Vid.* Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., pp. 32-34. A la vista de lo anterior, la Comisión Mixta para las Relaciones con el TCu, en su sesión del día 18 de

Pero no solo el TCu advierte de las deficiencias en la regulación positiva de los convenios de colaboración, también lo hace el Informe CORA. Tras señalar la notable dispersión de entidades con competencia para firmar convenios en cada Ministerio, —reflejo de la atomización existente en la actualidad en el sector público estatal—, y la reiterada utilización de la denominación «convenio de colaboración» para dar cobijo a realidades jurídicas dispares, la subcomisión de gestión de servicio y medios comunes de la CORA propuso una serie de medidas a adoptar en una línea similar a las efectuadas por el TCu²⁰.

Así pues, las recomendaciones contempladas tanto en el Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, como en el Informe CORA, de 21 de junio de 2013, constituyen el germen del marco jurídico básico, sustantivo y de procedimiento, de los convenios que se recoge en la LRJSP y con el que se pretende dar respuesta a las dudas y prácticas irregulares que han caracterizado el uso común de los convenios de colaboración.

III. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LOS CONVENIOS EN LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

La LRJSP desarrolla en el Capítulo VI del Título preliminar, arts. 47 a 53 y Disposición adicional 8ª, un completo régimen jurídico básico de los convenios aplicable a todas las Administraciones públicas *ex* art. 149.1.18ª CE. Para su más correcto examen, se sigue a continuación el orden establecido en la Ley, analizando detenidamente aquellos aspectos que dan cabida a las recomendaciones y propuestas del TCu y del Informe CORA.

diciembre de 2012, acordó instar al Gobierno para que, dentro de sus competencias, adoptase las medidas necesarias para la efectividad de las propuestas del Alto Tribunal. *Vid.* Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el TCu en relación con la Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas, (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 2013).

²⁰ Entre las directrices recogidas en el Informe CORA pueden identificarse las siguientes: i) aprobación de una norma por la que se regule el régimen jurídico de los convenios de colaboración y su distinción de figuras análogas, así como el procedimiento para la tramitación de los mismos, en particular, si conllevan coste económico para el Sector Público estatal; ii) creación de un sistema de información de convenios de colaboración en el ámbito del Sector Público estatal con el que cumplir las obligaciones en materia de transparencia; iii) elaboración anual de un instrumento de planificación de convenios de colaboración; iv) remisión de información al TCu de los convenios coincidencia económica superior a un determinado umbral. *Cfr.* CORA, *Informe de la Reforma...*, cit., pp. 192-193.

1. Concepto de convenio

A. El obligado concepto residual de los convenios de colaboración a la luz de la legislación contractual: la incidencia de las nuevas Directivas europeas de contratación pública

Uno de los principales estigmas de los convenios se encuentra en la falta de un adecuado concepto legal, jurisprudencial o doctrinal de esta figura. Como señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “el término convenio es utilizado, frecuentemente, como un concepto meramente descriptivo, sin pretender remitir a una precisa naturaleza jurídica de la figura a la que se refiere, sino sólo expresar que, en la formación de dicho acto jurídico, intervienen voluntades concurrentes de dos o más sujetos”²¹. La consecuencia directa ha sido que, tanto en las relaciones entre Administración y administrado, como en las que se entablan entre Administraciones públicas, el empleo del *nomen iuris* «convenio de colaboración» ha dado cobijo a una disparidad variada de realidades jurídicas.

Si bien, pese a la ausencia de un concepto legal de convenio, en el ámbito del derecho público, los negocios jurídicos bilaterales se han clasificado generalmente como contratos o convenios. Para corregir la dificultad práctica que esto plantea, se recurrió a un concepto residual de convenio, derivado de una definición negativa hoy recogida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)²². De acuerdo con esto, quedan excluidos de la aplicación del TRLCSP, tanto los convenios de colaboración interadministrativos, que por su naturaleza no tengan la consideración de contratos sujetos al TRLCSP (*ex* art. 4.1.c), como los convenios con personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, siempre y cuando su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en el TRLCSP o en normas administrativas especiales, (*ex* art. 4.1.d). Esta regulación negativa de la figura de los convenios se completa, además, con el apartado 2 del citado art. 4 TRLCSP, en virtud del cual, los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados, entre los que figuran los convenios, se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

²¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, p. 95.

²² La incorporación original de este concepto residual de convenio tuvo lugar con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que introdujo importantes cambios en la redacción de los negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación, (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007).

Ahora bien, la redacción de estos preceptos no está exenta de dudas interpretativas en orden al alcance de dicha exclusión²³. La doctrina mayoritaria ha entendido que, pese a su diferente redacción, los apartados c) y d) del art. 4 TRLCSP albergan, en realidad, un criterio idéntico, de forma que el elemento determinante de la naturaleza contractual o convencional del negocio jurídico es su objeto²⁴. En consecuencia, como señala SANTIAGO IGLESIAS, “en aquellos supuestos en los que el objeto del negocio jurídico celebrado entre las citadas entidades coincida con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP no será posible el recurso a la fórmula convencional”²⁵. En esta línea parece ir el TCu cuando afirma que, “siempre que el objeto del supuesto convenio coincida con el de un contrato, las condiciones subjetivas de la otra parte no lo sitúan fuera del ámbito de la contratación”²⁶. Si bien, el Alto Tribunal añade que, “sólo una actuación conjunta de los sujetos intervinientes para la consecución del objeto, ajena a la idea de intercambio patrimonial, podría

²³ Sobre el alcance de la exclusión contenida en el art. 4.1.c y d) TRLCSP, *vid.*, SANTIAGO IGLESIAS, D., “Los convenios interadministrativos”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Tratado de Contratos*, tomo XIV, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 905 y ss; en el mismo sentido, PASCUAL GARCÍA, J., *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y Convenios con administrados*, BOE, Madrid, 2012.

²⁴ Pese a tratarse del criterio doctrinal mayoritario, SANTIAGO IGLESIAS advierte de la posibilidad de realizar una interpretación distinta del alcance del art. 4.1.c) TRLCSP, que explicaría la diferente redacción dada por el legislador a los apartados c) y d) del citado precepto. De este modo, señala la autora que, “no sería el objeto sino la causa el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico. Así, en el caso de los contratos, la causa es remuneratoria: *facio ut des*, es decir, en los contratos interadministrativos lo determinante es la existencia de ánimo lucrativo, de tal manera que, en ellos, se realiza una actividad a cambio de la obtención de un beneficio, mientras que, en el caso de los convenios interadministrativos, la causa es la colaboración en el logro de un objetivo común a las partes que reviste interés público, *facio ut facias*. Así, de acuerdo con esta interpretación, quedarían excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP aquellos convenios interadministrativos que las Administraciones públicas intervinientes celebrasen con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público, con independencia de si su objeto coincide o no con el de alguno de los contratos regulados en dicha norma”. SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, pp. 13-14.

²⁵ SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las relaciones de colaboración ...”, *cit.*, p. 12; en el mismo sentido, MELLADO RUIZ, L., “Ámbito subjetivo y objetivo de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *RAAP*, núm. 74, 2009, p. 135.

²⁶ Entendemos que el TCu subraya la irrelevancia de las condiciones subjetivas de las partes del convenio refiriéndose a los convenios de colaboración entre Administraciones y otras entidades de derecho público, a través de los cuales se han encubierto verdaderos contratos. Así, la STJUE de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03, por la que se condenó al Reino de España, por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos, los convenios que se celebren entre Administraciones y otras entidades de derecho público, aun cuando por su objeto constituyan contratos públicos a los efectos de las Directivas.

calificarse de convenio de colaboración²⁷. De lo anterior puede deducirse que, el criterio diferenciador entre convenio y contrato no puede quedar limitado al objeto material del negocio jurídico, debiendo tenerse en cuenta la causa del convenio. Así, mientras que en los contratos la causa es remuneratoria, en los convenios ésta reside en el logro de un objetivo común que, revistiendo interés público, no genera lucro para las partes²⁸. Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 TRLSP, no existe posibilidad de acudir a la figura de convenio en los casos de relaciones de carácter y contenido contractual, es decir, cuando existen intereses de carácter patrimonial entre las partes que lo suscriben, con independencia de la personificación pública o privada del sujeto²⁹.

En todo caso, debe tenerse en cuenta aquí la necesaria transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública³⁰. Estas constituyen la culminación de un proceso de adaptación de la normativa de contratación pública iniciado en el seno de la UE en el año 2010. Sin embargo, pese al plazo máximo concedido para su transposición, vencido en 2016, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el se transponen al ordenamiento jurídico

²⁷ El TCu advierte que un criterio distinto al expuesto, “podría llevar a extraer del ámbito de la contratación, prestaciones o servicios que constituyen su objeto propio. Tal como ocurriría si se considerara suficiente la mera declaración de la existencia de un interés compartido o la aportación por la Administración de medios existentes en sus dependencias o la constitución de un órgano de seguimiento para ignorar la naturaleza de una operación que, en el fondo, se traduce en satisfacer una cantidad a cambio de unas prestaciones que realiza el otro sujeto”. Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., p. 24.

²⁸ En este sentido, PASCUAL GARCÍA señala que, “habrá convenio si, concurriendo las demás condiciones, el objeto no fuera contractual, pero también lo habrá si, aun siendo contractual, falta una nota esencial de la definición de contrato. La diferencia entre el objeto del contrato y el del convenio no radica tanto en su materialidad como en la causa y en la forma de realizarlo, que no constituye contraprestación a cargo de una de las partes sino la participación de ambas en «un fin común» (art. 47 LRJSP) o en «un asunto de interés común», en expresión del art. 57 LBRL. Sólo las prestaciones onerosas, coincidentes con las contractuales, que se hacen *solvendi causa*, excluyen la figura del convenio; pero no las que, coincidentes materialmente o no con las contractuales, se hacen *conveniendi causa* (esto es en aras de la consecución de un fin común y sin onerosidad). PASCUAL GARCÍA, J., “La regulación de los convenios administrativos en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XVIII, núm. 54, 2016, p. 170.

²⁹ Informe 5/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la posibilidad de realizar obras de electrificación por convenio, cuando se trata de prestaciones que constituyen el objeto de un contrato, p. 3.

³⁰ Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, («DOUE» núm. 94, de 28 de marzo de 2014).

español las Directivas referidas, aún sigue en el Senado³¹. Aun así, teniendo en cuenta la inminencia del nuevo texto y, en especial, los efectos que pueden derivarse de las Directivas desde su publicación, se examinan a continuación las diferencias existentes, en cuanto a la regulación de los convenios, entre la vigente y la futura LCSP³².

En primer lugar, el Proyecto de Ley establece una regulación más pormenorizada de los convenios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación contractual³³. Respecto a los convenios interadministrativos, el art. 6.1 del Proyecto de Ley difiere sustancialmente del actual art. 4.1.c) TRLCSP³⁴. En su primer párrafo se introduce

³¹ Las Directivas de contratación pública entraron en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE núm. 94, de 28 de marzo de 2014, concediendo un plazo máximo de transposición a los Estados miembros de dos años, esto es, el 18 de abril de 2016. Si bien, el procedimiento de transposición previsto en nuestro sistema jurídico, —a través de la tramitación ordinaria de un Proyecto de Ley preparado por el Gobierno de la Nación—, ha retrasado sustancialmente el cumplimiento de esta obligación. En este caso, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, fue aprobado en Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015 y remitido a las Cortes el 25 de noviembre de 2016. No fue hasta el 2 de diciembre de 2016 que se encomendó su aprobación, con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia, a la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas, publicándose el Proyecto de LCSP en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, estableciendo un plazo de enmiendas que finalizaría el día 14 de diciembre de 2016. El pasado 27 de julio de 2017, el Congreso de los Diputados aprobó el Proyecto de LCSP, hoy en el Senado, donde a últimos de septiembre de 2017 aún está en proceso de enmiendas. Parece lógico pensar que a finales de este año dispondremos del nuevo texto normativo. *Vid.* BOCG, Senado, apartado I, núm. 151-1240, de 27 de septiembre de 2017.

³² De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, las Directivas que no hayan sido transpuestas dentro del plazo correspondiente resultan de aplicación directa si sus disposiciones tienen un contenido incondicional y son suficientemente claras y precisas. Sobre los efectos jurídicos de estas Directivas, antes de su efectiva transposición, *vid.* GIMENO FELIU, J.M., “El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 143, 2016; TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos públicos*, OBCP, marzo de 2016, Madrid.

³³ Como señala el Consejo de Estado, la tendencia de la legislación comunitaria y, por tanto, de la interna que se incorpora, es ir ampliando su ámbito subjetivo, y, por consiguiente, el número de entidades que quedan sujetas a sus previsiones. De acuerdo con esto, resulta paradójico que, en lo tocante al ámbito objetivo, el Proyecto de Ley, —siguiendo las directrices de la Directiva que incorpora—, amplíe el número de casos de contratos y convenios que quedan excluidos de sus previsiones. *Cf.* Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, *Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, p. 58.

³⁴ De acuerdo con el art. 6.1 del Proyecto de LCSP, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014: “1. *Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas colaboradoras con 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, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. La exclusión requerirá, en la medida en que las entidades participantes en el convenio tengan el carácter de poderes adjudicadores, que el convenio desarrolle una cooperación entre aquellas con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen*

una regla de exclusión de los convenios celebrados entre las entidades públicas que menciona, “siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esa Ley o en normas administrativas especiales”. Se suprime con ello la referencia a la exclusión según la naturaleza contractual o no del convenio, prevista en el actual art. 4.1.c). Además, dada la mayor atención a la cooperación horizontal que prestan las Directivas, el art. 6.1, párrafo segundo, vincula la exclusión, en la medida en que las entidades participantes tengan el carácter de poderes adjudicadores, al cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: i) que el convenio se dirija a establecer una cooperación entre los poderes adjudicadores para garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común; ii) que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público; iii) y, que las citadas entidades realicen en el mercado abierto menos del 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración³⁵. De este modo, la exclusión prevista en el Proyecto de Ley se funda en la naturaleza especial de los convenios que no pueden, ni deben, someterse a las normas rígidas de la contratación administrativa, presididas por los principios de concurrencia, transparencia, publicidad y no discriminación³⁶.

en común; que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y que las citadas entidades realicen en el mercado abierto menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración. Para determinar el porcentaje de actividades, se aplicarán las reglas contenidas en la letra b) del apartado 2 del artículo 32. A efectos del cumplimiento del requisito establecido en el párrafo anterior sobre la realización en el mercado abierto de menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración, las entidades pertenecientes al Sector Público participantes en el convenio, en la medida en que tengan el carácter de poderes adjudicadores, efectuarán una declaración responsable que formará parte de la documentación del convenio a suscribir”.

³⁵ Siguiendo las pautas marcadas por la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, “los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular. (...) Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores”, (Consid. 33). De acuerdo con esto, el art. 12.4 de la Directiva dispone que, “un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes: a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común; b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación”. Criterios que, como se ha visto, se integran en el art. 6.1 del Proyecto de LCSP.

³⁶ En este sentido ya se pronunciaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 18/2001, de 3 de julio de 2001, al afirmar que, “los convenios constituyen el modo normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos autónomos y demás entidades públicas sujetas en su actividad contractual al régimen de dicha Ley, ya que, al no poder precisarse cuál de las partes debe actuar como órgano de contratación y cual como contratista, unido a la dificultad de aplicar a la Administración, organismo o ente que haya de considerarse que actúa como contratista preceptos concretos de la Ley (ca-

Asimismo, se advierte un cambio importante en la dicción empleada en el nuevo art. 6.2 del Proyecto de Ley respecto a los convenios con personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado³⁷. Se habla ahora de exclusión de la legislación contractual siempre que el contenido del convenio no esté comprendido en el de los contratos regulados en la Ley o normas administrativas especiales. Referencia que, homogeneizando los criterios utilizados en ambos supuestos, conduce claramente a los contratos típicos o administrativos atípicos por decisión legal³⁸.

Por tanto, a la luz de la nueva redacción de los apartados 1 y 2 del art 6 del Proyecto de Ley, puede concluirse que la nota distintiva entre contratos y convenios reside en que, en estos últimos, la idea que prevalece es la de colaboración entre las partes para la consecución de un fin común que, dada la condición de Administración pública de una de las partes, deberá ser de interés público³⁹. De acuerdo con esta

pacidad y solvencia, clasificación, garantías, etc.) resulta obligado canalizar estas actuaciones por la vía del convenio de colaboración y no del contrato". Informe de Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 18/2001, de 3 de julio de 2001, sobre la posibilidad de que una Mancomunidad de municipios figure como licitadora en un concurso de una Diputación Provincial para la adjudicación de un contrato para recogida de residuos y limpieza de caminos, pp.1-2.

³⁷ De acuerdo con el art. 6.2. del Proyecto de LCSP, "estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales".

³⁸ El Proyecto de LCSP corrige la disfunción existente entre los criterios empleados en los apartados 1 y 2 del art. 6 del Anteproyecto de LCSP. Así, mientras que en el art. 6.1 del Anteproyecto se establecía la exclusión del convenio "salvo que por su contenido y causa tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, en cuyo caso deberá considerarse como tales, aplicándose las prescripciones de esta norma", el apartado segundo recogía el criterio, hoy común, de excluir los convenios "siempre que el contenido del convenio no este comprendido en el de los contratos regulados en la Ley o normas administrativas especiales". Esta diferencia de criterios conducía, a juicio del Consejo de Estado a que "los entes públicos no puedan celebrar convenios entre sí si tienen la consideración de contratos sujetos a la ley (todos los onerosos). Por el contrario, y respecto de los convenios celebrados entre las entidades públicas y los sujetos de derecho privado, solo quedan vedados si se insertan en el ámbito de los contratos regulados en la ley o en las normas administrativas especiales. Así las cosas, resulta que es más fácil que las entidades públicas celebren convenios de colaboración con personas sujetas a derecho privado que con otros entes públicos, lo que carece de sentido". Cfr. Dictamen del Consejo de Estado núm.1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, cit., p. 64.

³⁹ En este sentido, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta las previsiones del art. 47 LRJSP y la jurisprudencia del TS, sostiene que, "la característica diferenciadora de los convenios frente a los contratos radica en que, frente al modelo clásico de los contratos en que se da un antagonismo patrimonial en las prestaciones de las partes, los convenios responden a la idea de colaboración en la consecución del fin común. Inherentes a la noción de contrato son, de una parte, la emisión de declaraciones de voluntad intrínsecamente diferentes por parte de los contratantes pero que se corresponden entre sí y que coinciden en la obtención de un mismo efecto jurídico y, de otro lado, la equivalencia de prestaciones o su carácter sinalagmático. En los convenios, por el contrario, la idea prevalente es la de colaboración entre las partes para la consecución de un fin común. Las partes no se enfrentan como portadoras de intereses contrapuestos y, de ordinario, no emiten declaraciones de voluntad intrínsecamente diferentes sino generalmente iguales". Cfr. Dictamen del Consejo de Estado núm.1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, cit., pp. 62-63.

interpretación, y siguiendo aquí a SANTIAGO IGLESIAS, “un negocio jurídico tendrá naturaleza convencional cuando, aun coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP, las Administraciones públicas intervinientes lo celebren con la finalidad coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público, mientras que el negocio jurídico de que se trate tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga, prevalentemente, el lucro de una de las partes”⁴⁰. Por lo tanto, en línea con la interpretación del actual art. 4 TRLCSP, puede entenderse confirmada la irrelevancia del objeto del negocio jurídico debiendo centrarse la atención en el fin que se persigue.

B. El nuevo concepto de convenio

La LRJSP inicia la regulación de los convenios precisando su definición en el art. 47, donde se refiere a esta figura como aquellos “*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 tanto, se trata de un negocio jurídico, de un pacto colaborativo, encauzado a la consecución de un fin de interés público, concreto y común, en el que se determinan las obligaciones, —de dar o hacer—, y derechos que las partes deben satisfacer, sin que exista por ello un precio como contraprestación⁴¹. Ahora bien, como señala MUÑOZ-CHARLES COYLE, “ello no impide que del convenio resulte una financiación conjunta y determinada de proyectos o actuaciones concretas para alcanzar la finalidad prevista”⁴².

Como es lógico, si los convenios son negocios jurídicos que incluyen compromisos específicos y obligaciones concretas que deben satisfacerse, cuyo incumplimiento, además, puede conducir a los tribunales, deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la LRJSP los Protocolos Generales de Actuación, o instrumentos similares, que no incluyan, en ninguna de sus cláusulas, compromisos jurídicos concretos y exigibles. En este sentido, pueden plantear dudas los denominados «convenios marco»,

⁴⁰ SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las relaciones de ...”, cit., p. 16.

⁴¹ Se habla de un fin de interés público presente que, en todo caso, una de las partes del convenio ha de ser Administración pública. Asimismo, la exigencia de que los convenios satisfagan un fin común requiere cierta reflexión puesto que, según se interprete este concepto, el ámbito de los convenios puede ser mayor o menor. Como señala MUÑOZ-CHARLES COYLE, “si se interpreta como fin común la causa de obligaciones que se establezcan, en los términos que define el art. 1261 CC, para la existencia de todo contrato, el elenco de posibles convenios será mayor que para el caso de que tengan lugar otro tipo de interpretaciones, como, por ejemplo, la puesta en común de medio para emprender una determinada actuación”. MUÑOZ-CHARLES COYLE, M.L., “La nueva regulación de los convenios entre Administraciones Públicas y particulares”, Actualidad jurídica Aranzadi núm. 914/ 2015, p. 2.

⁴² MUÑOZ-CHARLES COYLE, M.L., “La nueva regulación ...”, cit., p. 3.

que establecen directrices vinculantes para las partes que deberán desarrollarse en un convenio posterior. Dado el carácter de estos convenios marco no estamos ante meras declaraciones de intención, sino que, como señala PASCUAL GARCÍA, “su papel es equiparable a las cláusulas administrativas generales en la contratación”⁴³.

El precepto también recoge, de forma expresa y categórica, que los convenios no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos. De lo contrario, su naturaleza y régimen jurídico deberá ajustarse a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. Con ello, no sólo se subraya la diferencia entre contratos y convenios, en aras de poner fin a determinadas prácticas irregulares, sino que se alberga un reenvío indirecto a la legislación contractual como línea divisoria entre ambas figuras.

Si bien, pese a lo oportuno del nuevo concepto de convenio y su pretendida diferenciación con los contratos, no puede entenderse que la LRJSP cumpla de forma plena con la recomendación efectuada por el TCu de establecer una mejor distinción de los convenios de otras figuras afines. Una diferenciación que, como señaló el CGPJ, hubiera sido “más acorde con la voluntad declarada de establecer un marco clarificador en la materia que sirva para evitar la posibilidad de utilización de este instrumento de colaboración para soslayar la aplicación de otras figuras”⁴⁴. Aun así, se aprecian pasos incipientes en esta línea como, por ejemplo, en el art. 48.9 LRJSP donde se señala que, “*las normas del presente Capítulo (referidas a los convenios) no serán de aplicación a las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos*”.

Por lo que se refiere a la encomienda de gestión, cabe recordar que no se trata de una figura jurídica pacífica. A la complejidad de haber acogido bajo una misma denominación dos realidades jurídicas distintas, sujetas a dos regímenes jurídicos diferenciados, se le añade, además, el hecho de que la encomienda de gestión deba, según el caso, instrumentalizarse o no a través de un convenio. Por ello, junto con la distinción entre las encomiendas de gestión previstas en el art. 11 LRJSP (anterior, art. 15 LRJ-PAC) y las encomiendas de gestión a entes instrumentales (arts. 4.1.n y 24.6 TRLCSP), resulta esencial establecer una línea de separación entre estas y los convenios⁴⁵.

⁴³ PASCUAL GARCÍA, J., “La regulación de...”, cit., p. 161.

⁴⁴ CGPJ, Secretaría General, *Informe al Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, Madrid, 5 de marzo de 2015, p. 48.

⁴⁵ La encomienda de gestión fue, en origen, objeto de regulación general en el art. 15 LRJPAC, que habilitó la posibilidad de llevar a cabo encomiendas de gestión para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público, a favor de otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se poseyeran los medios técnicos idóneos para su desempeño. El recurso a

En primer lugar, la LRJSP distingue las encomiendas de gestión de los convenios al regular ambas figuras en capítulos distintos de la Ley. Las encomiendas de gestión, de acuerdo con lo establecido en el art. 11 LRJSP, se refieren a la posibilidad de que las actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público, puedan encomendarse a otros órganos o entidades de derecho público, de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Por lo tanto, el hecho de que, según el caso, estas encomiendas de gestión deban instrumentalizarse a través de un convenio, no es más que un punto de conexión que en nada debe contribuir a la confusión de estas figuras⁴⁶.

esta figura se limitó en exclusiva al marco administrativo, al excluir la posibilidad de efectuar encomiendas cuando la realización de las actividades técnicas, de servicio, o de carácter material fueran a llevarse a cabo por personas de Derecho privado debiendo, en ese caso, ajustarse a la legislación de contratos. Así las cosas, el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, recurrió, en su art. 34, al uso del término encomiendas de gestión, ya utilizado en el art. 15 LRJ-PAC, para referirse a los encargos de contenido contractual realizados a entidades instrumentales de una Administración excluyéndolas del ámbito de aplicación del TRLCAP, pero sin identificar, ni establecer, el régimen jurídico aplicable a las mismas. A partir de este momento, la legislación de contratos ha ido modulando, con distinto grado de precisión, la exclusión de este tipo de encomiendas de su ámbito de aplicación. De conformidad con lo expuesto, bajo la denominación de encomiendas de gestión se albergaron dos realidades distintas, de un lado, las encomiendas de gestión del art. 15 LRJ-PAC, circunscritas a aquellas actividades o actuaciones que, por su contenido, son ajenas a la legislación de contratación pública y no guardan relación con ella; y de otro, las encomiendas de gestión prevista en los arts. 4.1.n) y 24.6 TRLCSP, referidas a aquellas actuaciones consistentes en la realización de prestaciones propias del contrato de obras, suministros y servicios a cambio de una contraprestación económica. Por lo tanto, ambas encomiendas de gestión se refieren a figuras dispares, diferenciadas por su ámbito objetivo, —materialmente contractual o no—, y sujetas a regímenes jurídicos igualmente diferenciados. En este sentido, *vid.* Circular 6/2009, “Asunto: Relación entre el art. 15 LRJ-PAC y el art. 24.6 LCSP, en la que se recoge el Informe de la Abogacía General del Estado, de 26 de noviembre de 2008; Informe del Tribunal de Cuentas, de 30 de abril de 2015, sobre Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa.

⁴⁶ La LRJSP despeja toda duda sobre el adecuado vehículo de formalización de las encomiendas de gestión en el art. 11. De conformidad con el citado precepto i) *las encomienda de gestión intradministrativa*, esto es, la realizada entre órganos administrativos o Entidades de Derecho Público pertenecientes a la misma Administración, deberán formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades de Derecho Público intervinientes; ii) cuando se trate de una *encomienda de gestión interadministrativa*, la realizada entre órganos y Entidades de Derecho Público de distintas Administraciones, se formalizará mediante la firma del correspondiente convenio. Por lo tanto, no siempre que se formaliza una encomienda de gestión se suscribe un convenio. Sin embargo, el Consejo de Estado no lo ha entendido así, y, con ocasión de su Dictamen al Anteproyecto de Ley, señala expresamente que, “el art. 22.9 del Anteproyecto debería ser reformulado. Este precepto establece que «las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional a los que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que se formalicen mediante un convenio, se regirán por lo dispuesto en esa Ley». Sin embargo, la redacción del precepto en cuestión no es afortunada; en primer lugar, porque da a entender que no todas las encomiendas de gestión y acuerdos de terminación

Asimismo, el convenio y las encomiendas de gestión a entes instrumentales (art. 4.1.n TRLCSP) son figuras negociales diferenciadas. En contra de lo que acontece en el convenio, donde las partes se sitúan en un plano de igualdad, las encomiendas de gestión a medio propios se formalizan entre sujetos que no son materialmente independientes, aunque formalmente si lo sean, por lo tanto, se trata de un mandato que debe ser asumido. Pero, además, establecida así la diferencia, la LRJSP pone fin a toda posible confusión entre encomienda de gestión y los encargos a medios propios que ahora regulados ahora en el art. 86 LRJSP⁴⁷.

Esta diferenciación no resulta tan sencilla en relación con los convenios transaccionales. De acuerdo con las previsiones del art. 86 LPACAP, la terminación de un procedimiento administrativo puede alcanzarse a través de la celebración de un convenio entre una Administración pública con personas tanto de derecho público como privado. En este caso, pese a quedar excluidos de la aplicación del régimen jurídico de los convenios, en los mismos términos que las encomiendas de gestión, hay quien advierte diferencias importantes. Así, MENÉNDEZ REXACH apunta que, mientras que la terminación convencional tiene sustantividad propia frente a otro tipo de convenios, la encomienda de gestión carece de ella, pudiendo quedar comprendida en varios de los tipos legales previstos⁴⁸. De acuerdo con esto, el referido autor aboga por incluir los convenios transaccionales como una categoría más de convenio.

Junto con esto, debe tenerse en cuenta aquí las consideraciones del TCu que, en relación a la terminación convencional de procedimientos, puso de manifiesto que, “aun cuando la doctrina que se ha ocupado del estudio del art. 88 LRJ-PAC (86 LPAC) no lo relaciona con la regulación de los convenios por la LCSP, no parece que

convencional se formalizan mediante convenio, cuando, en realidad, éste siempre existe en tales casos, y, en segundo término, porque, en lugar de remitir la regulación de las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional a lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo Común, debería exceptuar a tales figuras de la aplicación del régimen de los convenios de colaboración contenido en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”. Dictamen del Consejo de Estado núm. 274/2015, de 29 de abril, cit.

⁴⁷ En este sentido, COLÁS TENA, partiendo de la definición positiva de encomienda de gestión facilitada en el art. 11 LRSJP, proporciona una en sentido negativo, señalando que, “las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto por esta, y se articularán a través de los encargos a los medios propios y servicios técnicos que se regulan en el art. 86 del mismo texto legal. Ello es así porque las denominadas encomiendas de gestión a medios propios y servicios técnicos de las Administraciones Públicas constituyen un instrumento de aprovisionamiento de obras, bienes y servicios de las Administraciones y entidades públicas que se encuentra previsto normativamente en la legislación de contratos del sector público, a partir del impulso jurisprudencial del TJUE”. COLÁS TENA, J., “Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 41, 2016, pp.160-161.

⁴⁸ MENÉNDEZ REXACH, A., “Encomiendas de gestión y convenios”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 41, 2016, p. 144.

el ámbito de aplicación de este precepto deba limitarse a los denominados convenios procedimentales, sino que puede comprender toda clase de materias, con los límites que el precepto expresa. No otro sentido puede tener la remisión al «alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule». Así pues, dentro de los negocios jurídicos regulados por el reproducido artículo se pueden comprender diversas figuras (acuerdos, pactos, convenios o contratos), entre las cuales se encontrarían, como una más de las posibles, los contratos y los convenios administrativos entre personas tanto de derecho público como privado, regulados en la LCSP⁴⁹. La LRJSP podría haber desarrollado con mayor claridad la distinción entre los convenios que ponen fin a los procedimientos administrativos y los regulados bajo el régimen previsto en el Capítulo VI del Título preliminar.

2. La nueva clasificación de los convenios

Junto con el nuevo concepto de convenio, la LRJSP introduce una novedosa clasificación que deja atrás la tradicional distinción entre convenios de colaboración y de cooperación. El art. 47 LRJSP distingue ahora cuatro tipos de convenios entre los que deberán hallar correspondencia cualquiera de los firmados por las Administraciones públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes y las Universidades públicas (*numerus clausus*). En concreto, la nueva regulación se refiere a los siguientes:

Convenios interadministrativos, los 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. Además, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 145.2 CE, el precepto excluye, de entre los convenios interadministrativos, los suscritos entre dos o más CCAA para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas. Estos se registrarán, en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos, por lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía⁵⁰.

⁴⁹ Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., pp. 19-20. Para FUERTES LÓPEZ, en el caso de convenios con particulares que han surcado el recorrido de unos trámites procedimentales, esta previsión “tiene la virtud de subrayar que no debe el contenido de ese acuerdo, propiciado por una adhesión negociadora de los interesados, salirse de los rieles que justificó el procedimiento administrativo, fruto del ejercicio de potestades y competencias públicas. El contenido del acuerdo no podrá suponer una renuncia, una dejación de funciones públicas. Que se haya conseguido la aquiescencia del particular, tras la sucesión de trámites procedimentales, no puede ser un cauce para eludir responsabilidades públicas”. FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios ...”, cit., p. 16.

⁵⁰ Con la exclusión de los convenios interautonómicos para la gestión y prestación de servicios propios, la LRJSP salva una posible causa de inconstitucionalidad, por infracción del art. 145.2 CE, ad-

Convenios intradministrativos, los firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración pública. La LRJSP otorga así carta de naturaleza a unos convenios no siempre claros. El propio TCu llegó a plantear la incertidumbre relativa a la consideración como tales de los convenios celebrados entre un Ministerio y las entidades adscritas al mismo. Dudas finalmente resueltas, al considerar el Alto Tribunal que, “la relación de dependencia o instrumentalidad del organismo público pugna con la nota de igualdad de los suscriptores, propia de los convenios interadministrativos”⁵¹. En estos casos, como señala PASCUAL GARCÍA, nos encontramos ante supuestos de coordinación interorgánica de naturaleza distinta a las relaciones intersubjetivas que se establecen a través de los convenios⁵².

Convenios firmados con un sujeto de derecho privado, aquellos firmados entre una Administración pública u organismo o entidad de derecho público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado. En relación con estos, han sido tradicionales las dudas sobre los convenios celebrados con entidades que, pese a ser públicas, se rigen por el derecho privado, —como las entidades públicas empresariales—, o aquellas que, perteneciendo al sector público, no alcanzan la condición de entidad de derecho público, —tal y como ocurre con las fundaciones o sociedades mercantiles de participación mayoritaria o exclusivamente pública—. El TCu concreta los criterios para la correcta clasificación del convenio y mantiene que, lo relevante para que el convenio quede encuadrado como «convenio con particulares», en positivo, es que las personas con las que se suscriben queden sometidas al derecho privado, y, en negativo, que no sean entidades públicas. De acuerdo con esto, los convenios con las entidades públicas empresariales serían convenios interadministrativos, mientras que, en el caso de las fundaciones o las sociedades mercantiles señaladas, se estaría

vertida por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 274/2015, de 29 de abril. Así, mientras que el régimen jurídico básico de los convenios que recoge la LRJSP encuentra su amparo constitucional en el art. 148.1.19ª, —que reconoce a favor del Estado la competencia básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas—, el art. 145.2 CE reserva la regulación de estos convenios interautonómicos a las normas estatutarias de las CCAA. En ese sentido, establece el citado precepto que, “los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales”. En realidad, como señala el TC, el art. 145.2 CE “no es un precepto que habilite a las Comunidades para establecer convenios entre ellas, sino que, supuesta esa capacidad, delimita por su contenido los requisitos a que ha de atenerse la regulación de esta materia en los Estatutos y establece el control por las Cortes Generales de los acuerdos o convenios de cooperación, (STC 44/1986, de 17 de abril, FJ2).

⁵¹ Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., pp. 17-18.

⁵² PASCUAL GARCÍA, J., *Convenios de colaboración...*, cit., p. 113.

ante convenios con sujetos de derecho privado⁵³. Si bien, debe tenerse en cuenta aquí que, los convenios suscritos con fundaciones públicas, sociedades mercantiles y otros medios propios de la Administración y los celebrados con personas puramente privadas, tienen un significado muy diferente. Como señala MENÉNDEZ REXACH, “los primeros se asimilan a los de cooperación (inter o intradministrativos), mientras que, en los segundos, la parte privada es ajena a la Administración, o si se prefiere, al Sector Público”⁵⁴.

Convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo que puedan firmar entre sí las Administraciones públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, lo cuales se registrarán por el ordenamiento jurídico interno que determinen las partes y que deberá especificarse en el propio convenio⁵⁵.

Dejando de lado lo conveniente o no de haber conservado la sola distinción entre «convenios interadministrativos» y «convenios Administración-administrados», la tipología recogida en el art. 47.2 LRJSP se ha tildado de incompleta⁵⁶. Se cuestiona

⁵³ Respecto de los convenios celebrados con entidades de derecho público regidas por el Derecho privado, el TCu aclara que, “los organismos públicos, aun cuando en sus relaciones *ad extra* se rijan por el Derecho privado, con la Administración centralizada de la que constituyen entes instrumentales o con otras Administraciones Públicas establecen relaciones jurídicas que no parece que deban situarse en el plano de las relaciones administrativas con particulares, sino en el de “entidades públicas” que se rijan por el Derecho privado, las interadministrativas”. Asimismo, respecto de los convenios celebrados con entidades que, perteneciendo al Sector Público, no alcanzan las condición de entidad de derecho público, el Alto Tribunal concreta que, se han de entender comprendidos en los convenios con sujetos de Derecho privado, “los celebrados con las sociedades mercantiles de participación mayoritaria o exclusivamente pública y las fundaciones públicas, cuya pertenencia al Sector Público no les confiere la condición de Administración ni aun de entidades públicas”. Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., p.17.

⁵⁴ MENÉNDEZ REXACH, A., “Encomiendas de gestión ...”, cit., p. 145.

⁵⁵ Forman parte de esta categoría los denominados convenios de cooperación transfronterizos. Para la correcta definición de las figuras de Tratado internacional, Acuerdo internacional administrativo, Acuerdo internacional no normativo, *vid.*, art. 2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

⁵⁶ En este sentido, MENÉNDEZ REXACH sostiene que, “se debería haber partido de la distinción, ya asentada, entre convenios interadministrativos y con sujetos de Derecho privado, subdividiendo los primeros en función de que se suscriban entre distintas Administraciones Públicas o en el seno no de una sola (lo que la Ley llama “intradministrativos”), y los segundos, en función de que el sujeto de Derecho privado sea un medio propio de una Administración o un particular (persona física o jurídica)”. MENÉNDEZ REXACH, A., “Encomiendas de gestión ...”, cit., p. 143. El autor se refiere aquí a la clasificación de los convenios de colaboración recogida hasta ahora en el TRLCSP y la LRJ-PAC, de acuerdo con la cual, los convenios de colaboración se clasificaban en dos tipologías principales: i) los que celebre la AGE con la Seguridad Social, las CCAA, las Entidades Locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualesquiera de ellas entre sí. Siendo estos, como señala el TCu, los «convenios interadministrativos», y dentro de los cuales cabe, a su vez, diferenciar, como un subgrupo, los «intraadministrativos»; y, ii) los que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, o más sencillamente

la exclusión, vía art. 48.9 LRJSP, de los convenios que ponen fin a los procedimientos administrativos, señalándose que la terminación convencional posee, en realidad, sustantividad propia suficiente para reconocerla como un tipo específico dentro de esta nueva clasificación⁵⁷. En todo caso, como señala GARCÍA LUENGO, del análisis de esta tipología y de la exclusión de los principales contratos sobre potestades administrativas con particulares (los convenios transaccionales) se deduce que, “el modelo en el que está pensando el legislador es más bien el de la cooperación institucional entre diversos entes para la consecución de fines públicos, por más que alguno pueda tener personificación privada”⁵⁸.

3. Requisitos de validez y eficacia de los convenios

La LRJSP enumera, en el art. 48, los presupuestos exigibles para la validez y eficacia de los convenios. Estos requisitos, que deben completarse con otros mandatos legales recogidos a lo largo del Capítulo VI, pueden sintetizarse en los siguientes: i) competencia para suscribir el convenio; ii) perfeccionamiento, inscripción y publicación; iii) adecuación de los convenios a los propósitos que persigue la reforma y los principios que informan la Ley.

En primer lugar, la norma reconoce la capacidad para suscribir convenios de las Administraciones públicas, sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, haciéndolo “en el ámbito de sus respectivas competencias, sin que ello pueda suponer cesión de la titularidad de la competencia”. A través de esta fórmula, se integra en el texto legislativo, la jurisprudencia

llamados «convenios Administración-administrados». Cfr. Informe del TCu núm. 862, de 24 de junio de 2010, sobre fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos a partir del año 2005 por órganos del Ministerio de Medio Ambiente con entidades públicas y con personas físicas o jurídicas privadas, p. 15.

⁵⁷ De acuerdo con esto, MENÉNDEZ REXACH lleva a cabo su propia clasificación de esta figura señalando que, “los tipos de convenios son: a) de cooperación, en las dos modalidades de interadministrativos o intradministrativos. En el primer grupo se incluyen los que se suscriban con órganos o entidades de otros Estados o de un sujeto de Derecho internacional, y que se rigen por el ordenamiento interno que en cada caso se determine; b) con sujetos de Derecho privado, que pueden ser entes instrumentales o medios propios de una Administración (en cuyo caso se asimilan a los convenios de cooperación), o personas físicas o jurídicas ajenas a ella (en cuyo caso deberían tener un régimen diferente, en especial, en cuanto a la aplicación obligatoria de los principios de publicidad y concurrencia); c) de terminación del procedimiento, que se rigen por el art. 86 LPAC y la disposición que en cada caso prevea esta modalidad de terminación”. MENÉNDEZ REXACH, A., “Encomiendas de gestión ...”, cit., p. 145.

⁵⁸ GARCÍA LUENGO, J., “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 63, 2016, pp. 14-27; disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506842> (fecha de última consulta, 9 de enero de 2017).

dencia constitucional por la que se concreta que, los convenios solo pueden referirse a materias de la competencia de las Administraciones que los suscriben y no pueden suponer la renuncia de sus propias competencias, ni alterar de manera directa o indirecta el régimen constitucional de competencias⁵⁹. Además, se cumple con el art. 140 LRJSP que, dentro de los principios que ha de regir las relaciones interadministrativas, prevé, de forma expresa, la adecuación al orden de distribución de competencias establecido en la CE, los EEAA y en la normativa de régimen local⁶⁰.

Asimismo, la Ley prevé que los convenios, como negocios jurídicos que son, se perfeccionan por el consentimiento de las partes⁶¹. Ahora bien, aun suscritos y perfeccionados, la LRJSP advierte que, los convenios en los que participe la AGE o alguno de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes, solo serán eficaces una vez inscritos en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación (Disposición adicional 7^a) y publicados en el BOE. Nada se dice, sin embargo, respecto de los convenios firmados por el resto de Administraciones públicas. El art. 48 LRJSP no especifica si estos convenios están sujetos o no, para su validez, a la obligación de inscribirlos en algún registro.

⁵⁹ En este sentido, la STC 13/1992, 6 de febrero, concreta en su FJ 10 que, “la fórmula del convenio responde a ese principio de cooperación inherente al Estado de las Autonomías y en el que debería profundizarse. Pero es obvio que no puede servir para que el Estado recupere competencias en sectores de actividad descentralizados por completo, pues como ya se dijo en la STC 96/1986, FJ 3. «es evidente que, con base en este deber de recíproco apoyo y mutua lealtad (que es el deber general de colaboración a que están sometidos el Estado y las CCAA), no pueden resultar ampliadas las competencias del Estado, ni es posible por lo mismo limitar o condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas sobre esta materia (agricultura) a la celebración o cumplimiento de convenio alguno entre las dos administraciones territoriales». ni tampoco es admisible, como se dijo en la STC 95/1986, FJ 5, que merced a dicho convenio, la comunidad autónoma «haya podido renunciar a unas competencias que son indisponibles por imperativo constitucional y estatutario». Siguiendo la línea anterior, la Audiencia Nacional ha reiterado que, “los convenios de colaboración en ningún caso suponen la renuncia a las competencias propias de las Administraciones intervinientes, o, como dijera el TC en su Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, «sin alterar, en ninguno de los casos la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación»”. SAN 317/2015, de 26 octubre FJ 3; 229/2015, 17 de julio, FJ 5; 198/2015, de 13 de julio, FJ 6.

⁶⁰ Para determinar los órganos competentes para la suscripción del convenio deberá acudir a la legislación propia de cada Administración Pública. En el art. 48.2 LRJSP se concreta que en el ámbito de la AGE y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, podrán celebrar convenios los titulares de los Departamentos Ministeriales y los Presidentes o Directores de las dichas entidades y organismos públicos. En el ámbito local, corresponderá preferentemente al Alcalde suscribir los convenios en ejercicio de sus competencias de dirección y representación del Ayuntamiento. En este sentido, *vid.* FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios ...”, cit., pp. 19 y ss; COLÁS TENA, J., “Encomiendas de gestión...”, cit., pp. 174-179.

⁶¹ Sobre el perfeccionamiento escrito de los convenios, PASCUAL GARCÍA mantiene que “la prestación del consentimiento se expresa en el acto de su firma o suscripción por los sujetos que convienen, de manera que puede afirmarse que la suscripción es lo que da vida al convenio. El convenio se perfecciona y adquiere fuerza vinculante a partir de su formalización escrita”. PASCUAL GARCÍA, J., “La regulación de ...”, cit., p. 179.

Pese al mutismo del precepto, deben tenerse en cuenta aquí las exigencias de transparencia de la actuación pública y las técnicas de cooperación previstas en la LRJSP, predicables a todas las Administraciones. Tal y como dispone el art. 144.3 LRJSP, cada Administración pública deberá mantener actualizado un registro electrónico de los órganos de cooperación en los que participe y de los convenios que haya suscrito. Por lo tanto, existe una obligación, común a todas las Administraciones, de hacer público y accesible el contenido de los convenios que se suscriban. Ahora bien, sujetar la eficacia de los convenios a la obligada inscripción a estos registros, es una cuestión que escapa competencialmente de las manos del legislador estatal, debiendo determinarse, de forma potestativa, por la legislación correspondiente. Cuestión que, en identidad de término, se aprecia en relación a la publicación de los convenios en los Boletines autonómicos o provinciales.

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que los convenios, para ser válidos y eficaces, deberán ser acordes con los propósitos que persigue la reforma y los principios que informan la Ley. La norma específica que la suscripción de un convenio ha de mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (apartado 3); reitera que todas las actuaciones económicas deben satisfacer la legislación presupuestaria (apartado 4); que los convenios deben ser financieramente sostenibles por las Administraciones que los suscriban durante todas su vigencia (apartado 5); concretando que, si el convenio instrumenta 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; así como con lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, art. 27, cuando el convenio tenga por objeto la delegación de competencias en una Entidad Local (apartado 7). Especial importancia reviste el apartado 6 del art. 48, en el que se concreta que, las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio. Esta precaución responde a los abusos en el gasto público que han caracterizado el ámbito de los convenios. Si bien, habrá ocasiones en las que, al tiempo de firmar el convenio, no sea posible determinar el importe exacto del gasto. En este caso, mantiene el TCu que, al menos, debería figurar el importe máximo del compromiso por exigencias de legalidad presupuestaria⁶². Sin embargo, debe imperar la lógica evitando alejar al convenio de la realidad. Como señala FUERTES LÓPEZ, aun cuando las cuentas deben ser claras y contenidas desde el principio, “habrá que admitir que circunstancias nuevas y totalmente imprevistas, que exigencias de responsabilidad patrimonial, puedan incrementar la factura del

⁶² Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., p. 25.

convenio y deban actualizarse las aportaciones atendiendo a cada caso en particular, sin que por ello se vicie la validez del convenio”⁶³.

4. Contenido del convenio

El TCu puso de manifiesto la inaplazable necesidad de precisar los extremos que han de comprender los convenios en su contenido⁶⁴. A tal fin, el art. 49 LRJSP establece un pormenorizado guion, que supera con creces el nivel de detalle previsto hasta ahora en el art. 6.2 LRJ-PAC. De acuerdo con aquel, los convenios deberán incluir: i) la identificación de los sujetos que suscriben y la capacidad jurídica con la que interviene cada parte; ii) la competencia en la que se fundamenta la actuación, (sin que el convenio pueda constituir una cesión de la misma *ex* art. 48.1); iii) el objeto del convenio y las actuaciones que debe realizar cada sujeto, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados que se obtengan; iv) la obligaciones y compromisos económicos que asume cada una de las partes, si los hubiera; v) el régimen de modificación del convenio. Con ello, se pretende corregir una serie de problemas habituales en la práctica convencional de la Administración, como la falta de concreción en el objeto de los convenios, la genérica descripción de las actividades a realizar y la falta de precisión en el alcance, adecuación y criterios de las aportaciones efectuadas por las Administración.

La nueva regulación introduce, además, importantes avances en la fase de ejecución de los convenios, apostando por la seguridad jurídica. De un lado, se prevé que los convenios deberán establecer mecanismos de seguimiento, vigilancia y control tanto de la ejecución de los convenios como de los compromisos adquiridos por las partes. La LRJSP atribuye a este mecanismo las facultades necesarias para supervisar la ejecución, adoptar las decisiones y dictar las instrucciones oportunas, con el fin de asegurar la correcta realización de las actividades convenidas⁶⁵. En cuanto a la configuración de este mecanismo, bien como órgano mixto, —en el que participen representantes de cada una de las partes—, bien como un órgano arbitral, será esta una cuestión a decidir por los firmantes del convenio⁶⁶. De otra parte, se

⁶³ FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios ...”, cit., p. 20.

⁶⁴ *Cfr.* Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., p. 32.

⁶⁵ Entre las funciones reconocidas a estos mecanismos de seguimiento, vigilancia y control destacan las de interpretación de las dudas que se susciten y acreditación del correcto cumplimiento del convenio (art. 49 LRJSP); o la proponer, en caso de extinción del convenio, la continuación y finalización de las actuaciones en curso que consideren oportunas, estableciendo un plazo improrrogable para su finalización, (art. 52 LRJSP).

⁶⁶ Como señala FUERTES LÓPEZ, “queda a discreción de los firmantes perfilar este instrumento que podrá configurarse como un órgano mixto en el que participen representantes, como un órgano arbitral separado, incluso, dependiendo de la trascendencia del objeto del convenio, su remisión a la Cámara legislativa que también controlará la actividad del Gobierno. Podría también la legislación autonómica de

establece la exigencia legal de prever, en el instrumento de formalización, un régimen de consecuencias ante un posible incumplimiento, en el que se incluyan, en su caso, los criterios para determinar una eventual indemnización por los perjuicios que pudieran derivarse. Esta última previsión, como se verá, adquiere especial relevancia de cara a una posible resolución del convenio por incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

Junto con lo anterior, la LRJSP aborda otro problema recurrente de la actividad convencional de la Administración: la falta de un concreto plazo de vigencia de los convenios y de un procedimiento expreso para su prórroga. El legislador ha querido reforzar el carácter temporal de esta figura delimitando su duración, aun en contra del criterio de quienes consideran que una mayor longevidad del convenio fortalece la estabilidad del sistema o de quienes entienden que fijar una limitación a su vigencia contraría la naturaleza flexible de los instrumentos de colaboración y la libertad de pacto⁶⁷. De acuerdo con esto, el art. 49 LRJSP incorpora un límite temporal para los convenios, cuya duración no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior⁶⁸.

No obstante, antes de la finalización del convenio, los firmantes podrán acordar, por unanimidad, su prórroga, por un periodo de hasta cuatro años adicionales, o su extinción⁶⁹. Ahora bien, pese a su aparente sencillez, esta última restricción plantea algunas dudas sobre su alcance. Cabe preguntarse si el art. 49 LRJSP limita el número de prórrogas posible o sólo afecta a la duración de estas. Las posturas doctrinales son contrarias. Para GARCÍA LUENGO, no hay duda de que el art. 49.2.h) comprende “una limitación que afecta a la forma en la que se deciden las prórrogas,

desarrollo atribuir esta función a los órganos especializados en la resolución de los recursos de contratación. Varias son las posibilidades”. FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios...”, cit., p. 20; con un criterio similar, *vid.*, COLÁS TENA, J., “Encomiendas de gestión...”, cit., p. 182.

⁶⁷ En este sentido, son relevantes las enmiendas formuladas por distintos grupos parlamentarios al proyecto de LRJSP. Así, el Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i d'Unió propuso la supresión de la limitación de la vigencia de los convenios a cuatro años motivándolo en la necesaria conservación de la naturaleza flexible de los instrumentos de colaboración y la libertad de pactos. En la misma línea, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, en sus enmiendas al Proyecto de Ley, puso de manifiesto que “cuanto más longevos sean los convenios aportará mayor estabilidad al sistema”. *Vid.* Enmiendas núms. 12 y 13 y 119 al Proyecto de LRJSP, (BOCG, Congreso de los diputados, X Legislatura, núm. 154-2, de 28 de julio de 2015).

⁶⁸ Un ejemplo serían convenios que se suscriban para delegar competencias a las Corporaciones locales han de extenderse al menos durante cinco años, *ex art.* 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

⁶⁹ En este sentido, especifica la Ley que, para el caso de convenios suscritos por la AGE 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 7ª de la LRJSP.

—siempre por un máximo de cuatro años—, pero no al número de prórrogas, ya que de otro modo no se podrían celebrar convenios para atender necesidades destinadas a permanecer como el sostenimiento de un museo o de un centro de investigación⁷⁰. Por lo tanto, los convenios tendrán una duración de 4 años, (salvo los que normativamente tengan prevista otra duración), pudiendo prorrogarse cuentas veces sean necesarias por periodos nunca superiores a cuatro años. Sin embargo, no son pocos los autores que, frente a este criterio, entienden que el art. 49 LRJSP permite, en realidad, una única prórroga cuya duración se limita a otro periodo máximo de cuatro años⁷¹. Como explica DE DIEGO GÓMEZ, “se comprueba que no está prevista la posibilidad de una sucesión de prórrogas, sino solamente una, no pudiendo variarse esta circunstancia ni por la voluntad de las partes intervinientes, ni tampoco por ninguna otra norma, al no preverse este extremo como sí se hace en el apartado anterior para la determinación del plazo inicial”⁷². Por tanto, el hecho de que la concatenación de prórrogas no quede expresamente prevista, ni se brinden excepciones en este sentido, permitiría concluir que, salvo las excepciones legales, los convenios tienen una duración máxima de cuatro años prorrogables solamente una vez más por otro plazo máximo de cuatro años.

Es cierto que, coincidiendo con la primera postura, el Anteproyecto de LRJSP, mantenía en el art. 24 que, “*los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción*”, añadiendo a continuación que, “*excepcionalmente, el plazo de vigencia de los convenios y sus prórrogas podrá ser superior a cuatro años sin exceder de cincuenta*”. Resulta obvio que la intención del legislador, al menos en ese momento, era limitar la duración de los convenios y de sus prórrogas permitiendo su encadenamiento hasta un máximo de cincuenta años. Pero también lo es que, si la *voluntas legislatoris* hubiera sido mantener esta opción, bien podría haber conservado la redacción del art. 24 del Anteproyecto, o bien, introducir previsiones expresas en este sentido, tal y como ocurre en el TRLCSP⁷³.

La importancia de cuanto se ha expuesto queda patente a la luz de la Disposición adicional 8ª que, al margen del plazo de tres años previsto para la adaptación

⁷⁰ GARCÍA LUENGO, J., “Instituciones sustantivas...”, cit., pp. 14-27.

⁷¹ FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios...”, cit., p. 24.

⁷² DE DIEGO GÓMEZ, A., “La figura del convenio tras la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico el Sector Público”, *El consultor de los Ayuntamientos*, Wolters Kluwer, núm. 23, 2015, p. 6.

⁷³ A modo de ejemplo, el art. 23 TRLCSP, bajo la rúbrica «Plazo de duración de los contratos» dispone que, “*el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de éstas*”; en la misma línea, en el art. 26 TRLCSP, «Contenido mínimo del contrato» se alude a “*la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas*”. Por lo tanto, a la vista de las fórmulas empleadas en el TRLCSP, la ausencia de previsiones similares en la LRJSP conduce a pensar que, no es voluntad del legislador permitir más de una prórroga en los convenios.

de los convenios preexistentes, prevé la aplicación automática de las nuevas reglas sobre vigencia a todos los convenios que no tuvieran un plazo determinado o que, aun teniéndolo, tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido en el momento de la entrada en vigor de la Ley⁷⁴.

5. Trámites preceptivos para la suscripción de los convenios

Con carácter general y sin perjuicio de las especialidades que la legislación autonómica pueda prever, la LRJSP exige, para poder suscribir el convenio, cumplir con los trámites preceptivos señalados en el art. 50. Cualquiera que sea la Administración pública, organismo público y entidad de derecho público vinculada o dependiente, o la Universidad pública que participe en el convenio, la norma exige la presentación de una memoria justificativa en la que se analicen los siguientes extremos: i) su necesidad y oportunidad, es decir, las carencias existentes y las ventajas derivadas del uso del convenio; ii) su impacto económico, a fin de medir la repercusión y los beneficios derivados de la actuación conjunta; y, iii) su adecuación a la legalidad, reflejando el carácter no contractual de la actividad que desarrolla, así como el cumplimiento del resto de previsiones legales que le resulta de aplicación.

Junto con esto, para el caso de los convenios suscritos por la AGE o sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, la LRJSP añade una serie de requisitos específicos como, por ejemplo, contar con un informe de su servicio jurídico⁷⁵; cualquier otro informe preceptivo que establezca la normativa aplicable; la autorización previa del MHAP para su firma, modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo entre las partes; o la remisión al Senado, por el MHAP, de los convenios interadministrativos suscritos con las CCAA. Además, se prevé 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 presupuestos⁷⁶.

⁷⁴ En estos casos, de acuerdo con la Disposición adicional 8ª, el plazo de vigencia de los convenios será de cuatro años a contar desde el pasado día 2 de octubre de 2016.

⁷⁵ No será necesario solicitar el informe de los servicios jurídicos cuando el convenio se ajuste a un modelo normalizado informado previamente por el servicio jurídico que corresponda art. 50.2. a) LRJSP.

⁷⁶ Para GARCÍA LUENGO, este apartado será objeto de la doctrina del enriquecimiento injusto, en la medida que “revela el afán de la Hacienda estatal de limitar la eficacia de los compromisos adquiridos en los convenios”. GARCÍA LUENGO, J., “Instituciones sustantivas ...”, cit., pp. 14-27. Asimismo, DE DIEGO GÓMEZ aventura la necesaria intervención de la jurisprudencia ante la falta de coherencia de lo que parece deducirse de este apartado, esto es, “que en un convenio plurianual, los compromisos asumidos por el Estado frente a terceros estarán condicionados a la existencia de crédito en los correspondientes presupuestos

6. Extinción de los convenios y sus efectos

En cuanto a la extinción de los convenios, la LRJSP parte de una premisa básica, los convenios se extinguen, o por la debida satisfacción de su objeto, —de forma que quedan sin razón de ser—, o porque se haya incurrido en alguna causa de resolución. El art. 51 LRJSP incorpora una novedosa relación de posibles causas de resolución por la que se enmienda la acusada insuficiencia normativa de la LRJ-PAC en este extremo. Junto con la extinción del convenio por el transcurso del plazo de vigencia sin haberse acordado su prórroga, —*única causa prevista con anterioridad*—, la Ley establece ahora, como causas legales para la resolución del convenio, la decisión unánime de todos los firmantes; el incumplimiento de alguna de las partes de las obligaciones y compromisos que fueron asumidos; o el dictado de una resolución judicial que declare la nulidad del convenio. Causas generales a las que deberán sumarse, además, aquellas que específicamente contemple el convenio.

Pese a la claridad del art. 51 LRJSP, algunas de estas causas de resolución precisan un examen más detenido. Así, si bien es lógico que la decisión unánime de todos los firmantes conduzca a la resolución del convenio, *contrarius consensus*, también lo es que deban tenerse en cuenta los posibles efectos que de dicha resolución pudieran dimanarse para terceros. Como señala FUERTES LÓPEZ, “habrá que analizar si de su contenido no iban a emanar más que expectativas, otras ventajas que beneficiaban a terceros, derechos a favor de los vecinos, que deben ser salvaguardados. (...) En estos casos, en que desentenderse de un convenio perjudica a terceros, deberían reconocerse mecanismos para no agostar esos beneficios esperados y poder exigir su cumplimiento aislado al urbanizador o a la Administración responsable”⁷⁷.

Asimismo, la LRJSP incluye, entre las causas de resolución, el incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes. Si bien, en aras de evitar posibles conflictos e incluso de facilitar la conservación del convenio, la Ley habilita para este supuesto un procedimiento específico. Se prevé que, sobrevenido el incumplimiento, cualquiera de las partes pueda remitir, al miembro incumplidor, un requerimiento por el que se le exija la debida satisfacción de lo convenido dentro de un plazo determinado. Este requerimiento deberá remitirse

futuros” y el hecho de que, “de un lado, un compromiso de gasto frente a terceros documentado a través de un convenio deba tener su reflejo en los correspondientes presupuestos y no al revés; y de otro, por ser imperativo legal, *ex art. 48.5*, 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”. DE DIEGO GÓMEZ, A., “La figura del ...”, cit., p. 7.

⁷⁷ La autora se refiere aquí a “convenios con particulares, convenios urbanísticos que facilitaran algunas cesiones, compromisos de obras o mejoras a favor de los vecinos; convenios con empresas para ampliar sus prestaciones; convenios interadministrativos a partir de los cuales alguna Administración ampliaba sus proyectos”. FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios...”, cit., p. 25.

tanto al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio, como a las demás partes firmantes. De acuerdo con la literalidad del precepto, si transcurrido el plazo concedido el incumplimiento persiste, se entenderá resuelto el convenio, previa notificación al resto de firmantes. En este caso, la indemnización de los daños que pudieran derivarse será procedente siempre que así se acordara en el instrumento de formalización del convenio, *ex art.49 LRJSP*⁷⁸.

En la medida en la que los convenios son negocios jurídicos que nacen de un acuerdo de voluntades, su cumplimiento es obligatorio para todos los sujetos que los suscriben. Por lo tanto, parece lógico que, ante un incumplimiento, se proceda a su resolución, evitando obligar a la parte cumplidora a mantener su fidelidad con los compromisos adquiridos o, en su caso, asumir las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, podría entenderse que, la falta de medidas previas a la ruptura definitiva convierte la resolución del convenio en una respuesta excesivamente rotunda⁷⁹. Ahora bien, la aparente contundencia del art. 51 c) cede a la luz del art. 49 LRJSP. Como se vio, junto con los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control, los convenios deben prever, en su instrumento de formalización, las consecuencias aplicables ante un posible incumplimiento y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización de los daños. Por ello, es posible que los convenios incluyan alguna alternativa previa a la resolución, como la salida de uno de los firmantes en caso de ser varios, —bien del incumplidor, bien de quien lo interese—, o un posible régimen sancionador, quedando la resolución por incumplimiento como la última opción ante dicha conducta.

Por último, la extinción del convenio, tanto por cumplimiento como por resolución, dará lugar a la liquidación del mismo con el objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes. Esta cuestión adquiere especial relevancia en el caso de la extinción de convenios de los que deriven compromisos financieros. Así pues, con el fin de garantizar la compensación de las partes y evitar el enriquecimiento injusto de cualquiera de ellas, el art. 52 LRJSP establece unas reglas para la liquidación de estos convenios. Si de la liquidación resultara que el importe de las actuaciones ejecutadas por alguna de las partes fuera inferior a los fondos que

⁷⁸ En este sentido, GARCÍA LUENGO destaca la importancia de que “en la elaboración del convenio se tenga en cuenta la necesidad de fijar dicha indemnización ya que, en otro caso, no surgiría automáticamente el derecho a resarcirse a favor de la parte cumplidora en lo que supone una vulneración de un principio básico del Derecho de obligaciones reflejado en el artículo 1124 CCv”. GARCÍA LUENGO, J., “Instituciones sustantivas ...” cit.

⁷⁹ FUERTES LÓPEZ pone de relieve que, “la preocupación por conflictos vividos, en que la falta de eficaces instrumentos para hacer cumplir las obligaciones derivadas de una firma generaba graves perjuicios, conduzca ahora a la rotunda ruptura del convenio, supone atender a una solución extrema”. FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios ...”, cit., p. 25.

hubiera recibido para financiar dicha ejecución, aquella deberá reintegrar al resto de firmantes del convenio el exceso proporcional que a cada uno corresponda. Para ello, la Ley concede el plazo máximo de un mes a partir del cual comenzará el devengo de intereses de demora. Intereses que, de acuerdo con el tenor literal del precepto, deberán ser abonados al resto de partes del convenio en un nuevo plazo de un mes. Desde un punto de vista práctico, la redacción empleada por el legislador en el art. 52.2.a) LRJSP puede plantear dudas de cara al ejercicio de posibles reclamaciones judiciales no quedando claro qué puede reclamarse en qué momento⁸⁰.

Ahora bien, en caso de que se produzca el fenómeno inverso, es decir, que el importe de las actuaciones ejecutadas fuera superior a los fondos recibidos, corresponderá al resto de las partes del convenio abonar a la parte de que se trate la diferencia que proporcionalmente corresponda a cada una de ellas, haciéndolo en el plazo de un mes desde que se apruebe la liquidación y 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. Estos límites deben ser puestos en relación con los requisitos de eficacia de los convenios, en concreto, con la previsión del art. 48.6 LRJSP, de acuerdo con el cual, las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio. Por ello, como señala DE DIEGO GÓMEZ, cuando la ejecución del convenio suponga un mayor coste final que el inicialmente previsto, la parte que se encargue de dicha ejecución debe promover primeramente la modificación del convenio antes de aprobar el aumento del gasto, pues de otra forma no podrá reclamarles la diferencia a las otras partes intervinientes, al dejar claro que no tendrá derecho a exigirles cuantía alguna que supere los límites máximos a que cada una se hubiera comprometido⁸¹.

Finalmente, el art. 52.3 LRJSP aborda otra de las deficiencias apuntadas por el TCu: la insatisfactoria regulación de la forma de finalización, en caso de resolución del convenio, de las actuaciones en curso de ejecución⁸². Dispone el precepto que, en

⁸⁰ Así, en el art. 52.2.a) LRJSP, se habla de un primer plazo de un mes, desde la liquidación del convenio, para que la parte que ha recibido el exceso de fondos lleve a cabo el reintegro correspondiente al resto de partes. Cumplido ese plazo voluntario sin haberse realizado la devolución, la Ley concede un segundo plazo de un mes, cuyo computo se inicia al finalizar el plazo voluntario, para abonar los intereses devengados por la falta de reintegro. De este modo, no queda claro si, finalizado el plazo de un mes para el reintegro voluntario, pueden ejercitarse acciones judiciales para reclamar el principal y los intereses que se devenguen hasta el efectivo abono; si se puede reclamar el principal, pero hasta pasado el segundo plazo de un mes no los intereses, (que podrán ser abonados durante un mes de forma voluntaria); o si se debe esperar al cumplimiento del segundo plazo de un mes para poder reclamar el total de lo adeudado.

⁸¹ DE DIEGO GÓMEZ, A., "La figura del ...", cit., p. 8.

⁸² Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., p. 14.

caso de darse este supuesto, “*las partes, a propuesta de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio o, en su defecto, del responsable del mecanismo a que hace referencia la letra f) del art. 49, 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*”.

Debe llamarse la atención sobre la diferenciación que se introduce entre «la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio y el responsable del mecanismo», y que, sin embargo, no tiene correspondencia con el art. 49 f) al que se remite. El citado precepto alude exclusivamente al mecanismo de seguimiento, generándose una incoherencia entre artículos que, ya advertida por el Consejo de Estado en el Anteproyecto de Ley, debió ser corregida⁸³.

7. Remisión de los convenios al Tribunal de Cuentas

Termina el Capítulo VI del Título preliminar de la LRJSP con los sistemas de control contable ejercidos por el TCu u órgano externo de fiscalización de las CCAA. El art. 53 establece expresamente la obligación de las entidades del sector público de remitir electrónicamente al TCu u órgano externo de fiscalización de la CA (OCEX), según corresponda, aquellos convenios cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600.000€, haciéndolo en el plazo de tres meses desde su suscripción, así como la de comunicar las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, alteración de los importes de los compromisos económicos asumidos y la extinción de los convenios indicados. Junto con lo anterior, dispone el precepto que, las previsiones anteriormente indicadas se entenderán sin perjuicio de las facultades del TCu, o del correspondiente OCEX, para reclamar cuantos datos, documentos y antecedentes estime pertinentes con relación a los convenios de cualquier naturaleza y cuantía⁸⁴.

⁸³ En este sentido, el Consejo de Estado puso de manifiesto que “el artículo 27.3 del Anteproyecto previene que, si existieran actuaciones en curso cuando concurra cualquiera de las causas de resolución del convenio, las partes podrán acordar la continuación o finalización de las mismas «a propuesta de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio o, en su defecto, del responsable del mecanismo a que hace referencia la letra f) del artículo 24». Sin embargo, el art. 24.f) no contempla distinción alguna entre comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio y responsable del mecanismo, ni hace referencia a este último, razones por las que se sugiere modificar su redacción”. *Vid.* Dictamen núm. 274/2015, del Consejo de Estado, de 29 de abril, cit.

⁸⁴ En realidad, el art. 53.3 LRJSP se refiere de forma expresa a las facultades del TCu, o del correspondiente órgano de fiscalización externo de la CA, para reclamar “cuantos datos, documentos, y antecedentes estime pertinentes con relación a los contratos de cualquier naturaleza y cuantía”. Entendemos que la intención del legislador fue la de referirse a los convenios y no a los contratos, encontrándonos ante un error de redacción. Este descuido, que adquiere especial relevancia en una Ley caracterizada por el esfuerzo de diferenciar ambas figuras, pudiera derivar de una mala adaptación de la recomendación núm. 16 del TCu en su Dictamen núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, en la que el Alto Tribunal propone

La LRJSP cumple de este modo con la recomendación efectuada por el TCu relativa a que la obligación de remitir al Alto Tribunal información sobre los contratos celebrados por entidades del sector público *se hiciera extensiva, con las necesarias adaptaciones, a los convenios de colaboración*. Para normalizar el cumplimiento de esta obligación, el TCu ha ido concretando la información y documentación relativa a los convenios que se le deben remitir, así como el procedimiento y medio para llevarlo a cabo. Respecto de las entidades del Sector Público estatal y autonómico, deberá tenerse en cuenta la Instrucción general, de 28 de noviembre de 2013, relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas de gestión celebrados por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico⁸⁵; y, respecto a las entidades del sector público local, *la Instrucción, de 24 de noviembre de 2016, relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de convenios y de relaciones anuales de los celebrados por las entidades del Sector Público local*⁸⁶.

De esta manera, se facilita el ejercicio de fiscalización en la materia ya que, al disponerse de información sobre el conjunto de los convenios celebrados en cada ejercicio, resulta posible una adecuada planificación y ejecución del control en esta área de la gestión.

III. BREVE RECAPITULACIÓN FINAL

Se cierra el presente estudio con la recapitulación de algunas de las consideraciones efectuadas.

Primera.- La reforma emprendida por la LRJSP responde, en gran medida, a la necesidad de adoptar soluciones tendentes a superar los efectos de la crisis económica. El objetivo es alcanzar una mejora en la eficacia de la actuación administrativa que se traduzca, a la postre, en un más atento cumplimiento de los principios de

“que la obligación de remitir al TCu información sobre los contratos celebrados por las entidades del sector público que se regula en el art. 29 LCSP y en los arts. 39 y 40 LFTCu, se haga extensiva con las necesarias adaptaciones a los convenios de colaboración”. Dictamen del TCu núm. 878, de 30 de noviembre de 2010, cit., p. 34.

⁸⁵ Resolución de 10 de diciembre de 2013, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013, sobre la instrucción general relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas de gestión celebrados por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2013).

⁸⁶ Resolución de 2 de diciembre de 2016, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 24 de noviembre de 2016, por el que se aprueba la Instrucción relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de convenios y de relaciones anuales de los celebrados por las entidades del Sector Público local, (BOE núm. 295, de 7 de diciembre de 2016).

disciplina presupuestaria y estabilidad financiera. Este propósito rige el nuevo marco legal de los convenios con el que se pretende mejorar la fiscalización del gasto público que se realiza a través de esta figura. En este sentido, el Capítulo VI, del Título preliminar de la LRJSP establece un marco jurídico sustantivo y de procedimiento de los convenios, —tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se suscriben con administrados—, en el que se integran las recomendaciones realizadas por el TCu en su Dictamen núm. 878, de 30 de noviembre de 2010.

Segunda.- La LRJSP introduce un concepto legal de convenio, superando las dificultades derivadas del uso de un concepto residual de esta figura. Con esta definición, la mayor concreción de sus ámbitos subjetivo y objetivo y una incipiente diferenciación de figuras análogas, se pretende evitar que, bajo el *nomen iuris* convenio, se siga dado cobijo a realidades jurídicas tan heterogéneas. Junto con lo anterior, se añade una nueva clasificación en la que deberán hallar correspondencia todos los convenios vigentes. La Ley deja atrás la tradicional distinción entre convenios de colaboración y de cooperación para referirse, ahora, a convenios interadministrativos, intradministrativos, los firmados con sujetos de Derecho privado y los no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo.

Tercera.- Se condiciona la validez y eficacia de los convenios al cumplimiento de unos requisitos concretos. Junto con la imposibilidad de alterar la distribución constitucional de competencias, las Administraciones deberán ampliar la información disponible de los convenios, manteniendo actualizados los correspondientes registros electrónico de los órganos de cooperación en los que participen y de convenios que se hayan suscrito. En el caso de los convenios en los que forme parte la AGE, la inscripción del convenio en el referido registro y su publicación en el BOE se tornan requisitos esenciales para su eficacia. Asimismo, los convenios deberán cumplir con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La LRJSP se remite a la legislación presupuestaria para el desarrollo de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros. Y lucha contra los abusos en el gasto público a través de medidas como la prohibición expresa de que las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes sean superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.

Cuarta.- Se establece un pormenorizado guion de los extremos que se han de comprender en el contenido de los convenios. La Ley avanza en la necesaria concreción del objeto y las actividades a realizar por cada sujeto que conviene y, en su caso, la titularidad de los resultados. Se incluye como obligatorio el régimen de modificación del convenio y las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes, pudiendo in-

cluirse en su caso, los criterios para determinar una posible indemnización. La nueva regulación introduce, además, importantes progresos en la fase de ejecución de los convenios apostando por la seguridad jurídica. Los convenios deberán establecer mecanismos de seguimiento, vigilancia y control, tanto de la ejecución de los convenios, como de los compromisos adquiridos por las partes. Atribuyéndose a este mecanismo las facultades necesarias para supervisar la ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones oportunas con el fin de asegurar la correcta realización de las actividades convenidas.

Quinta.- El legislador ha querido reforzar el carácter temporal de los convenios poniendo fin a la falta de un concreto plazo de vigencia y de un procedimiento expreso para su prórroga. Se limita su duración a un máximo de cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior y queda prevista la posibilidad de que los firmantes acuerden por unanimidad, antes de su finalización, una prórroga del convenio por un periodo de hasta cuatro años adicionales, o su extinción. La importancia de las nuevas reglas sobre la vigencia de los convenios queda patente en su aplicación automática. Esta afectará a todos los convenios que no tuvieran un plazo determinado o que, teniéndolo, hayan incluido una prórroga tácita por tiempo indefinido en el momento de la entrada en vigor de la Ley.

Sexta.- En cuanto a la extinción de los convenios, la LRJSP parte de una premisa básica, los convenios se extinguen, o por la debida satisfacción de su objeto, —de forma que quedan sin razón de ser—, o porque se haya incurrido en alguna causa de resolución. La norma incorpora una novedosa relación de posibles causas legales de resolución a la que deberán sumarse las previstas por el propio convenio. Se corrige de este modo la acusada insuficiencia normativa de la LRJ-PAC en este extremo. Se regulan, además, los efectos de la extinción, esto es, la liquidación de los convenios. Una cuestión que adquiere especial relevancia en el caso de convenios de los que deriven compromisos financieros. En este sentido, son básicas las reglas fijadas en aras de garantizar la compensación de las partes, evitando el enriquecimiento injusto de cualquiera de ellas. Ante la posible resolución de los convenios, se hace necesario establecer la forma de terminación de las actuaciones en curso de ejecución. En estos casos, la Ley prevé que las partes, a propuesta del mecanismo de seguimiento del convenio, 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.

Séptima.- Por último, puede hablarse de un incremento de la transparencia en la gestión de los fondos públicos a través del control externo de la actividad convencional del sector público con contenido económico. Se establece la obligación de las entidades del sector público de remitir electrónicamente al TCu u órgano externo de fiscalización

de la CA (OCEx), según corresponda, aquellos convenios cuyos compromisos económicos asumidos superen el umbral de los 600.000€, así como la de comunicar las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, alteración de los importes de los compromisos económicos asumidos y la extinción de los convenios indicados. Todo ello, sin perjuicio de las facultades del TCu o del correspondiente OCEx para reclamar cuantos datos, documentos, y antecedentes estime pertinentes con relación a los convenios de cualquier naturaleza y cuantía.

De este modo, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ha elevado a rango de ley las propuestas y recomendaciones del TCu y del Informe CORA, arrojando luz en la práctica administrativa. Aun cuando han quedado pendientes algunas cuestiones importantes, —como la recomendación del TCu de que, ante la gran variedad de convenios existentes y sus diferentes exigencias, cada Administración o Departamento ministerial pudiera elaborar una normativa reguladora propia, dentro del marco legal general—, el nuevo régimen jurídico de los convenios ha sido valorado de forma positiva, debiendo adaptarse al mismo todos los convenios preexistentes no más tarde del 2 de octubre de 2019.

IV. BIBLIOGRAFÍA

COLÁS TENA, J., “Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 41, 2016.

COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (CORA), *Informe de la Reforma de las Administraciones Públicas*, Gobierno de España, Madrid, 2013.

DE DIEGO GÓMEZ, A., “La figura del convenio tras la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico el Sector Público”, *El consultor de los Ayuntamientos*, Wolters Kluwer, núm. 23, 2015.

FUERTES LÓPEZ, M., “Los convenios y los consorcios en la Ley del Sector Público”, conferencia impartida en el *Seminari de Dret Local: les lleis 39 i 40 de 2015, de Procediment Administratiu i Règim Jurídic del Sector Públic*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 20 de noviembre de 2015.

GARCÍA LUENGO, J., “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 63, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., “El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 143, 2016.

MELLADO RUIZ, L., “Ámbito subjetivo y objetivo de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *RAAP*, núm. 74, 2009.

MENÉNDEZ REXACH, A., “Encomiendas de gestión y convenios”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 41, 2016.

MUÑOZ-CHARLES COYLE, M.L., “La nueva regulación de los convenios entre Administraciones públicas y particulares”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 914, 2015.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), *España: de la reforma administrativa a la mejora continua. Resumen ejecutivo, hallazgos y recomendaciones clave*, Estudios de Gobernanza Pública de la OCDE, 2014.

PASCUAL GARCÍA, J., “La regulación de los convenios administrativos en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XVIII, núm. 54, 2016.

— *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados*, BOE, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.

SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015.

— “Los convenios interadministrativos”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Tratado de Contratos*, tomo XIV, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos públicos*, OBCP, Madrid, 2016.

Propuestas para una mediación administrativa: Los recursos administrativos como campo óptimo de implantación

Héctor Iglesias Sevillano

Área de Derecho administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.
Becario del Real Colegio de España en Bolonia. Abogado.

I. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. 1. Planteamiento del problema. 2. Los recursos administrativos en el Derecho administrativo español actual. A. Breve referencia a los recursos administrativos como manifestación tradicional del privilegio de autotutela. B. Los recursos administrativos como garantía de la legalidad y sus manifestaciones modernas: los tribunales administrativos. II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA. 3. Los métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Público. En especial, la mediación. 4. Los mecanismos concretos: la negociación directa interesado-órgano competente para resolver el recurso como método de control de la discrecionalidad y de la racionalización de las decisiones sobre el fondo. 5. El acuerdo interesado-órgano. Efectos para las partes y para terceros. 6. La formación de un concepto de mediación en el Derecho público como sub-concepto de la mediación civil y mercantil. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo aborda la posible solución de la ineficacia de los recursos administrativos introduciendo mecanismos de mediación en la Administración Pública. La doctrina ha venido sobre este punto reiteradamente en los últimos veinte años, sin grandes avances. Se discute la compatibilidad de la mediación con el principio de legalidad de la Administración, la posibilidad o no de confluir los intereses generales con el interés particular, la igualdad de los interesados en distintos procedimientos tras la transacción, la designación y el estatuto del mediador, proponiéndose habitualmente al Defensor del Pueblo para esta tarea, y se cuestiona la misma utilidad de los preceptos que ya existen en el Derecho administrativo español para amparar la mediación o la solución transaccional de controversias.

Palabras clave: recursos administrativos, resolución extrajudicial de controversias, mediación administrativa, principio de legalidad, intereses generales.

Abstract: The presented work deals with the possible solution to the inefficacy of administrative review introducing mediation mechanisms within the Public

Administration. Authors have come through this point repeatedly in the last twenty years, with no relevant progress. Compatibility of mediation and the administrative legal principle is controverted, as well as the possibility of a confluence between public and individual interests, the equality of interested parties in different proceedings after the transaction, appointment and statutory regime of the mediator, including proposals to give this work to ombudsmen. On the other hand, the utility of the rules already existent in Spanish Administrative Law for this purpose is under question.

Key words: administrative review, non-judicial resolution of controversies, administrative mediation, legality principle, general interests.

I. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

1. Planteamiento del problema.

La tesis que mantengo en el presente trabajo puede resumirse en un sólo párrafo, y consiste en dos premisas y una conclusión. Las dos premisas son, la primera, que los recursos administrativos son ineficaces, y la segunda, que la mediación puede ser una oportunidad para que la vía administrativa cumpla su función. La conclusión, es que aunque en el procedimiento administrativo español vigente ya existen en vía de recurso mecanismos que permiten la participación de los interesados en la elaboración del acto que resuelva el recurso, éstos son deficientes e insuficientes, y es ineludible acudir a soluciones *de lege ferenda*.

Hasta aquí, nada nuevo. De las dos premisas, la primera es una absoluta obviedad, ya sobradamente reiterada¹; la segunda ha sido también tratada insistentemente por la doctrina. Y sobre la conclusión, ha habido intentos de aproximación, ninguno

¹ Sobre la ineficacia de los recursos administrativos, basta con una referencia a las estimaciones aportadas por el fundamental trabajo de DÍEZ SASTRE, Silvia, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015*, Centro de Investigación de la Justicia Administrativa. Madrid, 2015. Y en las mismas ideas insiste su recentísimo sucesor, DÍEZ SASTRE, Silvia, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2016, Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial y Derechos Fundamentales*, Centro de Investigación de la Justicia Administrativa. Madrid, 2016. En realidad, el primer problema que aparece en la vía administrativa es la absoluta falta de datos, que quedan al margen de cualquier registro y sólo pueden rastrearse a través de las resoluciones judiciales que se producen en el marco de los procesos contencioso-administrativos que siguen a los recursos, y aún así aún éstas son escuetísimas en cuanto a los datos de la vía administrativa (vid. Informe 2016, pág.26). Al contrario parece suceder cuando estos recursos los resuelven Tribunales administrativos, especialmente los económico-administrativos y los Tribunales de recursos contractuales. De hecho, una de las observaciones relevantes de este nuevo Informe es que ante los órganos de recursos administrativos contractuales, de los que hablaré más adelante, incluso disminuye el número de inadmisiones, lo que dice mucho de su eficacia (pág. 136). Pero como explicaré más adelante, el éxito de estos órganos no autoriza la desatención hacia otras vías de reforma de la vía administrativa.

completamente satisfactorio². Resulta difícil encontrar huecos en el procedimien-

² La atención doctrinal a los métodos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo ha sido profusa, y probablemente sólo una modificación legislativa puede permitir avanzar un paso más allá. Los primeros trabajos, que yo conozca, aparecen a finales de los años ochenta y el artífice de las primeras propuestas es TORNOS MAS, Joaquín, “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica”, en *Tribunal Arbitral de Barcelona*, 6, 1989 y TORNOS MAS, Joaquín, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, en *Revista de Administración Pública*, 136, 1995, y más tarde ROSA MORENO, Juan, *El arbitraje administrativo*, MacGraw Hill. Madrid, 1997 y PÉREZ MORENO, Alfonso, “La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo”, en *Justicia Administrativa*, Extra 1, 1999. Pero el gran clásico en la materia -como era de esperar de su *alma mater*- es HUERGO LORA, Alejandro, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2000, quien últimamente ha actualizado sus propuestas en HUERGO LORA, Alejandro, “La resolución extrajudicial de conflictos en las Administraciones Públicas en 2015”, *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015. Esta última ha aparecido al albur del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015 y en gran medida centrado en esta materia; entre las Actas de este mismo Congreso aparecen otros trabajos reveladores, sobre todo BERMEJO VERA, José, “La resolución extrajudicial de conflictos”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015 y BUSTILLO BOLADO, Roberto, “Derecho Administrativo español y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015 y BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación administrativa: una realidad jurídica”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, éste último centrado en la mediación, y con varios precedentes en BELANDO GARÍN, Beatriz, “El supuesto arbitraje administrativo de la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, en *La Ley*, 7504, 2010, BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria”, en *Revista de Administración Pública*, 189, 2012, BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación administrativa desde la perspectiva de los Letrados”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, 13, 2012. Merece la pena mencionar también los trabajos de BARNES, Javier, “*El procedimiento administrativo en transformación*”, *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global (Global law press). Sevilla, 2008, sobre la mediación como procedimiento idóneo en sectores especiales, ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, “El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, 2012 y los de CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi Monografías. Pamplona, 2008 y CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, 2013), muy focalizados en el posible papel del Defensor del Pueblo en la mediación. DEL OLMO ALONSO, Jesús, *Medios alternativos de resolución de conflictos en Derecho administrativo*, (tesis doctoral inédita), Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 2004, ha hecho un estudio de todos los medios alternativos de resolución de controversias, pero prestando especial atención al modelo de la doctrina norteamericana. Sobre los intentos de encajar mecanismos alternativos de resolución de conflictos, hay muchos en la bibliografía citada, pero también pueden encontrarse varios en esta línea, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos y su aplicabilidad a la vía administrativa, especialmente en el caso de la mediación, y aún particularmente en el marco de los recursos administrativos, han tratado recientemente GAMERO CASADO, Eduardo, “Apunte sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos en el empleo público”, en *Revista de Administración Pública*, 170, 2006; MASSUCCI, Alfonso, “El procedimiento de mediación como modo alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de la experiencias francesa, alemana e inglesa”, en *Revista de Administración Pública*, 178, 2009; BELTRÁN AGUI-

to administrativo español en los que puedan integrarse los métodos alternativos de resolución de conflictos, que como norma general no está diseñado para permitir una negociación entre el interesado y la Administración. Pero hay dos excepciones: la primera, los mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje que el legislador ha intentado introducir con carácter general; y la segunda, algunos mecanismos de negociación sectoriales, cuya utilidad parece mayor. De todos ellos trataré más tarde.

PÉREZ MORENO resumió los métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho administrativo (con referencia especial al arbitraje) en tres tipos: la función arbitral de la Administración, la resolución de recursos administrativos -o su alternativa a éstos- y el control de la actividad administrativa, distinta de la judicial³. En este trabajo vamos a centrarnos en la segunda. Todas estas instituciones han sido ya bien estudiadas por la doctrina, por lo general resaltando su inutilidad, lo que hace que la materia se agote rápido. Evidentemente, si a la Administración no le interesa transaccionar, los acuerdos son inhabituales y su regulación administrativa es ambigua y poco ambiciosa, pocas aportaciones doctrinales se pueden hacer. Pero el hecho es que -en parte gracias a la doctrina comparada- hay en España importantes estudios en la materia, aunque la mayoría sean escasamente aplicables a las normas actuales, de ahí su escasa realidad en la práctica jurídica. La novedad a la que aspira el presente trabajo es aplicar esa doctrina ya elaborada a la consolidación de la mediación civil y mercantil en la Ley 5/2012. Naturalmente, no se nos escapa que esta norma excluye su aplicación a las Administraciones Públicas (artículo 2.2.c) y que los principios que rigen la actividad administrativa impiden en todo caso que se le aplique la regulación privada. Pero sí que tiene la virtud de consolidar el concepto de mediación en España, dándonos un punto de partida para adaptarla a los principios de Derecho administrativo. Ese es el fundamento de la propuesta de *lege ferenda* que hacemos en este trabajo.

RRE, José Luis, “Una apuesta por la mediación administrativa”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 2014 y AVILÉS NAVARRO, María, *La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo*, Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez”, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2015, CHOZAS ALONSO, José María, “El ámbito de la mediación, como mecanismo de autocomposición de las partes en la resolución de conflictos, en la Universidad Complutense de Madrid”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170, 2015, y en AGUDO GONZÁLEZ, J. (dir.) (2016): *Control administrativo y justicia administrativa*, Madrid: INAP. En todo caso, la irrupción de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo es imparable, hasta el punto de que se ha propuesto la negociación como metodología educativa de los futuros abogados (COMINELLI, Luigi, “Training Young Lawyers in the European Mediation Framework: It’s Time to Devise a New Pedagogy for Conflict Management and Dispute Resolution”, en *The Italian Law Journal*, 1, 2016 y el citado BELANDO GARÍN (2012).

³ PÉREZ MORENO, Alfonso, “La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo”, en *Justicia Administrativa*, Extra 1, 1999, pág. 111.

Este planteamiento nos lleva necesariamente a una determinada concepción del Derecho administrativo como sistema. El Derecho administrativo vigente es heredero de los dogmas clásicos: un Derecho estatutario, en el que prima el principio de autotutela y la posición privilegiada de la Administración, imponiéndose ante un interesado que es considerado más como administrado que como ciudadano. Los recursos administrativos han sido tradicionalmente uno de los grandes exponentes de esos privilegios de la Administración Pública, dificultando y ralentizando el acceso a la jurisdicción. Y eso sin que la vía administrativa aporte ningún beneficio real al recurrente, sino todo lo contrario.

Últimamente, este sistema está siendo depurado a través de la creación de órganos independientes (al menos teóricamente) dentro de la propia Administración Pública, a los que se les da una forma similar a los órganos judiciales y se les atribuye la resolución de los recursos administrativos. A día de hoy, la vía administrativa sigue considerándose principalmente (aunque no sólo) como un mecanismo de revisión de la legalidad del acto. Esto explica la progresiva asimilación de estos Tribunales administrativos a los órganos judiciales (tanto a nivel nacional como, muy especialmente, europeo), y mejora desde luego las garantías del recurso. Pero al mismo tiempo reafirma la posición privilegiada de la Administración, que aunque bajo un régimen más garantista, sigue imponiendo a través de la vía administrativa de recursos un límite al acceso a la jurisdicción del recurrente.

Sin embargo, el planteamiento del presente trabajo es otro. El Derecho administrativo no debe verse ya como un Derecho estatutario que regula la posición (privilegiada) de la Administración, y eventualmente se intenta limitar esos privilegios en aras de la protección de los ciudadanos. Debe concebirse como un Derecho relacional, es decir, que regula las relaciones entre los ciudadanos (en su condición de interesados) y la Administración⁴, y añadido, exactamente por este orden, pensando en los ciudadanos en primer término. El Derecho administrativo debe ser el producto de la participación del ciudadano en la elaboración de las decisiones en las que adopta la posición de interesado, pero sin que éste pueda llegar a apropiarse del contenido del acto imponiendo sus intereses individuales a los intereses generales (a los que, al fin y al cabo, la Administración sirve, ex art. 103.1 de la Constitución⁵).

⁴ En este sentido, GONZÁLEZ-VARAS, Santiago José, *Tratado de Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, 1ª ed., Madrid, 2008 (obra completa), pág. 39), quien define el Derecho administrativo partiendo el concepto de función administrativa atribuida a la Administración y sus entidades dependientes o vinculadas (pág. 29), pero considera que su objeto son sus relaciones jurídicas con los ciudadanos.

⁵ Y que, por cierto, abarcan al propio interesado. Es decir, que todo ciudadano con condición de interesado tiene en el procedimiento administrativo una suerte de doble posición: la que deriva de sus intereses particulares, y la que deriva del interés general, pues en este interés general está incluido el suyo propio en la medida en que participa de aquél. Claro está que esta participación en el interés general es

El objetivo de este trabajo, por lo tanto, es formular una aportación para que la vía administrativa pueda cumplir una función más allá del control de la legalidad, integrando en el acto que resuelva el recurso la concurrencia de los intereses del recurrente y los intereses generales, defendidos por la Administración. El recurso deberá controlar la legalidad del acto recurrido, eso sin duda, pero su objeto debe ser también una completa revisión del fondo en el que la Administración llegue a una solución consensuada con el interesado.

El recurso administrativo es, de hecho, la mejor ocasión para esta negociación, mejor incluso que la adopción del acto administrativo original. Esta afirmación merece una explicación. En efecto, en el procedimiento de adopción del acto original pueden primar razones de interés público para que la Administración se alce cuanto antes con un acto ejecutable. La eficiencia o celeridad pueden hacer desaconsejable que el procedimiento se someta a una negociación, que además puede distorsionar el procedimiento mismo de adopción del acto (dictámenes e informes preceptivos, artículo 79 de la Ley 39/2015, por ejemplo). Lo ideal es que la Administración forme su voluntad mediante su propio procedimiento, que es al fin y al cabo el método de formación de su voluntad. Sin embargo, el acto que resuelve el recurso es perfecto para la mediación y la transacción con el interesado. Por un lado, el procedimiento es mucho más simple y no requiere -o no suele requerir- dictámenes o informes preceptivos: estos son actos de trámite propios de la formación de la voluntad realizada en el acto original. Por otro, la contraposición de intereses entre la Administración y el interesado sólo queda clara desde que existe un acto. Y por último, lo más importante es que el acto por el que se resuelva el recurso está destinado a causar estado en vía administrativa, lo que hace ya indispensable la participación del interesado en la toma de la decisión que le afecta. En el recurso administrativo debe verse una oportunidad para la reflexión detenida y la búsqueda de la confluencia de intereses entre interesado y Administración.

Este será, por lo tanto, el objetivo del presente trabajo: demostrar que, a través de los mecanismos vigentes del participación del interesado en el procedimiento administrativo (principalmente, la audiencia en vía administrativa), es posible dar entrada a sus intereses, alcanzando una solución consensuada, y dando lugar a un acto administrativo que resuelva el recurso con un mayor grado de satisfacción para ambas partes de la que se comprueba en la actual vía administrativa.

perfectamente distinta y distinguible de su interés particular. Este es un punto de vista que, a mi parecer, es relevante para entender cualquier negociación entre Administración y ciudadano, porque éste último desde luego defiende sus propios intereses, pero también participa de los intereses generales representados por la Administración.

A efectos de lograr este fin, seguiré el siguiente plan. En primer lugar, expondré lo caracteres básicos de los recursos administrativos en nuestro ordenamiento, tanto en su concepción tradicional (garantía y carga) como su evolución en los Tribunales administrativos. En segundo lugar, la posición de los métodos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho público español. Y por último, las posibles propuestas para encauzar una concurrencia negociada de intereses entre el ciudadano y la Administración en un acto administrativo en concreto.

2. Los recursos administrativos en el Derecho administrativo español actual.

A. Breve referencia a los recursos administrativos como manifestación tradicional del privilegio de autotutela.

Como parece evidente, los recursos administrativos sirven, en el marco de nuestro sistema constitucional, como instrumento de autocontrol de la Administración, y como vía para evitar la acumulación de recursos en la jurisdicción contencioso-administrativa⁶. Sin embargo, esto está lejos de ser una realidad. Ya he citado doctrina que ha demostrado, empíricamente y con datos, la ineficacia de los recursos administrativos, lo que en todo caso no deja de ser un lugar común⁷.

Los motivos por los que esto ha sucedido pueden ser de dos tipos: jurídicos y extrajurídicos. Comenzaré por los extrajurídicos, y seré breve. Es difícil ser más explícito que SANTAMARÍA PASTOR: “es un modo de ser cultural de nuestras Administraciones el no transigir nunca”⁸. Por lo tanto, es cierto que el problema del sistema español de recursos administrativos se puede reconducir en parte a un problema de actitud o idiosincrasia de nuestras Administraciones. No obstante, es una exigencia para un análisis riguroso reexaminar los orígenes y justificación jurídica de los recursos administrativos. En cuanto a su función, hay acuerdo en que la vía administrativa (o gubernativa, como se la conoció históricamente) es una garantía para el administrado, porque permite la reacción de éste frente al acto administrativo,

⁶ Así GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel, y otros., *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons. Madrid, 2001, pág. 307).

⁷ Vid. nota 1.

⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “El sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 2015, pág. 45. Para mayor desarrollo de las críticas de este autor a la actitud de nuestras Administraciones ante el sistema el sistema de recursos administrativos, vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Comentario. Iustel. Madrid, 2010.

pero al mismo tiempo es una carga que le impide acceder directamente a la revisión plena de la legalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa⁹.

En realidad, como es obvio, a través de la llamada vía gubernativa la Administración decide sobre la validez de sus propios actos, lo cual no sólo no garantiza la independencia del órgano que resuelve, sino que no deja de ser una manifestación del viejo principio *juger a l'Administration c'est encore administrer*. Mediante la autotutela en vía gubernativa la Administración se juzga a sí misma, y es difícil ver en qué medida puede ser esto una garantía para los ciudadanos.

El otro frente jurídico por el que atacar los recursos administrativos se fundamenta en determinar cuál es exactamente su función. O mejor dicho, cuál es su objeto. ¿Se trata exclusivamente de revisar la legalidad del acto, o se produce también una revisión del fondo?¹⁰ Creo decididamente que la respuesta a esta pregunta es la segunda, y es en el debate de fondo donde los métodos alternativos de resolución de conflictos van a tener la mejor parte. A este respecto, hay una fuerte tensión entre los artículos 112.1 y 119.3 de la Ley 39/2015 (correspondientes con los antiguos artículos 107.1 y 113.3 de la Ley 30/1992).

Por un lado, el artículo 112.1 de la Ley 39/2015 apuesta nítidamente por el control de legalidad, cuando exige que el recurso se funde no sólo en Derecho, sino específicamente en una causa de nulidad o anulabilidad: “1. *Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la*

⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho administrativo*, autoedición, Madrid, 1977, pág. 174 argumenta que los recursos administrativos contribuyen al sistema de garantías activas con las que cuenta el administrado, aunque no muy eficazmente (vid. también VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho administrativo*, Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2ª Ed., Madrid, 1987); GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, (Vols. I y II) 15ª ed. Madrid, 2011, pág. 537) recuerdan que la obligatoriedad de los recursos administrativos ha sido siempre seña de identidad del Derecho administrativo español, a diferencia del francés o el italiano, donde han sido por lo general potestativos. Con estos precedentes, parece difícil que los tradicionales recursos administrativos sirvan para satisfacer los intereses del recurrente.

¹⁰ Que los recursos administrativos pueden abordar el fondo del asunto es evidente ya en las exposiciones más clásicas. Por poner un ejemplo de la doctrina española, GASCÓN Y MARÍN, José, *Derecho Administrativo* (2 vol.), C. Bermejo, Madrid, 1933, 511 afirma que “*el recurso constituye la vía jurídica para garantía de los derechos e intereses de los administrados*”, pero en el caso de los recursos gubernativos (es decir, los administrativos) constituyen una “*verdadera segunda instancia, en la que el asunto es examinado de nuevo y se puede dictar una nueva resolución que resuelva en cuanto al fondo del mismo*”. En los recursos gubernativos se ejercita un control de tutela, mientras que el contencioso-administrativo es un mero medio de fiscalización de la legalidad del acto. Por eso considero equivocada la excesiva judicialización de la vía administrativa, que enfatiza el control de legalidad, pero resta importancia al control de fondo. Y es precisamente en este control de fondo donde el recurrente tiene mayores posibilidades de hacer valer, no sólo sus derechos conforme a la Ley, sino sus intereses como parte.

*imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, **que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad** previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.”.*

Este precepto no es sorprendente, precisamente porque lo que pretendió la vía administrativa desde el principio fue sustraer, o al menos retrasar, el control de la legalidad de los actos administrativos del control de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso, y en ningún caso mejorar la resolución sobre el fondo. Pero he aquí que el artículo 119.3 de la Ley 39/2015 abre la puerta a un control de fondo del acto: “3. *El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.*”.

Queda claro, creo, que la interpretación sistemática de ambos preceptos exige entender que la resolución del recurso administrativo no debe limitarse a un mero control de legalidad, pues puede y debe en su caso valorar el fondo del asunto. Ahora bien, hay en estos preceptos, creo, una manifestación de la autotutela que es necesario superar.

Esta manifestación de la autotutela de la que hablo es la siguiente: el artículo 112.1 de la Ley 39/2015 exige fundar el recurso en Derecho al recurrente, pero si el recurso no debe versar exclusivamente sobre el control de la legalidad del acto ¿cuál es la función de esta norma? Parece evidente que es limitar el acceso del interesado al recurso. La Ley no quiere que el recurso administrativo se convierta en un juicio de oportunidad del acto. Pero al mismo tiempo, la Ley no sólo reconoce que el juicio de fondo es posible en el artículo 119.3 de la misma Ley 39/2015, sino que exige al órgano que resuelva sobre “*cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados*”. Obviamente, hay una posición demasiado privilegiada de la Administración cuando los interesados no pueden alegar en su recurso cuestiones de fondo, pero la propia Ley reconoce que estas cuestiones pueden y deben ser tratadas por el órgano, eso sí, a su exclusivo parecer. Naturalmente, sería mucho más razonable permitir al recurrente fundar su recurso en cuestiones de fondo, si al fin y al cabo el órgano puede resolver sobre ellas.

Se observa ya cuál es el problema de los recursos administrativos: se justifican históricamente como una garantía para el recurrente, pero le ofrecen muy pocas posibilidades a éste, y muchas a la Administración. El recurrente sólo puede alegar motivos de nulidad o anulabilidad, pero la Administración puede resolver de oficio sobre cualesquiera cuestiones plantee el procedimiento; el recurrente puede acceder a la vía administrativa para alegar vicios de validez del acto, pero en realidad lo que

logra la Administración es retardar la llegada del conflicto a la jurisdicción contencioso-administrativa y, entre tanto, ejecutar el acto, pues como también es bien sabido raras veces se suspende la ejecutividad de los actos recurridos en vía administrativa. La Administración, en definitiva, decide en los recursos administrativos sobre sus propios errores, con pocas garantías para el administrado.

B. Los recursos administrativos como garantía de la legalidad y sus manifestaciones modernas: los tribunales administrativos.

A pesar de todo, la percepción de los recursos como una garantía de la legalidad es creciente, como demuestra su evolución. Se entiende que no puede haber mayor garantía para el recurrente que su asimilación al proceso jurisdiccional resuelto por un órgano administrativo *similar* a un órgano judicial, y se ignora el interés que el recurrente tiene en la decisión de fondo, especialmente si el acto es discrecional. A estos dos procesos los denominaré *jurisdiccionalización* y *judicialización*.

El mejor ejemplo de este proceso es el moderno fenómeno de los Tribunales administrativos, que efectivamente han mejorado, y mucho, el panorama del control de legalidad de la actividad administrativa. Sin embargo, nunca llegan al grado de control de la actividad administrativa de los Tribunales ordinarios, porque son siempre más deferentes (es decir, controlan menos el ejercicio de la discrecionalidad por la Administración).

Los Tribunales Administrativos pueden estudiarse desde diferentes perspectivas. Aquí mencionaré muy brevemente dos. Una de ellas es tomar modelos comparados. En este caso, el ejemplo recurrente es el sistema inglés de *Administrative Tribunals*. Se trata de diversos Tribunales Administrativos que resuelven, desde dentro de la Administración, multitud de conflictos de Derecho administrativo altamente técnicos con un razonable grado de independencia, pero en todo caso bien diferenciados del sistema de *judicial review*. Estos Tribunales son uno de los posibles referentes para una reforma de la vía administrativa, especialmente porque no sólo tiene cabida en ellos el control de la legalidad, sino una concepción mucho más amplia de la justicia administrativa¹¹.

¹¹ Así lo ha hecho recientemente TORNOS MAS en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), *Control administrativo y justicia administrativa*, INAP. Madrid, 2016, pág. 153 y ss), citado más arriba. La conclusión más valiosa que puede extraerse de los estudios de los *Administrative Tribunals* es que ya se plantean en la doctrina anglosajona muchos de los vicios de la vía administrativa tradicional, y muchas de las virtudes de las nuevas concepciones de este control. La doctrina administrativa inglesa y los informes más importantes (*Frank Report; Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, Explanatory Notes*; entre otras muchas) han entendido desde el principio que la justicia administrativa debe regir todo el procedimiento, y no sólo el acto que resuelve y sus sistemas de control. La aportación fundamental de la doctrina administrativa inglesa ha sido la contraposición de la *Green Light* y la *Red Light theory*. No basta un mero control de legalidad para lograr una Administración pública que actúe *con* justicia: vale más un procedimiento administrativo *fundado* en los prin-

El otro gran modelo, y desde luego el fundamental en el Derecho administrativo español vigente, son los Tribunales Administrativos que han surgido en los últimos años por influencia del Derecho europeo, y especialmente como consecuencia de la transposición de la llamada Directiva de Recursos¹². Estos Tribunales se constituyen para garantizar la legalidad de la actuación administrativa con mayor eficacia de lo que logran los recursos administrativos tradicionales, sin tener que acudir al procedimiento contencioso-administrativo. Entre los creados por el legislador en la Administración General del Estado se deben mencionar, necesariamente, los dos siguientes: el Tribunal Administrativo del Deporte¹³, y especialmente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)¹⁴.

cipios de justicia y participación del ciudadano que un sistema rígido y estricto de revisión de la legalidad de los actos administrativos, aunque obviamente éste sea indispensable. Esta y no otra es la tesis del presente trabajo.

¹² Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 [en adelante, la Directiva de Recursos], reformada más tarde por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007. La transposición de ésta última, como es bien sabido, se debe a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Contratos del Sector Público, ahora en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

¹³ Creado por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, en sustitución del Comité Español de Disciplina Deportiva.

¹⁴ Creado por la mencionada Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Contratos del Sector Público, y ahora contemplada en el correspondiente Texto Refundido 3/2011, de 14 de noviembre, artículos 40, 41 (que crea dicho órgano) y siguientes.

Hay que añadir los diversos órganos autonómicos de recursos contractuales creados siguiendo la estela del TACRC, en virtud de las expresas habilitaciones de la Ley estatal (en la actualidad, el artículo 41.3 del TRLCSP 3/2011): Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (con independencia funcional), creado por el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid; el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, creado por La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón; el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Disposición Adicional Octava de la La Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2011; Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía., creado por el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre; Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Castilla y León, creado por los artículo 58 y siguientes de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas de Castilla y León 2012; Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, creador por artículo 38 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, que añade un nuevo artículo 208 bis a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos; Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, creado por la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras; Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, creado por el Decreto 10/2015, de 12 de febrero; y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura, creado por la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura. Dejo de lado los órganos de resolución recursos administrativos en materia de contratación que hayan podido o puedan ser creados por diferentes órganos constitucionales.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha sido estudiado en múltiples ocasiones por la doctrina más autorizada¹⁵. Si bien la Directiva de Recursos parecía exigir un órgano jurisdiccional para residenciar los recursos en materia contractual¹⁶, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaró que era posible atribuir la potestad de resolver estos recursos a órganos administrativos que contaran con las características de independencia que la Directiva exige¹⁷.

El carácter de control de legalidad de estos recursos es evidente, y la tentación de asimilarlos a órganos judiciales es grande, sobre todo a expensas de la confusa distinción entre “órgano jurisdiccional” y “órgano judicial” en la Directiva.

No voy a entrar en esta cuestión aquí, pero sí quiero llamar la atención sobre el último hito en este proceso. En una reciente Sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que los Tribunales Administrativos de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales a efectos de plantear la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE, a cuenta de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público¹⁸. Obviamente, aunque esto no

A estos se puede sumar, hasta cierto punto el sistema especial de resolución de reclamaciones del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y que bajo el título “Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes”, crea un sistema de resolución de los recursos (incluso frente a disposiciones generales) en los que el órgano competente para resolver es aquel que adoptó el acto o disposición (artículo 26.5 a), pero sometido a la información de lo que se ha llamado un sistema de “puntos de contacto” (que son las instituciones fundamentales en materia de unidad de mercado que relata el artículo 26.4) y la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado. Tras apenas cuatro años de vigor de la Ley de Unidad de Mercado, son no pocas las voces que sugieren que sea la propia SECUM la que resuelva el recurso, en atención al buen funcionamiento que ha demostrado. Pudieron escucharse algunas de estas voces en el IV Congreso sobre Derecho de la Competencia y Regulación: Cuestiones actuales de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, celebrado los días 28 y 29 de septiembre de 2016 en el Salón de Actos de la sede de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Y así quedará seguramente reflejado en el Libro de Actas de dicho Congreso cuando éste se publique.

¹⁵ Probablemente uno de los mejores y más completos estudios es el ya citado de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “El sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 2015, pág. 41 y ss). Se puede añadir, por supuesto, el reciente Informe sobre la Justicia Administrativa de 2016. Me remito a estos y al resto de los estudios doctrinales en la materia.

¹⁶ Artículo 9 de la Directiva y 234 TCE, donde hay una clara confusión con el término “jurisdiccional”.

¹⁷ Caso Josef Köllensperger, C-103/97 (Sentencia de 4 de febrero de 1999). Es decir, que la Sentencia concluye que el recurso se puede atribuir tanto a órganos jurisdiccionales como no jurisdiccionales (es decir, administrativos), que lo exigible es un grado de independencia tan alto de los Tribunales Administrativos. Por eso una parte de la doctrina los está asimilando paulatinamente a los órganos judiciales, calificándolos de “causi-judiciales” o “cuasi-jurisdiccionales”.

¹⁸ Una magnífica reseña sobre esta Sentencia en DÍEZ SASTRE, Silvia, ¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?, *Centro de Investigación de la Justicia Administrativa*. Madrid,

prejujgue su naturaleza jurídica en el ordenamiento interno, supone un paso decidido hacia la *judicialización*, de dichos órganos, con la correspondiente *jurisdiccionalización* de los recursos administrativos. Aparte de las complicaciones constitucionales que esto tiene (obviamente, la potestad jurisdiccional en España está atribuida a los Jueces y Tribunales por el artículo 117.1 de la Constitución, de ahí la identificación entre judicial y jurisdiccional en nuestro Derecho; y ¿cómo se articularía el ejercicio de la jurisdicción en el seno de una Administración Pública, por muchas garantías de independencia funcional que tenga el órgano?) resulta cuestionable que la deriva de los recursos administrativos deba ser siempre esta. Como he dicho más arriba, a menudo valdría más que se resolviera sobre el fondo, teniendo en cuenta los intereses del recurrente en el recurso, que multiplicar los órganos fiscalizadores que limitan sus competencias al control de legalidad.

Es evidente, desde luego, que este camino ha mejorado ostensiblemente la calidad de las resoluciones de nuestros recursos administrativos. La implantación de los Tribunales Administrativos, especialmente en materia contractual, ha sido un éxito reconocido incluso por los propios interesados que participan en los procedimientos. La celeridad de los procedimientos de recurso ha aumentado y se han empezado a ver resoluciones favorables a los interesados, cosa difícil de creer con los recursos administrativos tradicionales.

En definitiva, los recursos administrativos, de repente, parecen eficaces. Pero por bien que funcione este sistema de estricto control de la legalidad en el ámbito de la contratación administrativa, no es posible dejar de formularse ciertas preguntas. ¿No ha influido el descenso en el número de contratos públicos durante los años de crisis económica -que son los años de implantación del sistema- en la descongestión de los órganos competentes? ¿No son los Tribunales Administrativos demasiado deferentes con la Administración, evitando pronunciarse sobre aspectos valorativos del acto en los que los órganos de lo contencioso-administrativo sí que entran a resolver? Esa independencia de los Tribunales administrativos, ¿no parece algo endeble y fácil de pervertir por una deriva política más intervencionista en la Administración? Y lo que es más: ¿No estamos cerrando posibilidades a la los propios interesados en esta evolución de los recursos administrativos hacia un control estricto de legalidad (en los términos anglosajones, *red light*)? La mayoría de estas preguntas podrá resolverse

2016 (entrada del blog del CIIA disponible en <http://cija-uam.org/los-tribunales-de-recursos-contratuales-son-organos-jurisdiccionales/>). La autora cuestiona que la Sentencia tenga relevancia a efectos de la posición jurídica de estos Tribunales a efectos del Derecho español, pero sí que llega a afirmar que puede considerarse a la luz de esta resolución que sí son órganos jurisdiccionales a efectos del Derecho de la Unión Europea (no sólo a efectos de plantear la cuestión prejudicial), lo que da idea de la profundidad del proceso de judicialización de la vía administrativa.

razonablemente con la futura experiencia empírica. Pero es a la última de ellas a la que intento dar una respuesta en este trabajo.

Como conclusión a este punto, puede decirse que la clave para entender la deriva moderna de los recursos administrativos es su *jurisdiccionalización* y *judicialización*. Su *jurisdiccionalización*, porque se otorgan a ciertos órganos competencias que implican fiscalizar la legalidad de los actos administrativos y ejecutar las decisiones. Pero no hay que perder de vista que en todo caso no estamos ante órganos judiciales, sino ante órganos pertenecientes a la estructura organizativa de las Administraciones Públicas, por muy independientes que sean. Control de legalidad y ejecución por Tribunales Administrativos se incardinan en el tradicional privilegio de autotutela administrativa, el primero manteniendo los conflictos con los ciudadanos dentro de la Administración y retardando en lo posible su acceso a la jurisdicción, y el segundo ejercitando el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos. Pero no se nos escapa el paralelismo evidente de ambas funciones con las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que como decía más arriba el artículo 117.1 de la Constitución atribuye en exclusiva a los órganos del Poder Judicial. De ahí la *judicialización*, precisamente porque se atribuye la facultad de resolver a órganos administrativos que intentan parecerse cada vez más a órganos judiciales, sin serlo en absoluto.

Esta fenomenología puede ser excelente para un cierto sector de la actividad administrativa; contratación pública es obviamente una de ellas, por la seguridad que genera en el tráfico económico y las garantías que aporta su independencia y celeridad a los operadores económicos, incluso aunque el acto objeto de recurso no sea reglado. En el ámbito de las potestades regladas, en general, debe contemplarse esta solución. Es en el ámbito de las potestades discrecionales donde creo que tiene cabida otro tipo de evolución de los recursos administrativos, menos legalista y más volcada en los intereses del recurrente. La necesaria evolución de los recursos administrativos se produciría, por tanto, en dos direcciones: una legalista o fiscalizadora (óptima para sectores en los que es necesaria gran celeridad y certeza en la resolución, como la contratación, y en general para las potestades regladas) y otra centrada en un análisis del fondo de la cuestión y que de cabida a la participación del interesado (óptima para las potestades discrecionales). En estas últimas voy a centrar mi estudio.

II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA.

3. Los métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Público. En especial, la mediación.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos son, con toda probabilidad, el instrumento de más éxito en el moderno Derecho procesal. Es habitual

que para designarlos se utilice la expresión anglosajona *Alternative Dispute Resolution*, o su acrónimo *ADR*. En Derecho privado, se les suele situar poco menos que como la solución a la congestión de los órganos judiciales. Se parte de una gran división triple entre los sistemas de resolución de conflictos: la autotutela, en la que el sujeto impone su derecho por su propia fuerza, la autocomposición, que consiste en alcanzar una solución por acuerdo de las partes, y la heterocomposición, que pone la decisión en manos de un tercero (el arbitraje, la vía judicial). A la heterocomposición se le ha llamado el sistema de vencimiento, porque una de las partes vence y la otra es vencida, y la solución le es impuesta¹⁹. La misma lógica se ha pretendido aplicar a veces al Derecho público, de momento con escaso éxito²⁰.

En defensa de estos métodos, es común citar diferentes normas europeas, la mayoría de *soft law*, que recomiendan su introducción en las Administraciones Públicas. Son, principalmente, la Recomendación del Comité de Ministros R/86-12, del Consejo de Europa, sobre las Medidas para Prevenir y Reducir la Carga de Trabajo Excesiva en los Tribunales y la Recomendación RE (2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas. La doctrina que ha tratado estos métodos en mayor profundidad también destaca su regulación comparada: en Francia, impulsada por el Informe del Consejo de Estado “*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*” de 1993, y en Alemania, con la magnífica §55 del VwVfG de 1976²¹. También se ha reconocido la mediación administrativa en la legislación norteamericana, en la *Administrative Dispute Resolution*

¹⁹ Así MORENO CATENA en CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil: Parte General*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 365.

²⁰ Un par de buenos ejemplos sobre arbitraje y mediación pueden verse en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), *Control administrativo y justicia administrativa*, *op. cit.*, pág. 177 y ss. Sin embargo, la realidad es que hasta ahora no ha sido posible configurar seriamente estos mecanismos, y la mayoría de las propuestas, o se adaptan mal al Derecho vigente (caso del arbitraje administrativo “impropio” del que habla ESCARTÍN ESCUDÉ en la obra citada), o directamente son *de lege ferenda*, (como el arbitraje administrativo “propio”, que propone este mismo autor). Además, ninguna propuesta ha llegado a generar el adecuado consenso doctrinal. Sería ideal atenernos al Derecho vigente, y buscar fórmulas por las que el interesado pueda plantear su conflicto con la Administración a la propia Administración en términos de autocomposición, aunque en la práctica esto es complicado, como luego veremos. Para MASSUCCI, Alfonso, “El procedimiento de mediación como modo alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de la experiencias francesa, alemana e inglesa”, *op. cit.*, pág. 14) los métodos alternativos de resolución de conflictos están sufriendo una notable expansión a nivel europeo gracias precisamente a la superación de la concepción de la litigiosidad excesiva que asocia a un “panprocesalismo”, concibiéndose ahora el recurso al juez como última ratio, lo cual enlaza con una satisfacción de derechos del interesado más coherente incluso con la jurisprudencia del TEDH.

²¹ HUERGO LORA (2000:61).

Act de 1996 (Ley Pública 104-320, de 19 de octubre)²², en un modelo interesante, del que nos interesará sobre todo el modelo de elección del árbitro o mediador.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos influyeron levemente en el legislador español en la aprobación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. De ahí provienen sus artículos 88 y 107.2, actuales 86 y 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que innovan en poco a sus predecesores. En realidad, se trata de dos preceptos -un primer y tímido intento de transposición de la Directiva de Recursos- que se aplican raramente.

También parece notable que en Derecho administrativo dos de estas fórmulas de resolución de conflictos estén tan desarrolladas (la autotutela en favor de la Administración, y la heterocomposición en favor del recurrente, siempre que haya un acto, disposición o vía de hecho que recurrir, una autopsia que hacer, en la expresión de HAURIOU), mientras que otra, la autocomposición, apenas tiene predicamento en nuestra legislación administrativa. Es difícil incardinar la mediación en los moldes revisores del Derecho administrativo tradicional, pues como ha dicho acertadamente BARNES, “la mediación no consiste en una resolución, constituye una actividad material”²³. Avanzando más, descubrimos que los métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho privado aspiran a “*simplemente proporcionar a los litigantes un mecanismo más eficaz en términos de tiempo de respuesta pero, sobre todo, de respuesta más satisfactoria, superando el tradicional confrontativo y autoritario en que se concreta el proceso ante los tribunales*”²⁴.

En Derecho público, sin embargo, no se pueden aplicar los mismos parámetros. La ecuación no funciona igual entre el ciudadano y la Administración, porque a consecuencia del privilegio de autotutela, precisamente, es evidente que la Administración parte de una posición superior. La resolución de un conflicto entre las partes, además, no es tan sencilla como en el Derecho privado, porque en Derecho administrativo no se contraponen los intereses privados de las dos partes, sino el interés privado de una, el ciudadano interesado, que a su vez está en posición de inferioridad y requiere una especial protección de sus derechos, y la postura de la Administración, que defiende los intereses generales, pero desde una posición muy reforzada, que es

²² DEL OLMO ALONSO (2004:42).

²³ BARNES (2008:27).

²⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y MORENO CATENA, Víctor, (2011:366).

necesario controlar. La situación, por tanto, es de absoluta anomalía, comparada con la que se produce en el Derecho privado²⁵.

La consecuencia de todo esto es que, para articular la autocomposición de los conflictos en el Derecho público, hay que partir de su naturaleza distinta a la del Derecho privado. Exactamente igual que hemos asumido que los contratos administrativos no pueden regirse por el Derecho privado, o que no basta la noción de representación privada para articular las potestades de los órganos administrativos o incluso el ejercicio de la soberanía. Y exactamente igual que asumimos que todas estas instituciones de Derecho público tienen naturaleza propia, y requieren una construcción teórica iuspublicista distinta de la que se haga en Derecho privado. En definitiva, necesitamos una teoría general de la autocomposición en Derecho público, no trasplantar la teoría privada al Derecho administrativo, como se hizo tantas veces en la tradición jurídica decimonónica. Esta es, probablemente, la causa última del fracaso de los métodos alternativos de resolución de conflictos en la Administración.

La construcción que propongo es la siguiente. Anatómicamente, el conflicto en Derecho administrativo parte de una desigualdad de intereses y de niveles, a la que ya he hecho referencia más arriba. El interés particular del ciudadano se enfrenta a los intereses generales que defiende la Administración, el ciudadano parte de una posición débil en la que sus derechos están en riesgo, la Administración de una posición fortísima que deriva del privilegio de autotutela. El Derecho administrativo trata de equilibrar estas posiciones reglando el procedimiento administrativo, imponiéndole cargas (motivación de los actos, por ejemplo) y limitando la actividad de la Administración mediante el principio de legalidad. Al mismo tiempo, da cabida al interesado en dicho procedimiento mediante la audiencia y los recursos.

²⁵ De ahí la mayoría de las críticas que se han vertido sobre la mediación administrativa. Un resumen de éstas puede encontrarse en HUERGO LORA (2000:77). En el mismo sentido, entre otros muchos, PÉREZ MORENO (199:118), que restringe el control de legalidad a los órganos jurisdiccionales, exigiendo la convalidación judicial del Acuerdo de transacción; también CARBALLO MARTÍNEZ (2008:22); BELTRÁN AGUIRRE (2014:III). Entre ellas cabe citar la incertidumbre de la transacción, su difícil compaginación con el principio de legalidad, la posibilidad de prospere la impugnación un acto transaccional por su invalidez, el riesgo de dar lugar a soluciones desiguales para diferentes sujetos, su relación con contextos legislativos caóticos (el fenómeno de la legislación “motorizada”) o la apatía de los propios funcionarios o su desconocimiento de los procesos allí donde no son habituales. Como respuesta a la contraposición de intereses generales y particulares, aparentemente irreconciliables, y la hegemonía del principio de legalidad de la Administración, TORNOS MAS (1995:153) puso en relación el auge de los medios alternativos de resolución de conflictos con la tesis de BENVENUTI, que propugnaba un concepto de la función administrativa entendida como proceso, en el que se conjugaran intereses que desembocan en un acto administrativo plenamente garantista, lo que “compensaría” su falta de estricta observancia de la legalidad. Siguiendo esta línea argumental, sería deseable que en las potestades discrecionales el juego de la legalidad se entienda circunscrito a un marco que hay que respetar, no a una sujeción estricta como sucede en las potestades regladas. Pero de esto hablaremos más abajo.

Pues bien, el concepto de la autocomposición en Derecho público se debe construir sobre estos fundamentos. Los métodos alternativos de resolución de conflictos no deben servir sólo para su fin más obvio, resolver el conflicto de fondo, como sucede en Derecho privado. Deben ser el mecanismo para la participación del interesado en el la toma de decisiones dentro del procedimiento administrativo. La autocomposición en Derecho público debe tener una doble finalidad: la resolución del conflicto y la participación activa del interesado en el procedimiento administrativo y por ende en la adopción del acto. Si bien puede considerarse que la formulación de alegaciones o la audiencia son ya mecanismos de participación, pues permiten al ciudadano intervenir en el procedimiento y defender sus derechos e intereses, ninguno tiene el gran potencial de defensa de los derechos e intereses del recurrente que puede aportar la autocomposición de los conflictos con la Administración²⁶.

La solución que la autocomposición puede aportar es doble. Por una parte, una negociación no significa que vayan a imponerse los intereses privados del recurrente, ni que vayan a subyugarse los intereses generales. En una negociación ceden ambos, pero precisamente para poder salvar la mayor parte posible de esos intereses. Que la Administración ceda en su uso (y abuso) de la autotutela, no significa que los

²⁶ La mediación como instrumento de participación del ciudadano ha sido propuesta ya por la doctrina. De hecho, se ha extendido incluso a organizaciones sectoriales en representación del interesado, cuando no a los llamados agentes sociales (CARBALLO MARTÍNEZ (2008) (y también en su recensión, MARTÍN DE LLANO, María Isabel “CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo: La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo, Defensor del Pueblo-Thomson Aranzadi, 2008, 531 págs.” (recensión), en *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, 26, 2010, pág. 545) y CARBALLO MARTÍNEZ (2013:15), y se ha relacionado incluso con un progreso de la democracia en el ámbito administrativo. Estas afirmaciones hay que tomarlas con cautela. La propuesta de este trabajo es una mayor participación del ciudadano en el procedimiento en defensa de sus propios intereses, lo que hace difícil admitir que su interés particular pueda estar representado a través de una organización sectorial (obviamente, salvo que ésta sea interesada en el procedimiento). Pero lo que parece cuestionable es que pueda reconocerse a estas organizaciones legitimidad para participar en la mediación como parte coadyuvante del interesado (si no son originalmente interesadas en el procedimiento) y mucho menos sustituyéndole. Además, los llamados “agentes sociales”, que estarían en la mediación defendiendo sus propios intereses (aunque éstos sean los de un colectivo, por ejemplo, sindical). En este sentido, hay que recelar de la identificación de unos intereses particulares con los de un colectivo (por ejemplo, los de un funcionario en particular con los del colectivo funcional) confusión que recuerda a un colectivismo hoy ya superado. Distinto sería el caso del Defensor del Pueblo propuesto por CARBALLO, que sí que podría representar los intereses del ciudadano en el procedimiento, siempre dentro de sus competencias, es decir, sobre todo cuando esté en juego la defensa de sus derechos fundamentales. Lo examinamos más abajo. Además, la composición entre los intereses generales y el del particular en el procedimiento permite su participación en la toma de decisiones de la Administración, pero eso no equivale a una formación “democrática” de la voluntad de la Administración. Las garantías democráticas de la actividad administrativa están ya en la Constitución (artículos 97, 103.1, 106.1 etc.). La propuesta de participación del ciudadano de este trabajo trata de mejorar su posición en el procedimiento administrativo concreto para que pueda proteger mejor sus derechos e intereses, pero no pretende ser un supuesto mecanismo de acceso a una nueva forma de participación democrática que en todo caso está ya garantizada por la Constitución.

intereses públicos queden desprotegidos. Si con la negociación la Administración llega a un acuerdo satisfactorio para salvaguardar los intereses generales (aunque no sea tan agresivamente como con el ejercicio de la autotutela), respetar los derechos del recurrente y además evitar procesos contencioso-administrativos y los costes que conllevan, es evidente que no puede considerarse que esté traicionando su servicio al interés público. Que conjugar todos estos intereses es difícil es obvio, pero no existe un método mejor para hacerlo que la autocomposición. En todo caso, el límite de las concesiones que pueda hacer la Administración debe ser muy claro con carácter general. La Administración nunca podría negociar un acuerdo que fuera beneficioso exclusivamente para el recurrente, sin reportar ningún beneficio para el interés general. Ahora bien, es imposible especificar más sin remitirse al caso concreto.

Por otro lado, obviamente, aunque la Administración llegue a un acuerdo con el recurrente, se rige por el principio de legalidad (artículo 103.1 de la Constitución), y sigue sometida a ese control por parte de los órganos de lo contencioso-administrativo (ex artículo 106.1 de la Constitución). Llegar a un acuerdo con el interesado no permite, ni mucho menos, eludir esa garantía de legalidad. Esto se explica porque, en mi opinión, la vigencia de esa garantía de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y el servicio con objetividad a los intereses generales, ambas imposiciones constitucionales a la actuación de la Administración, no son separables, sino que la garantía del artículo 103.1 de la Constitución debe entenderse como un conjunto. De esta forma, sabemos que un acto administrativo contrario a la Ley y al Derecho es nulo o anulable (según los casos), por muy eficaz que sea su servicio a los intereses generales. Que el acto sea producto de una negociación no cambia esta situación: servicio a los intereses generales y sometimiento a la Ley y al Derecho son dos requisitos que deben concurrir en el acto administrativo, haya sido su adopción negocial o no.

Esto nos lleva a dos de los problemas centrales de la mediación administrativa, la legalidad del procedimiento negocial en sí y el ámbito objetivo que puede alcanzar la transacción. En el marco de un estudio sobre la mediación en la función pública, GAMERO CASADO ha observado, adoptando un punto de vista estricto del sometimiento de la Administración al principio de legalidad por vinculación positiva, que el mayor obstáculo que ésta tiene para acudir a cualquier procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos es que legalmente se contemple esta posibilidad²⁷. Los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos en Derecho privado se fundamentan en la autonomía de la voluntad, principio general que no se le reconoce a las Administraciones Públicas en cuanto tales, pues no son sujetos privados que puedan determinar su voluntad libremente, sino que efectivamente están sometidas rígidamente al principio de legalidad, como ya he dicho. Pero también es cierto que

²⁷ GAMERO CASADO (2006, 346).

el principio de legalidad de la Administración no siempre tiene por qué entenderse en su forma de vinculación positiva, sino que puede entenderse como vinculación negativa.

Francamente, la contraposición doctrinal más tajante entre vinculación positiva y vinculación negativa debe considerarse superada por la realidad de la actuación administrativa. Es cierto que inicialmente se interpretó el artículo 103.1 de la Constitución como una victoria de la vinculación positiva. SANTAMARÍA PASTOR²⁸ advierte de que la discusión sobre el principio de legalidad según el sistema revolucionario o el monárquico alemán no tiene sentido actual, y no es posible optar simplemente por uno de los dos modelos. El autor propone limitar la vinculación negativa sólo a las situaciones en las que la Administración puede actuar con eficacia *ablatoria* (que son los actos desfavorables o restrictivos de derechos individuales, en los términos que el art. 9.3 de la Constitución refiere a las normas). También crítico con la concepción estricta del principio de legalidad por vinculación positiva se pronuncia ARIÑO, que la considera poco realista, y enfoca la vinculación de negativa a supuestos de actividades administrativas prestacionales o de fomento²⁹.

De ahí que en las potestades discrecionales, donde la Administración se mueve más bien en un sistema de vinculación negativa (es decir, de facultad de hacer lo no prohibido) la participación del ciudadano en la toma de decisiones es mucho más plausible, y es ahí precisamente donde creo que los métodos alternativos de resolución de conflictos tienen su lugar³⁰. De ahí la discusión tradicional sobre el ámbito objetivo de la transacción. HUERGO LORA³¹ ha explicado que aunque la posición tradicional del Derecho alemán bajo su § 55 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 (VwVfG) había sido restringir la mediación a las potestades discrecionales, el ordenamiento administrativo alemán ha ampliado su ámbito de aplicación mediante una referencia, más genérica, a la “libertad de disposición”, que permite la

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991, pág. 201.

²⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares. Granada, 2004, pág. 35.

³⁰ Junto con las potestades regladas, la doctrina suele situar como lugar natural de aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos las llamadas decisiones técnicas. Así por ejemplo TOROS MAS en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), (2015:170), y los que cita. En realidad, decisión técnica no es una categoría jurídica en sí misma, sino una mera valoración sobre el contenido o naturaleza de fondo de la decisión. Que el contenido de la decisión verse sobre elementos arquitectónicos o sobre vertidos tóxicos, y que requiera conocimientos técnicos elevados, es independiente de su naturaleza jurídica. Desde el punto de vista del Derecho administrativo, las decisiones o son discrecionales, o son regladas, o tienen elementos de ambas, pero esto es independiente de su contenido técnico extrajurídico. Habrá decisiones técnicas perfectamente regladas y otras que requieran el ejercicio de un poder discrecional, en cuyo caso sin duda los métodos alternativos de resolución de conflictos podrán tener un papel relevante en su adopción.

³¹ HUERGO LORA (2000:90).

negociación también en el caso de potestades regladas, siempre que el acto sea adoptado por el órgano competente. Esta es una conclusión sorprendente, pero con gran tradición en Derecho alemán³².

Para el Derecho español, muchos autores³³ insisten en ampliar la mediación en el Derecho español a las potestades regladas, argumentando que éstas siempre dejan un margen de discrecionalidad. En realidad, yo no me atrevería a ir tan lejos. En materia de potestades regladas la respuesta que está dando actualmente el ordenamiento español es el reforzamiento del control de legalidad, tanto mediante la creación de sistemas de Tribunales administrativos, por lo general poco incisivos en el control de los márgenes de discrecionalidad de la Administración dentro de las potestades regladas, como mediante una evolución en la jurisprudencia contenciosa, esta sí cada vez más interventora en el control de esta discrecionalidad “marginal”, de manera que es de suponer que los propios Tribunales administrativos se muevan en la dirección de esa jurisprudencia valorativa o evaluadora de la corrección de las decisiones de la Administración.

En otras palabras, la tendencia en las potestades regladas es, hasta donde quien escribe alcanza a ver, la reafirmación del control de legalidad y su extensión a los márgenes discrecionales que las normas regladas dejan. La mediación debe quedar para las potestades auténticamente discrecionales, que obviamente pueden tener cierto carácter reglado, empezando por la competencia y el procedimiento, pero en los que la decisión final es puramente discrecional, y por lo tanto negociable. Además, como expliqué más arriba, considero que el procedimiento en el que mejor encaja este método de adopción de los actos es el de recursos administrativos. Como ya decía entonces, la celeridad y eficacia que la Administración debe lograr en la adopción de los actos administrativos en aras de los intereses generales puede aconsejar una menor participación del ciudadano en la primera etapa, y que su intervención se refuerce en vía de recurso administrativo.

Creo que en estas líneas hemos llegado a una construcción satisfactoria de la autocomposición en Derecho público. Es una primera aproximación, que pretendía dos cosas. La primera, identificar los problemas: la autocomposición en el Derecho público debe ser muy distinta de la del Derecho privado, y requiere una teoría general que aborde dos dificultades: la participación del ciudadano, que compense su situación de inferioridad ante la Administración; y el equilibrio de intereses entre los del ciudadano, que son privados, y los intereses generales a los que sirve la Administración. Esa teoría general ha sido construida. Ahora queda ver cómo se articularía

³² Desde el BverG de 28 de marzo de 1962. Vid. HUERGO LORA (2000:92).

³³ Por ejemplo, CARBALLO MARTÍNEZ, (2013:13).

la autocomposición mediante métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho público, en el marco del Derecho español vigente.

4. Los mecanismos concretos: la negociación directa interesado-órgano competente para resolver el recurso como método de control de la discrecionalidad y de la racionalización de las decisiones sobre el fondo.

Hemos alcanzado ya un cierto grado de fundamentación teórica para construir un sistema de autocomposición en Derecho administrativo, pero todavía no lo hemos llevado a la práctica. Habrá que ver cómo se articulan estos mecanismos, aunque es forzoso adelantar que, en cualquier caso, resulta difícil, y la propuesta será de *lege ferenda*.

En primer lugar, cualquier fórmula es poco útil sin una vista. La negociación, en definitiva, debe plantearse cara a cara. Una negociación con la Administración se celebraría, naturalmente, con el responsable del órgano, o con quien ejerza la competencia por delegación. Una cuestión muy difícil de esta vista es quién asumiría el papel de mediador. Resultaría en la práctica casi imposible someter a la Administración a la mediación de un tercero. Sin una norma reguladora que somete a la Administración a mediación -y aún con ella-, lo único que se puede esperar es una autocomposición sin intervención de tercero, en la que la Administración ostentará una posición superior.

Lo que es más, la Administración, en virtud de su privilegio de autotutela y esa superior posición, asumiría probablemente la función de mediador, en el sentido de marcar los términos de la negociación, la dirección y avance del debate y su finalización. En otras palabras, sin poder equivaler a un mediador en absoluto, la Administración está destinada a tener al iniciativa en la negociación, y seguramente a abusar de ella. Este es el auténtico motivo por el que la negociación con la Administración suele fracasar: la apatía de las propias Administraciones Públicas, que tienen suficiente poder para decidir cuando debe terminar el proceso negociador.

Una parte de la doctrina española propone atribuir la potestad de mediar a órganos independientes de la Administración, singularmente, el Defensor del Pueblo³⁴.

³⁴ Esta es la propuesta de CARBALLO MARTÍNEZ. Según la interesantísima tesis de este autor, el Defensor del Pueblo tiene entre sus competencias la evitación de conflictos mediante el diálogo entre las partes, función que parece referirse claramente a la mediación. Claro está que esta función mediadora, de reconocerse, se debería ejercer exclusivamente en el marco de las competencias del Defensor del Pueblo. A estos efectos, recuérdese la expresión del artículo 54 de la Constitución, que lo define, primero, como un alto comisionado de las Cortes Generales, y específica, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título (el I de la Constitución), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la

Incluso se podría ir más allá, y proponer al Defensor del Pueblo como coadyuvante o sustituto del interesado, en los procedimientos que entren dentro de sus competencias, con lo que reequilibraría las fuerzas negociadoras con las que cuentan interesado y Administración. Ésta última solución resolvería un problema fundamentalísimo de la mediación administrativa, el desequilibrio inicial de fuerzas. No muy lejos se encuentra la solución norteamericana, que ha estudiado OLMO³⁵, tanto para el arbitraje como para la mediación. Muy resumidamente, consiste en acudir a un “neutral”, que según la *Administrative Dispute Resolution Act* sería un individuo, imparcial y de confianza para la partes, que les ayuda a resolver el conflicto. Su designación dependía primero de la *Administrative Conference of The United States* (ACUS), aunque tras la desaparición de ésta se ha atribuido a una Comisión independiente. En definitiva, se atribuye a una agencia pública independiente, lo que en nuestro caso exigiría como equivalente un Tribunal parecido a los Tribunales administrativos, pero al menos garantizaría su legitimidad frente a la Administración, que encontraría difícil no someterse a la mediación y a la transacción posterior. Además, dentro de la opción del “neutral”, la práctica norteamericana también conoce la intervención del Ombudsman, pero no se trata sólo de un Defensor del Pueblo nacional o autonómico, sino de un representante presente en cada Agencia o Ente Público, incluso en las universidades u hospitales³⁶.

5. El acuerdo interesado-órgano. Efectos para las partes y para terceros.

En cuanto a los efectos de la transacción, la única referencia que tenemos en nuestro Derecho es el artículo 86 de la Ley 39/2015 (antes 88 de la Ley 30/1992)³⁷. Hay que distinguir los efectos de la transacción de los efectos del acto administrativo en que se consagra. Los actos que resuelvan los recursos en vía administrativa tendrán en principio exactamente los mismos efectos que cualquier otro acto administrativo que causa estado, y en particular, tendrán el mismo régimen de recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Quiere esto decir que los actos surgidos de un proceso negociador, si es que la Administración consiente, a día de hoy y con nuestro procedimiento administrativo

Administración, dando cuenta a las Cortes Generales (lo que sugiere que supervisará sólo la Administración General del Estado). Evidentemente, en ese caso el Defensor del Pueblo no puede ser el único órgano mediador para todos los conflictos que generen todas las Administraciones Públicas. (Vid. CARBALLO MARTÍNEZ (2008).

³⁵ DEL OLMO ALONSO (2004:73 y ss).

³⁶ DEL OLMO ALONSO (2004:65).

³⁷ Ni tampoco hay equivalente al citado artículo 156 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

vigente, dicha autocomposición, serían recurribles con el mismo régimen que el resto de actos, con las mismas potestades de fiscalización de la legalidad por los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo, y con el mismo régimen de legitimidad por parte del recurrente en vía contenciosa: derecho subjetivo o interés legítimo.

Sin embargo, sobre la recurribilidad de los actos negociados es necesario, una vez más, hacer dos observaciones, *de lege ferenda*. En primer lugar, sobre el recurso contencioso-administrativo, éste debería ser admisible mediante la legitimación de un tercero con condición de interesado *en ese procedimiento* que no haya participado en el acuerdo. Pero es necesario admitir igualmente la legitimación del interesado que firmó el acuerdo si la ilegalidad favorece a la Administración. La razón es sencilla: no se puede transigir con la ilegalidad. La voluntad concurrente del interesado con un acto ilegal que le perjudica no puede por supuesto subsanar la ilegalidad del acto, pero tampoco impedirle su acceso a la justicia contencioso-administrativa ni la invocación de la ilegalidad ante los Tribunales. Sin embargo, si la ilegalidad favorece al interesado, la cuestión es diferente. En ese caso nos encontramos sencillamente en el supuesto de un acto favorable al interesado, susceptible de recurso de lesividad o la revisión de actos nulos. Evidentemente, estos recursos persistirán en manos de la Administración al margen de que el acto sea negocial o no, porque tampoco puede la voluntad concurrente de la Administración sanar la ilegalidad del acto. Precisamente para corregir esta voluntad ilegal de la Administración existen estos recursos: en estos casos, y para asegurar el principio de legalidad de la actuación administrativa, no rige para la Administración la prohibición general de *venire contra factum proprium*, aún por mucho que el paso del tiempo pueda impedir la invocación de la ilegalidad en el caso de la anulabilidad.

En segundo lugar, habría que añadir una breve mención a la necesaria publicidad de los actos negociados, que incluso debería producirse en los boletines oficiales. Esto tendría dos ventajas: la primera, la de potenciar la transparencia de la actuación de la Administración en la negociación frente a terceros -evitando situaciones “oscuras” en el proceso negociador-; en segundo lugar, permitiría que la misma decisión se aplicara a otros interesados en posición similar *en otros procedimientos*. Éstos podrán alegar la existencia del acuerdo anterior, que podría incluso ser vinculante para la Administración en la resolución de ulteriores recursos administrativos con supuestos de hecho equivalentes. Este sería un precedente oponible a la Administración en el recurso contencioso-administrativo que recurra la segunda resolución si ésta no lo aplica, al menos como argumento de la demanda, tal vez asociado al derecho a la igualdad (artículo 14 de la Constitución), pero también a la función promocional de las Administraciones Públicas (artículo 9.2) o a la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3). Estos interesados en otros procedimientos similares no estarían en ningún caso legitimados como interesados en el procedimiento administrativo negociado

por mucho que su supuesto fáctico o jurídico sea similar. Pero sí deberían, en virtud del principio de igualdad que debe prevalecer en la actuación administrativa, recibir exactamente el mismo trato que el interesado con el que se negoció, por lo que es razonable que puedan conocer la decisión adoptada y alegarla ante la jurisdicción contenciosa en sus propios recursos.

6. La formación de un concepto de mediación en el Derecho público como subconcepto de la mediación civil y mercantil.

En materia de mediación administrativa, no puede aspirarse realmente a obtener un buen resultado cuando las instituciones positivizadas no han sido concebidas en ningún caso para el modelo de un Derecho administrativo relacional, sino para un Derecho estatutario que regula una Administración colmada de privilegios frente a los interesados.

En este estado de cosas, reaparece la necesidad de aportar soluciones *de lege ferenda*. Hay ya varias propuestas en la doctrina sobre una posible regulación de ciertos métodos autocompositivos o heterocompositivos, fundamentalmente centrados en el arbitraje³⁸. La opción que propongo es la formación de un concepto de mediación en el Derecho público. Como es bien sabido, ya existe una mediación regulada en nuestro Derecho civil, en la ya no tan novedosa Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Pues bien, reconociendo el avance que esta norma supone para nuestro ordenamiento, el objetivo será formar un concepto de mediación en el Derecho público a partir de la mediación privada en ella regulada.

La teoría de la formación de conceptos es clave para el desarrollo del Derecho y la dogmatización de nuevas instituciones extrajurídicas. Pivota siempre entorno a las nociones de sistema y tópica, y ha sido el concepto central abordado por las diferentes teorías del método³⁹. La dogmática de SAVIGNY, por ejemplo, concibió el Derecho como relaciones abstractas entre instituciones, mientras que su sucesor PUCHTA diseñó todo un sistema de conceptos basado en una relación orgánica en forma piramidal, donde revertían hacia un concepto supremo. Esta “genealogía de conceptos” fundaba éticamente el concepto supremo, si bien fue el precedente de sus equivalentes positivistas, particularmente el de KELSEN. Estas dogmáticas, que son

³⁸ Diversos intentos pueden encontrarse en HUERGO LORA (2000:149), BELTRÁN AGUIRRE, José Luis, “Una apuesta por la mediación administrativa” *op. cit.*, ESCARTÍN ESCUDÉ en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), (2015:177).

³⁹ Sobre las teorías del método, la obra clásica es sin duda LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho. Madrid, 1994 (reimp. 2010), y más modernamente SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons. Madrid: 2003. En nuestra doctrina, es muy valioso el trabajo de DÍEZ SASTRE, Silvia, “La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, 2015.

de carácter sistemático, conviven con la dogmática tópica, entre otras la jurisprudencia de intereses (que nace ya con IHERING y se desarrolla con HECK) y la propia teoría tópica de la Escuela de Maguncia.

Más allá de este conjunto de nombres, hay que adoptar un método de formación del concepto. Obviamente, no cabe en un trabajo de estas características optar razonadamente por una de las teorías, mucho menos formular una alternativa. Bastará, a los efectos del presente trabajo, construir la mediación administrativa como un subconcepto de la mediación. Para ello utilizaré como modelo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como ejemplo regulatorio de un concepto general, asumiendo que realmente tiene una relación “genealógica” con la mediación administrativa, eliminando las especificidades propias de la institución de Derecho privado e introduciendo las variantes relevantes en Derecho público. Analicemos por lo tanto los elementos que deberían integrar el concepto de mediación administrativa. Lo haremos en forma esquemática.

1. Para empezar, la definición de mediación de Derecho público no puede ser la misma que la que se emplea en Derecho privado. El artículo 1 de la Ley 5/2012 define la mediación civil y mercantil en los siguientes términos: “*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. Para una mediación administrativa, debemos recordar en primer lugar que la Administración está sometida al principio de legalidad. Antes hemos dicho que este es un ámbito donde tiene clara cabida la vinculación negativa: es así, pero en la medida en que la Ley regule un determinado procedimiento, su cumplimiento se regirá por vinculación positiva, como es natural, quedando la vinculación negativa para los ámbitos de discrecionalidad que se deduzcan de la propia Ley. Por lo tanto, además de un nombre común para la mediación que la Ley deberá establecer (Mediación Administrativa es la candidata más obvia), la definiría como *un medio de resolución de controversias en el que la Administración y el interesado intentan conciliar los intereses generales con el interés privado, intentando alcanzar un acuerdo con la intervención de un mediador*.

2. El ámbito de aplicación *subjetivo* de la Ley sería exactamente el que excluye el artículo 2.2b) de la Ley 5/2012, es decir, la mediación con las Administraciones Públicas (evidentemente, con aquellas que forman parte del Estado español). En cuanto a su ámbito de aplicación *objetivo*, será idealmente el ejercicio de potestades discrecionales, independientemente de la materia regulada. Es razonable que el interesado pueda plantear cualquier mediación, en las mismas condiciones en las que puede interponer cualquier recurso administrativo. La solicitud de mediación sustituiría a dicho recurso, por lo que no es necesario

plantearse cuestiones de prescripción de la acción, como se hace en el Derecho civil, sino que simplemente se ejercería el derecho al recurso gubernativo frente al acto en el plazo de un mes.

3. Las instituciones de la mediación son la gran dificultad. Como ya hemos explicado, es difícil encontrar un tercero lo suficientemente legitimado como para arbitrar entre los intereses generales y los privados de las partes. El mediador deberá existir, pero también deberá mantener necesariamente una posición de imparcialidad, limitándose a penas a moderar el debate y a gestionar los turnos de palabra. Es cuestionable que pueda formular propuestas, porque el interesado, que es parte privada, podría asumirlas en virtud de su autonomía de la voluntad, pero difícilmente la Administración, que no puede anteponer le propuesta del mediador a los intereses generales. La clave será la cualificación del mediador y su nombramiento, un asunto que está destinado a ser permanentemente contencioso, porque de ellas dependerá su legitimidad para formular propuestas. Las dos grandes opciones son: la mediación del Defensor del Pueblo -que puede extenderse a los organismos de representación del ciudadano existentes en otras instituciones públicas; y la selección por una Comisión independiente al efecto, que a su vez seleccione a los mediadores entre personas de reconocido prestigio en materia de resolución de conflictos y con la necesaria cualificación técnica. No obstante, parece predecible que la Administración siempre intentará imponer su candidato. En todo caso, la prioridad es que el mediador no participe sino para garantizar que el debate se produce en sus justos términos, que el interesado es escuchado por la Administración y que se intenta llegar a un acuerdo.

4. En cuanto al representante de la Administración que comparezca en la negociación, puede ser la persona física encargada del órgano que resuelve el recurso o quien pueda ejercitar esa competencia por delegación de aquélla. En todo caso, la solicitud de mediación se interpondrá ante el órgano competente para resolver el recurso, y será éste (y en ningún caso el que adoptó el acto) quien pueda delegar la competencia de comparecer en la mediación. El representante de la Administración, en todo caso, deberá ser competente para resolver el recurso, lo cual en caso de delegación descarta la posibilidad de que ese representante sea el autor del acto recurrido, precisamente porque la Ley prohíbe que se delegue en él la competencia para resolver el recurso (artículo 9.2.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

5. En cuanto a los principios de la mediación, el procedimiento y el estatuto del mediador, la regla general debe ser la aplicación de la Ley 5/2012, que debe

constituir un régimen supletorio. No hay que cerrarse a la aplicación de la norma civil, que ya ha resuelto gran parte de las dificultades que la mediación genera. La especialidad de la mediación administrativa, siendo como tal necesaria, queda suficientemente cubierta con el régimen especial de intervención mínima del mediador y el resto de medidas que aquí se proponen. En todo lo demás, la generalidad de la Ley de Mediación permite su aplicación supletoria, lo que puede autorizar la propia Ley de Mediación Administrativa por mucho que la Ley civil excluya su propia aplicación a las Administraciones Públicas.

6. Queda por aclarar un último punto: la ejecución del acuerdo. Evidentemente, de nada sirve el acuerdo que no se cumple, *pacta sunt servanda*, no sólo en el Derecho de obligaciones, sino también aquí. En la mediación civil y mercantil cualquiera de las partes puede elevar el acuerdo a escritura pública (artículo 25 de la Ley 5/2012). Pero no se le puede imponer a la Administración la vinculación al acuerdo de la misma forma. El acuerdo debe ser vinculante para la Administración, y éste tendrá el carácter de documento público (artículos 1216 del Código Civil y 317.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que no necesita la elevación notarial. Pero el mecanismo adecuado para la ejecución del acuerdo no es una reclamación judicial para su inclusión en el acto, que no podría ser articulada en el procedimiento contencioso-administrativo. Por lo tanto, el mecanismo correcto es la impugnación del acto que debe incorporar el acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley impondrá el contenido del acto al órgano que resuelva, que debería ser el que participó en la negociación (sea su competencia original o delegada), sin que eso implique que deba resolver en el momento mismo de la mediación, sino que podría hacerlo posteriormente dentro de un plazo. Por lo tanto, la incorporación del acuerdo al acto será un acto reglado, y será fácil para la jurisdicción contenciosa condenar a la Administración incumplidora. Ahora bien, el recurso contencioso será inevitable en caso de incumplimiento de la Administración, pero al menos se refuerza enormemente la posición del interesado respecto de la resolución de los recursos administrativos, casi siempre desestimatorios. El acuerdo aportaría, al menos, la garantía al interesado de que el resultado de la negociación va a imponerse en el contenido del acto.

7. Conclusiones.

Más que hacer una recapitulación de los argumentos expuestos más arriba, creo que es preferible concentrarme en los tres puntos con los que iniciaba el estudio. Decía entonces que los recursos administrativos son un fracaso como instrumento, que la autocomposición (y los métodos alternativos de resolución de conflictos, en general) es una de las posibles soluciones a ese fracaso, y que en todo caso los

mecanismos de los que nos provee el Derecho administrativo vigente para realizar esa mediación entre interesado y Administración, aunque existen, son demasiado limitados. Creo que el estudio lo confirma. Si los interesados no pueden participar activamente en el procedimiento de resolución de su recurso mediante una negociación, ¿cómo va la Administración a tener en cuenta sus argumentos? Si nos limitamos a entender los métodos alternativos de resolución de conflictos en términos de Derecho privado, tomando como referencia por ejemplo la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje o la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁰ ¿Qué tercero va a tener legitimidad para mediar o arbitrar entre los intereses generales, representados por la Administración, y los intereses privados del interesado? El mediador o árbitro puramente civil, más allá de las cuestiones de mera legalidad, siempre se va a encontrar en una posición de inferior legitimidad a la de una de las partes: la propia Administración. Es necesario un procedimiento de selección del mediador desde dentro de la propia Administración, atribuyéndole esa responsabilidad a cargos específicamente asociados a la defensa de los derechos de los ciudadanos, o bien a los que seleccione una Comisión independiente.

Es necesario desarrollar procedimientos alternativos de resolución de conflictos propios del Derecho público, protagonizados por una negociación bilateral, incluso sin intervención de tercero, en los que la propia Ley obligue a la Administración a negociar y ceder en ciertos puntos, aunque sean meramente formales, para dar acceso al ciudadano a la toma de decisiones. Es el legislador quien debe entender esto, introduciendo en nuestro Derecho administrativo instituciones que permitan la participación de los interesados en la actividad administrativa, que dé la oportunidad a los interesados de negociar la revisión de actos, sin tener que llegar al recurso contencioso-administrativo. Esta sería, creo, una solución útil para los recursos administrativos, que los haría útiles y más fáciles de legitimar ante los ciudadanos.

⁴⁰ En el caso de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, el arbitraje con la Administración no se excluye expresamente. Sí lo hace el artículo 2.2.b) de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

8. BIBLIOGRAFÍA.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, (dir.), *Control administrativo y justicia administrativa*, INAP. Madrid, 2016.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares. Granada, 2004.

AVILÉS NAVARRO, María, *La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo*, Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez”, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, 2015.

BARNES, Javier, “*El procedimiento administrativo en transformación*”, *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global (Global law press). Sevilla, 2008.

BELANDO GARÍN, Beatriz, “El supuesto arbitraje administrativo de la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, en *La Ley*, 7504, 2010.

BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación en el régimen disciplinario: la mediación escolar y la penitenciaria”, en *Revista de Administración Pública*, 189, 2012.

BELANDO GARÍN, Beatriz, “La mediación administrativa desde la perspectiva de los Letrados”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, 13, 2012.

BELANDO GARÍN, Beatriz, La mediación administrativa: una realidad jurídica”, en “*Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.

BELTRÁN AGUIRRE, José Luis, “Una apuesta por la mediación administrativa”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 2014.

BERMEJO VERA, José, “La resolución extrajudicial de conflictos”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.

BUSTILLO BOLADO, Roberto, “Derecho Administrativo español y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad”, en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.

CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi Monografías. Pamplona, 2008.

CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, “La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, 2013.

CHOZAS ALONSO, José María, “El ámbito de la mediación, como mecanismo de autocomposición de las partes en la resolución de conflictos, en la Universidad Complutense de Madrid”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170, 2015.

COMINELLI, Luigi, “Training Young Lawyers in the European Mediation Framework: It’s Time to Devise a New Pedagogy for Conflict Management and Dispute Resolution”, en *The Italian Law Journal*, 1, 2016.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil: Parte General*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

DEL OLMO ALONSO, Jesús, *Medios alternativos de resolución de conflictos en Derecho administrativo*, (tesis doctoral inédita), Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 2004.

DÍEZ SASTRE, Silvia, “La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, 2015.

DÍEZ SASTRE, Silvia, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015*, Centro de Investigación de la Justicia Administrativa. Madrid, 2015.

DÍEZ SASTRE, Silvia, ¿Los tribunales de recursos contractuales son órganos jurisdiccionales?, *Centro de Investigación de la Justicia Administrativa*. Madrid, 2016. (Disponible en <http://cija-uam.org/los-tribunales-de-recursos-contractuales-son-organos-jurisdiccionales/>).

DÍEZ SASTRE, Silvia, *Informe sobre la Justicia Administrativa 2016, Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial y Derechos Fundamentales*, Centro de Investigación de la Justicia Administrativa. Madrid, 2016.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, “El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, 2012.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENÉNDEZ REXACH, Ángel, y otros., *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons. Madrid, 2001.

GAMERO CASADO, Eduardo, “Apunte sobre la mediación como técnica de resolución de conflictos en el empleo público”, en *Revista de Administración Pública*, 170, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, (Vols. I y II) 15ª ed. Madrid, 2011.

GASCÓN Y MARÍN, José, *Derecho Administrativo* (2 vol.), C. Bermejo. Madrid, 1933.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago José, *Tratado de Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, 1ª ed., Madrid, 2008 (obra completa).

HUERGO LORA, Alejandro, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2000.

HUERGO LORA, Alejandro, “La resolución extrajudicial de conflictos en las Administraciones Públicas en 2015”, *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho. Madrid, 1994 (reimp. 2010).

MARTÍN DE LLANO, María Isabel “CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo: *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo-Thomson Aranzadi, 2008, 531 págs.” (recensión), en *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, 26, 2010.

MASSUCCI, Alfonso, “El procedimiento de mediación como modo alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de la experiencias francesa, alemana e inglesa”, en *Revista de Administración Pública*, 178, 2009.

PÉREZ MORENO, Alfonso, “La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo”, en *Justicia Administrativa*, Extra 1, 1999.

ROSA MORENO, Juan, *El arbitraje administrativo*, MacGraw Hill. Madrid, 1997.

SAEZ LARA, Carmen, “Administración pública y procedimientos de solución de conflictos laborales”, en *Temas Laborales*, 125, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Comentario. Iustel. Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “El sistema de Tribunales administrativos de recursos contractuales”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 2015.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons. Madrid: 2003.

TORNOS MAS, Joaquín, “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica”, en Tribunal Arbitral de Barcelona, 6, 1989.

TORNOS MAS, Joaquín, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, en Revista de Administración Pública, 136, 1995.

VILLAR PALASÍ, José Luis, Apuntes de Derecho administrativo, autoedición, Madrid, 1977.

VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, Principios de Derecho administrativo, Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2ª Ed., Madrid, 1987.

La lucha por la ética pública: experiencias comparadas y medidas adoptadas en el caso español.

*Susana E. Castillo Ramos-Bossini*¹

Técnico de Investigación. Universidad de Granada.

I. LA CORRUPCIÓN POLÍTICA EN ESPAÑA: CONSIDERACIONES GENERALES. 1. Algunos datos que ilustran la preocupación existente. 2. Causas y consecuencias de la corrupción. 3. Medidas contra la corrupción. II. ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE EXIGENCIA DE ETICA PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD EN LOS CARGOS PÚBLICOS. III. PRINCIPALES CONVENCIONES Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES SOBRE ETICA PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO. 1. Código Iberoamericano de Buen Gobierno 2. Declaraciones y recomendaciones europeas: especial referencia a las medidas en el ámbito administrativo. IV. LAS MEDIDAS PARA MEJORAR LA ETICA PÚBLICA Y LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EN ESPAÑA. 1. Antecedentes en el Ordenamiento Jurídico Español. 2. La Legislación Estatal de Transparencia y Buen Gobierno. 3. La normativa autonómica y local de transparencia y buen gobierno. V. CONCLUSIONES

RESUMEN.

Desde hace muchos años, la corrupción y, por ende, la transparencia, ética pública y buena administración, son materias que preocupan enormemente a la sociedad en su conjunto y de las que las Instituciones, tanto nacionales como internacionales, se han hecho eco. A lo largo de este estudio iremos desgranando el contexto de la situación actual en la que nos encontramos, después de distintos Tratados Internacionales, así como de normativas nacionales, y analizaremos qué falta aún por mejorar y en qué aspectos se pueden avanzar para tener un sistema claro y, sobre todo, efectivo.

Palabras clave: Buen gobierno, ética pública, transparencia, corrupción, responsabilidad.

ABSTRACT.

¹ El presente trabajo se enmarca en los trabajos de investigación correspondientes al Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad “REMODELANDO EL EMPLEO PUBLICO Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA GARANTIZAR EL ESTADO DE BIENESTAR” (DER 2013-48416-C2-1-R)

For many years, corruption and, therefore, transparency and good governance, are issues that greatly concern society as a whole and of which institutions, both national and international, have echoed. Throughout this study we will examine the context of the current situation in which we are, after various international treaties, as well as national regulations, and analyze what still needs to be improved and in what aspects can be advanced to have a clear system and, above all, effective.

Keywords: Good governance, public ethics, transparency, corruption, accountability.

I. LA CORRUPCIÓN POLÍTICA EN ESPAÑA: CONSIDERACIONES GENERALES

1. Algunos datos que ilustran la preocupación existente

Las instituciones europeas e internacionales², los organismos financieros internacionales, las encuestas que habitualmente formula el Centro de Investigaciones Sociológicas³, el Eurobarómetro⁴, los propios análisis que organismos internaciona-

² El Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la UE (COM, 2014, 38), realizado a partir de las Encuestas de Eurobarómetro, pondría de manifiesto que en España y Grecia (63 % en cada uno de ellos) eran los países en que los encuestados opinaban que la corrupción les afectaba personalmente.

La Resolución 2098 del Consejo de Europa motivada, precisamente, tras conocerse los resultados del barómetro de Transparencia Internacional y que pone su foco de preocupación en el ámbito judicial señala expresamente que este tipo de corrupción "impide gravemente la protección de los derechos humanos, en particular la independencia e imparcialidad judicial, al tiempo que debilita la confianza pública en el proceso judicial y en los principios de legalidad y seguridad jurídica".

El órgano reconoce que "*está alarmado porque la confianza pública en la integridad del poder judicial sigue siendo muy baja en una serie de Estados miembros, y que el poder judicial se percibe como una de las instituciones más corruptas en Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bulgaria, Croacia, Georgia, Lituania, Moldavia, Portugal, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Ucrania y España*".

En cuanto al caso concreto de España, el Consejo advierte que el sistema judicial es la tercera institución menos valorada y que el 51% de los encuestados reconocieron desconfiar de la misma.

Si bien la Resolución valora los esfuerzos de creación de organismos de lucha contra la corrupción en casos como el español, la institución manifiesta sus dudas sobre el alcance del sistema legal para abordar esta problemática en una serie de Estados: "los marcos legales existentes estudiados se consideran limitados, débiles o ineficaces en el caso de Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Moldavia, Montenegro, Eslovaquia y España".

³ De esta forma, la realizada entre el 1 de octubre y 10 de octubre de 2013 reflejaba que la falta de trabajo (71,3%) y los casos de corrupción y fraude (37,6%) siguen siendo las dos principales preocupaciones para los españoles.

⁴ El Eurobarómetro de 2013 mostró que los españoles son los europeos que más corrupción perciben en su esfera política. El 84% de ellos cree que los partidos son corruptos y el 72% dice lo mismo de sus políticos.

les realizan⁵, han puesto de manifiesto la grave situación de corrupción que nuestro país atraviesa. Seguramente hay mucho más ruido que nueces, o al menos afecta a una epidermis no tan profunda y por ello menos preocupante, pero lo cierto es que existe inquietud y así lo ha puesto de manifiesto la mejor doctrina⁶.

Dejemos señalado también que no existe una única definición uniforme de todos los elementos constitutivos de la corrupción. Mientras que una de las definiciones tradicionales, la utilizada por el Banco Mundial y la organización no gubernamental Transparencia Internacional, considera la corrupción como «el uso de la posición pública para obtener ingresos privados ilícitos». Desde nuestro punto de vista, y a los efectos de este estudio, parece más apropiado utilizar una definición más amplia como la del Programa Global contra la Corrupción gestionado por las Naciones Unidas, es decir, «abuso del poder para obtener ganancias privadas», en la que se incluye, por consiguiente, tanto el sector público como el privado. De otro lado, debe distinguirse entre corrupción en un sentido más estricto, la acogida en los tipos del Derecho penal, y corrupción en un sentido socioeconómico más amplio. Esta distinción es necesaria porque, de conformidad con el principio de legalidad, las disposiciones de Derecho penal requieren un lenguaje preciso e inequívoco, mientras que el concepto de corrupción puede ser más general y responder al mismo tiempo al propósito de la prevención de prácticas clientelares y un inadecuado ejercicio de la función de gobierno. En este contexto, la definición de corrupción puede abarcar conceptos como integridad, transparencia, responsabilidad y buena gobernanza.

Realizadas estas aclaraciones es preciso poner de manifiesto que la corrupción política en España, la probada me refiero, ha dejado, según un estudio periodístico muy reciente, un agujero en las arcas españolas de más de 7.500 millones de euros desde que llegó la democracia de la mano de la Constitución Española en 1978 (otras informaciones periodísticas sitúan la proyectada en más de 40.000 millones de euros). Entre los casos que más caros han salido a las arcas podemos citar Púnica, que se calcula que pudo haber defraudado 250 millones de euros, los ERE de Andalucía

⁵ En este sentido, a principios de 2016 conocíamos que la posición de España en el índice de corrupción mundial que elabora la organización Transparencia Internacional es la que más ha descendido de todos los Estados de la UE. El índice puntúa a los países de menos a más. Cuanto mayor es impresión de la corrupción en el sector público, más baja es la puntuación.

El 10 % de caída de España (58 puntos) en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional en los últimos cuatro años pareciera vinculado a la crisis financiera, los escándalos surgidos en ese tiempo y a las medidas de austeridad posteriores.

⁶ NIETO MARTÍN, A., (2006) *Fraude y corrupción en el DP económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006 y, del mismo autor, “La prevención de la corrupción”, en *Manual de cumplimiento de la empresa y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2015.

(150 millones), Gürtel (120 millones) o el caso Saqueo (96 millones). Bien es cierto que datos hay para todos los gustos y discrepancias entre los mismos aún más⁷.

Entre 2011 y 2014 el país ha sufrido, de los que se tenga noticia de acuerdo a la calificación del Ministerio Fiscal, 890 casos de corrupción política a todos los niveles: ayuntamientos, diputaciones, gobiernos autonómicos y estatales⁸. Andalucía ostenta el récord de tramas de corrupción política, con 38 casos distintos. A continuación le sigue las Islas Baleares con 24 operaciones de corrupción, por delante de Madrid, que con 22 casos, toma la delantera por la alta cuantía defraudada. La comunidad catalana llega a la veintena de casos. La comunidad valenciana también destaca en el ranking de la corrupción política con trece casos a sus espaldas. Y así podríamos seguir.

La radiografía de la corrupción en España pone de relieve que los dos grandes partidos políticos en España acumulan la mayoría de los casos de corrupción. Bien es cierto que otros partidos no se encuentran a salvo (Convergencia i Unió, Unión Mallorquina o Izquierda Unida, entre otros).

El pasado año, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en 2016 cifró en 1.661 las causas abiertas en los diferentes órganos judiciales españoles por delitos relacionados con la corrupción. Estas afectan a tipos penales como la prevaricación, revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversaciones, negociaciones prohibidas a funcionarios, blanqueo de capitales, apropiación indebida, fraude, estafa, falsedad documental y delitos contra el patrimonio histórico y contra el medio ambiente.

Con todo, y como VILLORIA ha dejado expuesto, es preciso poner de manifiesto que⁹:

- a) España no tiene un problema de corrupción sistémica y de hecho, aunque nos situemos en el Índice de Percepción de la Corrupción en el lugar

⁷ Lo pone de manifiesto VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2011) "Extensión y tendencias de los delitos de corrupción. Fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción" *Revista de derecho penal y criminología*, N° 6, págs. 361-408

⁸ En cualquier caso, un estudio sobre la evolución de la corrupción en España, entre 2011 y 2014 (aplicado a los delitos de malversación, tráfico de influencias, cohecho y prevaricación), revela que las condenas por éstos son menores. Véase TARIN, C., (2016) "La medición de la corrupción en España: los datos objetivos" en el volumen colectivo *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (coordinadores Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú y Julio Tejedor Bielsa), Atelier, Barcelona, págs. 67 y ss. Hay otros estudios, asimismo, sobre este fenómeno, por todos *Corrupción Institucional y controles administrativos preventivos*, Fundación ¿Hay Derecho?, 2015 pone de relieve que en los períodos de crisis económica (1993-1995 y a partir de 2011) aumenta la percepción en España del problema que representa la corrupción.

⁹ VILLORIA MENDIETA, M. (2016), "Principales rasgos y características de la corrupción en España", en el volumen colectivo *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (coordinadores Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú y Julio Tejedor Bielsa), Atelier, Barcelona, págs. 48 y ss.

40 – habiendo bajado varios puestos en los últimos años- todavía tenemos 130 países por detrás y ninguno de los índices que se utilizan para medirla permite llegar a esa conclusión.

b) En España la corrupción de los funcionarios es baja (en este sector nuestros índice son muy parecidos a los de Suiza, Noruega o Finlandia), sin embargo existe un problema serio de corrupción política según los datos que hemos expresado.

c) En España, probablemente ahora hay menos corrupción de la que había cuando estábamos creciendo de forma mantenida a principios de este siglo aunque la percepción de los ciudadanos es altísima (según revela en los últimos años CIS).

También es preciso señalar, y de aquí la publicación de estas líneas en esta revista, que la corrupción se da sobre todo en el nivel local de Gobierno (más de 600 municipios tienen algún escándalo de corrupción) y, hasta cierto punto, en el nivel autonómico. En descargo diremos, justo es hacerlo, que el número de entidades locales es infinitamente mayor que el de otras administraciones territoriales.

2. Causas y consecuencias de la corrupción

Entre los expertos que han estudiado el fenómeno hay una cierta coincidencia en que las causas fundamentales de la corrupción han tenido o tienen que ver con el rendimiento institucional del sistema en su conjunto, singularmente de los organismos de control, y con sectores del mismo deficientemente protegidos que, a su vez, tienen que ver con varios elementos pero de los que, en este estudio y en relación a los objetivos del mismo, destacaría tres: el primero, el diseño de un sistema de empleo público del que no hace mucho tiempo nos sentíamos orgullosos que, aunque formalmente garantiza la imparcialidad y el sometimiento a la Ley y al Derecho, materialmente facilita mirar para otro lado (cultura solo formal del mérito y progresiva desprofesionalización, libres designaciones, perversión de la productividad, contrataciones temporales y nombramiento de funcionarios interinos, perversa aplicación de la figura del personal eventual, estructura del espacio directivo, etc.); el segundo, tiene que ver con lo que JIMÉNEZ ASENSIO, ha denominado la patrimonialización del poder, derivada de las herencias enquistadas de un modelo basado en una concepción de caciquismo político y de la cultura del favor y de la posición dominante a través de la intermediación (antes caciquil y ahora política), de las que España aún no se ha desprendido (se hace eco dicho autor de las reflexiones del economista Douglass North hace muchos años, al hacer hincapié en que, a diferencia de Inglaterra cuyo marco institucional permitió un intercambio impersonal complejo y una

estabilidad política, en España “las relaciones personales siguieron siendo la clave de gran parte del intercambio político y económico”¹⁰; por último, y también hay que señalarlo, por el dudoso rendimiento de un escenario plagado de instituciones de control que ofrece ámbitos en los que el recorrido de mejora institucional es amplio y ha sido poco transitado. Pero, dejémoslo claro desde el principio, no será un mejor diseño el que resuelva dicha problemática, sino más bien un profundo cambio en la cultura institucional y el establecimiento de reglas claras, sencillas y coordinadas en el funcionamiento de los sistemas preventivos y de reacción frente a este fenómeno¹¹.

Por tanto, y si esto es así, como todo proceso de cambio cultural y de valores no se puede fiar a una varita mágica, a una nueva norma o a la creación de un nuevo órgano. Sin duda serán necesarias todas esas decisiones, pero, también, será necesario algo más.

Las consecuencias, también variadas, son graves y creo que debemos destacar dos.

La primera, transita en dos direcciones: una, como ha puesto de relieve GAMERO CASADO, una cierta ruptura del contrato social entre los ciudadanos y el Estado, la incitación a no contribuir fiscalmente y a que se instale el principio de “desconfianza legítima”, lo que no extraña cuando una Ministra de Cultura llegó a afirmar, en una entrevista en el Diario ABC, que el dinero público no es de nadie¹²; la segunda dirección de la primera consecuencia es, en sentido contrario, que se ha abierto paso una sensibilidad ciudadana que transita del famoso “en picos, palas y azadones, cien millones”, a la exigencia ciudadana del control de las instituciones y rendición de cuentas de estas¹³. La situación de crisis no ha sido ajena a ambas consideraciones.

¹⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2016), “España ¿un país sin frenos?”, en el volumen colectivo *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (coordinadores Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú y Julio Tejedor Bielsa), Atelier, Barcelona, pág. 23

¹¹ Distintos autores se han hecho eco de la necesidad de una nueva cultura y ética pública que promueva un buen gobierno y una buena administración. En este sentido puede verse LONGO, F. y ALBAREDA, A. (2015) *Administración pública con valores. Instrumentos para una gobernanza ética*, INAP, Madrid; VILLORIA, M. y IZQUIERDO, A., *Ética Pública y Buen Gobierno*, Tecnos/INAP, 2016; también es preciso señalar en este punto a RAMIÓ, C. (2016) *La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción en España*, Catarata.

¹² GAMERO CASADO, E. (2015), *Desafíos del Derecho Administrativo en un mundo en disrupción*, Editorial Comares, Granada.

¹³ En 1819, Benjamín Constant pronunció una conferencia *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. Según Constant, la libertad de los antiguos, manifestada sobre todo en la democracia ateniense, consistía en participar directamente en los asuntos públicos, de modo que se consideraba libre al ciudadano, es decir, al que estaba legitimado para participar en el gobierno de la comunidad política. Sin embargo, este concepto de libertad se restringía a los ciudadanos, teniendo en cuenta que no se consideraba tales ni a las mujeres, ni a los niños, ni a los esclavos, ni a los extranjeros. Si tuviéramos que resumir en una frase lo que se quiere expresar lo diríamos con palabras de Benjamín Constant “*El peligro de la libertad antigua consistía en que los hombres, atentos únicamente a asegurarse la participación en el poder social, despreciaran los derechos y los placeres individuales. El peligro de la libertad moderna consiste en que, absorbidos por el disfrute de nuestra independencia pri-*

La segunda consecuencia, que me atrevo a calificar de enorme gravedad, es la alteración de los sistemas de control. Y es que los remedios clásicos, muy específicamente el control judicial contencioso-administrativo, se han revelado en la práctica, tal cual están configurados, menos eficaces de lo que podría esperarse de los mismos. El control contencioso-administrativo, pensado para la defensa de los derechos individuales de libertad frente al Estado, se mostró flexible y se adaptó sin un gran esfuerzo cuando, tras la Segunda Guerra Mundial, llegaron los derechos derivados del Estado social. El problema hoy es que sigue pensado para actos y para destinatarios individuales (ya sean de limitación o de prestación). Se ha revelado mucho más deficiente, o al menos es muy limitado, en lo que se refiere a la defensa de bienes colectivos.

Los resultados están a la vista. La sociedad no entiende hoy (menos que nunca) que lo contencioso-administrativo constituya una verdadera tutela judicial efectiva frente a las decisiones de los responsables públicos¹⁴. Todo está servido para que sea la jurisdicción penal la que realice, en la práctica, ese control. Y, sin duda, esta desviación está siendo determinante para agravar las cosas.

Y es que si, al menos teóricamente, el principio de intervención mínima y la propia exigencia de tipicidad (versión absoluta del principio de legalidad) vetaría esa función¹⁵, lo cierto es que la existencia de tipos penales tan amplios e indeterminados (por ejemplo, los distintos tipos de prevaricación) de hecho sirven para todo en la acción política, pero muy específicamente para realizar el control de la Administración que debería realizar la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁶.

vada y por la búsqueda de nuestros intereses particulares, renunciemos con demasiada facilidad a nuestro derecho de participación en el poder político”.

¹⁴ Imprescindible en este punto JIMÉNEZ –BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2011) “El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, Asunto Andratx, en *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno* (coordinado por F. LÓPEZ MENUDO), Iustel, Madrid, págs. 709-71. En el mismo volumen, reivindicando, asimismo, la necesaria recuperación de una lógica adecuada en este control PAREJO ALFONSO, L. (2011) “La deriva de las relaciones entre el Derecho Administrativo y Penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática”.

¹⁵ Este es un principio de política criminal, la intervención excepcional del Derecho penal, que debe ser tenido en cuenta por el legislador para adecuar el Derecho Penal a la realidad social, incorporando nuevas formas de criminalidad (SSTS 7/2002, de 19 de enero, 96/2002, de 30 de enero, 363/2006, de 28 de marzo y 830/2004, de 24 de junio).

¹⁶ La preocupación, sin embargo, es notoria y recientemente a propósito de la judicialización (criminal) de la actuación de autoridades y empleados públicos, la tradicional tensión entre Derecho penal y Derecho administrativo se proyecta en estos tiempos hacia una práctica jurisdiccional consistente en la anulación por parte del juez penal de actos administrativos, en cuyo proceso de anulación no interviene ni la Administración ni la jurisdicción contenciosa. Puede verse a este respecto el trabajo de BAUZÁ MARTORELL, F. (2014) “El acto administrativo entre la validez y el delito”. (La anulación de actos administrativos por el juez penal). *REDA*, nº 163, 2014.

Si en lo sociológico, la respuesta ciudadana está siendo el voto a partidos diferentes y con otras formas –más directas- de relacionarse con la sociedad y en todas direcciones, por la derecha (Francia, Alemania, ...) o por la izquierda (Grecia, España, ...); en lo jurídico, no está de más que vayamos pensando en arreglar el anómalo esquema resultante que ha alterado los sistemas de control¹⁷.

3. Medidas contra la corrupción¹⁸

En ausencia de una Ley integral que aborde este problema desde el punto de vista de la responsabilidad, como por ejemplo se ha realizado en Italia, y si bien es cierto que, como decimos, no creemos que el problema sea tan solo de diseño aunque ciertamente algo puede mejorarse, sino más bien de rendimiento del sistema institucional de control, no es superfluo que vayamos pensando en una estrategia integral que contemple diversas medidas para paliar esta lamentable situación¹⁹.

¹⁷ La reivindicación del papel del Derecho para hacer efectivos nuevos principios de actuación en la gestión pública puede verse en PONCE SOLÉ, J. (2014), "Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 11, págs. 34 quien expone que "Los peligros que acechan al Derecho por el menosprecio y el olvido de éste no son menores. Los partidarios del Management que ven en el Derecho un artefacto inútil, pasado de moda y formalista pueden estar conduciendo a una degradación paulatina de la calidad del ordenamiento jurídico y de su capacidad para defender adecuadamente los derechos de los ciudadanos y evitar la corrupción y promover la buena gestión".

De forma previa, también puede verse el trabajo de PRATS PRATS, J. (2005), *De la burocracia al Management, del Management a la gobernanza*, INAP, Madrid. Asimismo, puede consultarse CASTILLO BLANCO, F.A. (1996), "Management y Derecho Administrativo: ¿hacia una necesaria evolución del derecho de la función pública y de la gestión de los recursos humanos?". *Revista Andaluza de Administración Pública* Nº 26, páginas 199-244.

¹⁸ El Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la UE (COM, 2014, 38), pone de manifiesto que hay una serie de políticas de fondo que pueden ayudar a mejorar la lucha contra la corrupción, entre éstas: las políticas de transparencia y libertad de información, la protección de los denunciantes y la transparencia de la actividad de los grupos de presión.

¹⁹ Transparencia Internacional también presenta propuestas para que en España se vea una mejora en su situación de corrupción. Propuestas que incluyen las siguientes:

- Se necesitan fuertes normas de financiamiento político.
- Se necesitan más recursos para los mecanismos de seguimiento de la financiación de los partidos políticos.
- El sistema electoral necesita ser modificado, y dan algunas ideas que las reformas deben incluir:
 - El desbloqueo de las listas electorales cerradas
 - Se debe mejorar la proporcionalidad
 - Se debe neutralizar el control interno de los partidos políticos
 - Se debe estimular la democracia interna de los partidos políticos, por ejemplo, con primarias deben estar abiertos a la gente
- Se necesita mejorar la integridad en la administración de justicia, incluyendo la necesaria despolitización de los órganos supremos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

Simplemente, sin ánimo exhaustivo y haciéndome eco de algunas propuestas apuntadas por diversos autores (GAMERO CASADO, PONCE SOLE, VILLORIA MENDIETA, JIMÉNEZ ASENSIO, CASTILLO BLANCO, GIMENO FELIÚ, etc.), apunto siete medidas relacionadas con el objeto de este trabajo que presentan un carácter transversal y un fomento de buenas prácticas²⁰:

- Se necesitan reformas para aumentar el acceso a la información, necesarias para asegurar la transparencia de las instituciones públicas.
- El gobierno también debe adoptar un plan estratégico para mejorar la respuesta, la accesibilidad, la participación ciudadana y su colaboración en los temas públicos.
- Es necesario aprobar una ley que protege a los que denuncian infracciones (los *whistleblowers*), tanto en el sector público como en el privado.

²⁰ El Consejo de Europa, en la resolución páginas atrás citada, recomienda la aplicación de todas las resoluciones y recomendaciones de la asamblea, tales como la Resolución 1703 (2010), la Recomendación 1896 (2010), la Resolución 1943 (2013) y la Recomendación 2019 (2013) sobre la corrupción como una amenaza para el Estado de Derecho.

Igualmente, entre otras medidas significativas la asamblea propone que los Estados apliquen las siguientes:

- Las recomendaciones contenidas en los dictámenes sobre la legislación nacional emitida por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia);
- Las directrices y los informes aprobados por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ) en su trabajo sobre la evaluación de los sistemas judiciales;
- Las recomendaciones emitidas por el Consejo de Europa para los Derechos Humanos con respecto a la administración de justicia, el funcionamiento de los sistemas judiciales y la prevención de las prácticas corruptas entre el poder judicial;
- Dar pleno efecto a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo las que afectan a la prevención y erradicación de la corrupción judicial;
- Alinear su legislación y la práctica nacionales con las normas desarrolladas en los instrumentos internacionales pertinentes y los órganos de vigilancia, especialmente respecto a la criminalización de la corrupción, la inmunidad de los jueces, la organización de los órganos disciplinarios, conflictos de interés, declaración de bienes, así como aspectos relativos a la carrera judicial (contratación, promoción, despido de jueces);
- Fortalecer la legislación para sancionar la corrupción y proporcionar todos los medios necesarios y el apoyo a su correcta aplicación mediante la investigación efectiva y el procesamiento de casos de corrupción en el poder judicial;
- Adaptar la legislación y la práctica a fin de permitir una adecuada evaluación de las prácticas de corrupción en el poder judicial que son particularmente difíciles de descifrar, como las relacionadas con el intercambio de favores, la presión jerárquica o interferencia externa;
- Mejorar la calidad y la situación de la profesión judicial a fin de garantizar el comportamiento ético de los jueces, y estrictamente examinar las prácticas relacionadas con la carrera que suponen un riesgo de corrupción o afectan a la independencia e imparcialidad de los jueces a lo largo de sus carreras;
- Instaurar procedimientos adecuados para erradicar la interferencia política y la influencia indebida en el proceso judicial;
- Los Estados seguirán colaborando estrechamente con los órganos del Consejo de Europa, especialmente GRECO, a fin de proporcionarles toda la información necesaria para su trabajo, así como participar activamente en la corrección de las deficiencias detectadas;

a) La clarificación del sistema de control penal, contable y administrativo hartamente confuso y duplicado.

b) Una reflexión sobre el encuadre orgánico de los cuerpos de inspección y control. Así, como ha puesto de relieve GAMERO CASADO²¹, los recientes casos ponen de manifiesto que el encuadre orgánico en la misma Administración que se controla es un desacierto ya que, en unos casos, sus advertencias pueden ser desoídas (caso ERE) o sufren presiones para que modifiquen el sentido de sus actuaciones (caso de la Agencia Invercaria) o existe un cierto temor a sufrir represalias (caso de los Cursos de Formación). Las oficinas “antifraude”, añadidas a los mecanismos ya existentes, son una insuficiente solución a este problema porque responden al mismo esquema de encuadramiento orgánico. El establecimiento de una autoridad única e independiente que agrupase las intervenciones de todas las Administraciones públicas, los Tribunales y Cámaras de Cuentas y otras unidades de control, dependiente de las Cortes Generales, y con labores de fiscalización, inspección y sanción, tal vez podría empezar clarificar la cuestión²².

c) Si el problema es de rendimiento, como estamos apuntando, una solución óptima sería la introducción de las técnicas de buena administración que van más allá de las conocidas hasta ahora para el control de la discrecionalidad y que tanto servirían en temas como el urbanismo. El punto crucial, respecto específicamente al control judicial de la Administración que así se vería reforzado, es si la perspectiva de la buena administración aportaría o no un plus a las técnicas ya preexistentes (como el uso de los principios generales de la interdicción de la arbitrariedad y la proporcionalidad).

-
- Y por último, garantizar un entorno en el que los casos de (presunta) corrupción judicial puedan ser descubiertos, a fin de fomentar un clima en el que las causas fundamentales de la corrupción judicial puedan ser erradicadas.

²¹ GAMERO CASADO, E. (2015), *Desafíos del Derecho Administrativo en un mundo en disrupción*, Editorial Comares, Granada.

²² El Informe de la Comisión Europea, ya citado páginas atrás, pone de relieve respecto de este punto que “*Los logros de algunos organismos de lucha contra la corrupción han sido más sostenibles que otros. Entre los factores que afectan a su éxito (temporal o a largo plazo) figuran: las garantías de independencia y la ausencia de interferencias políticas, la selección y promoción del personal basada en el mérito, la colaboración pluridisciplinar entre equipos operativos y con otras instituciones, el rápido acceso a las bases de datos e información y el suministro de los recursos y cualificaciones necesarios. Estos elementos no aparecen sistemáticamente en todos los Estados miembros*”.

En España, y a propósito de un organismo concreto, puede verse el trabajo de CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. (2016) “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora: límites y propuestas para la prevención de la corrupción. en particular, el caso de la oficina antifraude de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 53, 2016

A juicio de PONCE SOLÉ la respuesta es afirmativa²³, por cuanto se exige más que la existencia de racionalidad y motivación y no es sólo un límite en negativo (que la decisión no sea desproporcionada). Es una exigencia en positivo, como señala con especial claridad la jurisprudencia del TJUE y del TEDH (y en la misma línea la doctrina jurisprudencial norteamericana del llamado *hard look*), en el sentido de obligar a tomar en consideración, con la debida diligencia y el debido cuidado, los hechos e intereses relevantes envueltos en la toma de la decisión (descartando los irrelevantes), lo que debe fundamentarse por la Administración mediante el expediente y justificarse en la motivación, que ha de ser congruente con aquél.

d) La reforma de la legislación contractual, de empleo público, urbanística y de subvenciones (los cuatro ámbitos más acusados donde se dan las prácticas corruptas y clientelares) es también una exigencia inexcusable²⁴.

e) El establecimiento de una acción pública, derivada del derecho al buen gobierno y a la buena administración, a la que seguidamente nos referiremos y que he tenido oportunidad de fundamentar, derivada de los denominados derechos de cuarta generación, recientemente²⁵.

f) La regulación de los lobbies y su seguimiento para evitar casos como los que hemos visto, a *título de ejemplo*, en la llamada operación Púnica –consecución de contratos de eficiencia energética- y que ponen de relieve que es preciso introducir transparencia en estas prácticas que son habituales y opacas²⁶.

²³ PONCE SOLÉ, J. (2013) lo ha puesto de manifiesto. Véase el trabajo de éste “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona. De también recomendable lectura es el trabajo del mismo autor “*La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 175, 2016, págs. 57-84

²⁴ Este estudio se realizó antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Pueden verse los trabajos de GIMENO FELIÚ, J.M. (2016), “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad” en el volumen Colectivo *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (coordinadores Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú y Julio Tejedor Bielsa), Atelier, Barcelona, 2016, págs. 247 y ss. En el mismo volumen el trabajo de TEJEDOR BIELSA, J., “La corrupción urbanística. Un problema sistémico”, págs. 301 y ss.

²⁵ Véase, en este punto, el trabajo de CASTILLO BLANCO, F.A. (2016), “Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 172, 2016

²⁶ La Ley 19/2014, de 29 de octubre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la actividad de los grupos de interés, también conocidos bajo el término anglosajón *lobby*.

Respecto a los mismos, se crea un registro específico, en el que se incluyen todas las actividades llevadas a cabo con la finalidad de influir directa o indirectamente en los procesos de elaboración o aplicación de las políticas públicas y la toma de decisiones, con independencia del canal o medio utilizado, incluyendo

g) Y, simplemente apuntar una de fomento (incentivos), consistente en articular, junto a sellos y certificados de calidad, de eficacia, de eficiencia, de transparencia, un ranking de corrupción y conductas clientelares, un listado donde se saquen a la luz los “trapos sucios” de nuestras administraciones, un índice donde se diga, por ejemplo, las resoluciones administrativas que se anulan, los contratos adjudicados a “dedo”, los procedimientos de selección de personal opacos y sin las debidas garantías, etc. O a la inversa establecer listas “blancas”. Nada novedoso, pues así se recomienda en el Código Europeo de Conducta para la Integridad Política de los Representantes locales y Regionales Electos adoptado por el Consejo de Europa en 2002.

Pero, ¿qué podemos aprender de las medidas adoptadas por otros países y de las recomendaciones internacionales?

II. ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE EXIGENCIA DE ETICA PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD EN LOS CARGOS PÚBLICOS

Se señala, de forma reiterada por la doctrina²⁷ (MARTÍN RETORTILLO BAQUER O MARTÍNEZ BARGUEÑO, entre otros), al Informe Nolan como un

los contactos con autoridades y cargos públicos, diputados, funcionarios y personal al servicio de las instituciones, y también contribuciones y participaciones voluntarias en consultas oficiales sobre propuestas legislativas, normativas, actos jurídicos u otras consultas.

De acuerdo con el art. 47 de la Ley catalana, deben inscribirse en este registro las personas y las organizaciones que, independientemente de su forma o estatuto jurídico, en interés de otras personas u organizaciones, llevan a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración de leyes, normas con rango de ley o disposiciones generales o en la elaboración y aplicación de las políticas públicas; y también las plataformas, redes u otras formas de actividad colectiva que, aun no teniendo personalidad jurídica, constituyen *de facto* una fuente de influencia organizada y llevan a cabo actividades incluidas en el ámbito de aplicación del Registro.

Se excluyen, eso sí, las actividades relativas a la prestación de asesoramiento jurídico o profesional vinculadas directamente a defender los intereses afectados por procedimientos administrativos, las destinadas a informar a un cliente sobre una situación jurídica general, las actividades de conciliación o mediación llevadas a cabo en el marco de una ley o las actividades de asesoramiento que se lleven a cabo con finalidades informativas para el ejercicio de derechos o iniciativas establecidos por el ordenamiento jurídico (art. 49).

Los registrantes aceptan, entre otras obligaciones, cumplir con el código mínimo de conducta que incorpora el art. 51 de la Ley, sometiéndose así a una serie de medidas vinculadas al incumplimiento, como son la suspensión temporal o la cancelación de la inscripción registral, las cuales requerirán la tramitación de un procedimiento previo que será objeto de regulación a través de un reglamento.

²⁷ Por todos pueden verse los trabajos de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1997), “Reflexiones de urgencia sobre el Informe Nolan”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 11, 1997, págs. 149-164 y MARTÍNEZ BARGUEÑO, M., (1996) “Informe NOLAN: (normas de conducta de la vida pública)”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, N° 5-6, 1996, págs. 209-214.

antecedente claro de las medidas para regenerar la vida pública²⁸. Y es que, ciertamente, ha sido en los países anglosajones donde la preocupación por la ética pública provocó las primeras reacciones, básicamente de *soft law*, a fin de articular medidas que regeneraran la vida pública.

El Informe Nolan se refiere tanto al poder legislativo como al ejecutivo y dedica una especial atención a los conflictos de intereses, tanto para diputados como para los miembros del ejecutivo (ministros y funcionarios). En concreto, hay una serie de recomendaciones que, en el ámbito del legislativo, van a permitir que sus miembros tengan retribuciones adicionales, pero eso sí, siempre que las actividades que realicen no tengan que ver con su trabajo parlamentario. De esta forma, planteó dicho Informe un conjunto de medidas: exigir la revelación de acuerdos y remuneraciones relacionadas con los servicios parlamentarios; aumentar la orientación para evitar los conflictos de intereses; introducir un nuevo Código de Conducta para los diputados; nombrar a una persona de reputación independiente la cual mantendrá el Registro de Intereses, aconsejará sobre el Código de Conducta, ofrecerá una orientación y consejos sobre asuntos de conducta de intereses e investigará e informará acerca de las quejas por la conducta de los diputados y, finalmente; establecer un procedimiento nuevo para investigar y juzgar las quejas en éste ámbito contra los diputados. En suma, la Comisión planteó un Código de Conducta para los diputados que contiene dos grandes ejes: por un lado, unos principios generales: a) Es responsabilidad de cada diputado mantener aquellos niveles de conducta que la Cámara y el electorado legítimamente esperan, para proteger el buen nombre del Parlamento y fomentar el interés público. b) Los diputados deberían respetar los principios generales de conducta que se aplican a todo el mundo en la vida pública. c) La obligación principal de los diputados es con su país y con sus electores por lo que no deberían realizar ninguna acción en el parlamento que esté en pugna con este deber. d) Los diputados tienen la responsabilidad de cumplir plenamente con todas las resoluciones y convenciones de la Cámara en cuanto a asuntos de conducta, y donde haya dudas, de pedir consejo; y, un segundo eje, que se refiere estrictamente a intereses económicos y que se concretan en las siguientes recomendaciones: a) Un diputado no debe promover ningún asunto en el parlamento a cambio de dinero. b) Un diputado que tiene interés económico, directo o indirecto, debe aclarar ese interés. c) En el caso de que

²⁸ La creación del comité que tuvo a su cargo dicho Informe se llevó a cabo en virtud del clima de degeneración en el que los escándalos de tipo económico, político y sexual aparecen mezclados. Seis meses más tarde apareció un documento importante llamado Normas de Conducta para la Vida Pública. El documento se publicó en mayo de 1995 y es una referencia no sólo para la vida pública inglesa sino para cualquier gobierno interesado por la ética de sus políticos y funcionarios. Incluye un Código Ético basado en siete principios básicos: desinterés, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, humildad y liderazgo. Estos principios sugeridos para el comportamiento ético en el ámbito de la función pública, abarcan tanto a los funcionarios públicos como a los políticos.

un diputado, al desempeñar sus obligaciones parlamentarias encuentre la existencia de un interés económico personal que cause un conflicto (de intereses) con el interés público, tiene la responsabilidad de solucionar ese conflicto o bien deshaciéndose del interés o bien apartándose del asunto público en cuestión. d) En cualquier trato con una organización con la que exista una relación económica, un diputado debe tener siempre en cuenta la responsabilidad primordial que tiene para con los electores y para con el interés nacional.

Dicho Código de Conducta y recomendaciones se extienden también a funcionarios²⁹, reflexionándose que, así como existía un Código de ética para funcionarios debería existir uno para los ministros, y que las ventajas podrían ser muchas dado el número de ministros que habían tenido que dimitir desde la Segunda Guerra Mundial por errores que podrían haberse evitado. El énfasis que se pone en la conducta de los ministros y funcionarios en las normas de conducta para la vida pública demuestra el convencimiento de que funcionarios, junto a los políticos, son los responsables de la conducción de los asuntos públicos, y de que cada uno de sus actos puede ser ejemplo, bueno o malo, para los ciudadanos que los observan día a día.

Finalmente, la Comisión Nolan recomendó que se crearan controles regulares del conocimiento y de la adecuada comprensión de las normas éticas pertinentes por parte del personal en los departamentos y agencias, que la orientación se refuerce y se difunda de forma adecuada, específicamente con una formación adicional sobre todo en las áreas con problemas³⁰.

²⁹ En concreto dicho Informe estima que:

- Los ministros deben asegurarse de que no surja, ni que parezca que surge, ningún conflicto entre sus obligaciones públicas y sus intereses privados,
- Los ministros no deben engañar al Parlamento. Deben ser tan transparentes como sea posible con el Parlamento y con el público,
- Los ministros son responsables ante el Parlamento en cuanto a las políticas y operaciones de sus departamentos y agencias,
- Los ministros deberían evitar aceptar cualquier regalo u hospitalidad que pudiera comprometer su criterio o ponerlos bajo una obligación indebida,
- Los ministros en la Cámara de los Comunes deben mantener separadas sus funciones de Ministros de las de Diputados por un distrito electoral,
- Los ministros deben mantener separadas sus funciones ministeriales de las de partido. No pueden pedir a los funcionarios que realicen funciones de partido ni que actúen de una forma que crearía un conflicto con el Código de la Administración Pública.

³⁰ Otro código en el Reino Unido, del que debemos hacernos eco, es el denominado Código para la Gestión de la Administración Pública (CGAP) bajo el cual se otorga a los departamentos y agencias poderes para introducir regulaciones acerca de la conducta, siempre que reflejen los principios y las reglas expuestas en el CGAP. Éste Código responde a dos necesidades: por un lado, que los funcionarios no abusen de la información oficial, ni obren de manera que se comprometa la imparcialidad política, ni usen sus puestos oficiales para promocionar sus propios intereses; por otro, que el público vea que los funcionarios son honestos e imparciales en el desempeño de sus obligaciones.

Un segundo caso de antecedentes en las medidas a adoptar se produce en Estados Unidos. Y es que, en este país, el descrédito generado por los escándalos de corrupción política, originó que sus gobernantes buscaran mecanismos para recuperar la confianza ciudadana³¹.

En ese sentido, el gobierno norteamericano impulsó en la década de los setenta, en concreto en 1978, dos iniciativas para fomentar la ética en la vida pública. A saber: por un lado, creó un marco jurídico mediante la Ley de Ética para el Gobierno; y, por otro, estableció la Oficina de Ética del Gobierno. La Oficina de Ética del Gobierno, la Ley de Ética, así como los Principios y Normas de Conducta para los funcionarios y empleados de gobierno impulsados por dicha oficina, son instrumentos importantes que cumplen una triple función: fomentar los valores éticos, acotar las conductas acompañadas de antivalores y resolver dilemas éticos cuando sea necesario³².

Como hemos mencionado, la Oficina de Ética elaboró un documento denominado "Normas de conducta ética para los empleados del Poder Ejecutivo" que comprende varios documentos y que funciona en tres direcciones: como un Código Ético en el que se exponen los valores deseables o esperados en su personal; en, segundo lugar, como un catálogo en el que se detallan múltiples situaciones sobre lo que no se debe hacer dentro de las instituciones públicas; y, por último, como una relación de normas jurídicas que presentan los diferentes tipos de sanción a los que se ven expuestos aquellos que cometan algún acto indeseable en su desempeño laboral.

De esta forma, esta iniciativa incluye unos principios de conducta ética y unas normas de conducta ética y, tanto los principios³³, como las normas de conducta ética

³¹ En efecto, es preciso traer aquí como antecedente inmediato de estas medidas el caso Watergate. Como se recordará Carl Bernstein y Bob Woodward, dos periodistas del Washington Post, fueron alertados por un anónimo (Garganta Profunda) de que el espionaje llevado a cabo en la sede del partido demócrata había sido diseñado directamente por asesores del Presidente Nixon y del que era conocedor el propio Presidente. Nixon se refugió en la inmunidad presidencial para facilitar pruebas, comunicaciones, grabaciones, etc... Finalmente, tras aprobarse un proceso de *impeachment* contra Nixon, éste presentó su dimisión en un mensaje televisivo muy recordado, en 1974.

³² Puede consultarse en «Normas de conducta para los empleados del órgano ejecutivo de los Estados Unidos». *Oficina de ética de los Estados Unidos*, Reglamento final codificado en la parte 2635 del Título 5 del Código de Reglamentos Federales, abril 2002

Con independencia de estas dos iniciativas en 2002 se impulsó la denominada Agenda Presidencial de Buen Gobierno basada en tres ejes fundamentales: un gobierno que cueste menos; un gobierno de calidad; y, en tercer lugar, un gobierno profesional.

³³ Los Principios generales de conducta señalados por la Oficina de Ética del Gobierno son los siguientes (<http://www.oecd.org/gov/ethics/2494987.pdf>):

1. El servicio público es un depósito de la confianza del público y, por lo tanto, exige a los empleados lealtad a la Constitución, a las leyes, y a los principios éticos por encima de la ganancia personal.

señaladas en este código, son aplicables a los funcionarios y empleados públicos de cualquier oficina de gobierno³⁴.

2. Los empleados no deben poseer intereses financieros que estén en conflicto con el desempeño concienzudo de sus deberes.

3. Los empleados no deben participar en transacciones financieras utilizando información del Gobierno que no es pública, ni permitir el uso impropio de dicha información para beneficio de ningún interés particular.

4. Un empleado no debe solicitar ni aceptar regalo alguno, ni ningún otro artículo de valor monetario de ninguna persona o entidad que busque una acción oficial, hacer negocios o beneficiarse de actividades llevadas a cabo por la oficina del funcionario o cuyos intereses puedan ser afectados sustancialmente por el desempeño o no de los deberes del empleado.

5. Los empleados deben llevar a cabo sus deberes empeñándose por hacer un esfuerzo honesto.

6. Sin autorización, los empleados no deben hacer a sabiendas compromisos ni promesas de ningún tipo dando a entender que comprometen al Gobierno.

7. Los empleados no deben usar un cargo público para ganancia particular.

8. Los empleados deben actuar imparcialmente y no dar tratamiento preferente a ninguna organización privada o individuo particular.

9. Los empleados deben proteger y conservar la propiedad Federal, y no deben usarla para actividades que no sean las autorizadas.

10. Los empleados no deben llevar a cabo trabajo o actividades fuera de su empleo que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades gubernamentales, incluso buscar o negociar empleos.

11. Los empleados deben denunciar a las autoridades correspondientes cualquier despilfarro, fraude, abuso, y corrupción.

12. Los empleados deben cumplir de buena fe sus obligaciones como ciudadanos.

13. Los empleados deben obedecer todas las leyes y reglamentos que ofrecen igualdad de oportunidad a todos los ciudadanos.

14. Los empleados deben esforzarse por evitar cualquier acción que dé la apariencia de que están violando la ley o las normas de ética que se estipulan en esta parte.

³⁴ Las Normas de Conducta hacen referencia a las diversas situaciones en que pueden caer los servidores públicos en el cumplimiento de sus tareas. Cuando alguna situación no esté prevista dentro de estas normas, los empleados deben ajustarse a los Principios de Conducta señalados. El documento titulado Normas de Conducta Ética se estructura en distintas partes:

Una primera dedicada a Disposiciones Generales. Esta parte destaca la importancia del servicio público como depósito de la confianza ciudadana, reitera la importancia de los Principios de Conducta Ética, señala quiénes son los sujetos a los que se debe aplicar esta normativa, las acciones disciplinarias y correctivas así como la existencia del asesoramiento en materia ética. Destaca que dentro de los organismos públicos pertenecientes al poder Ejecutivo, existen Agencias de Ética, las cuales cuentan con un designado de ética y un suplente

Una segunda, relativa a regalos de fuentes externas a la institución, y que se refiere al hecho que los funcionarios no deberán aceptar regalos a cambio de dejarse influenciar en el desempeño de sus funciones, ni solicitar o coaccionar para que se le ofrezca un regalo, ni aceptar regalos de las mismas o diferentes fuentes que pudiera pensarse que el empleado está usando su cargo para ganancia personal. Una tercera, se singulariza respecto de los regalos entre empleados y, en este sentido, se prohíben los obsequios entre las personas que trabajan en un mismo organismo, a menos que el artículo esté excluido de la definición de regalo. Un funcionario no deberá darle un regalo o hacer una donación para un regalo a un oficial superior ni solicitar una contribución a otro empleado para dar un regalo. Tampoco deberá, directa o indirectamente, aceptar un regalo de ningún empleado que devengue menos sueldo que él, a menos que los dos empleados no tengan una relación de subalterno y oficial superior ni exista una relación personal entre los dos emplea-

Cabe destacar que, a pesar de que tanto la Oficina de Ética como la Ley de Ética se crearon en 1978, han venido funcionando desde entonces con normalidad, incluso han aumentado su eficacia al incorporar nuevos parámetros de control ayudados por la tecnología.

A estas iniciativas ya existentes se han unido otras que ha reforzado el trabajo realizado. En efecto, el presidente de Estados Unidos Barack Obama abordó, desde el principio de su mandato, una iniciativa de Gobierno Abierto, mediante la firma el 21 de enero de 2009, de un Memorándum sobre Transparencia y *Open Government*³⁵, donde se manifiesta una apuesta decidida por la participación y colaboración ciuda-

dos que justifique el regalo. No obstante, existen Ocasiones especiales en las que se admite que se pueda otorgar un obsequio a un superior tales como matrimonio, enfermedad, o el nacimiento o adopción de un hijo así como en situaciones laborales tales como una jubilación, renuncia, o traslado.

Otra de los apartados se refiere conflictos de intereses financieros que pueda tener un funcionario siempre que éstos se relacionen con sus actividades laborales. Es decir, se prohíbe que participe en calidad oficial en cualquier materia particular si con su conocimiento él, o cualquier persona allegada (cónyuge, hijos, socios, entidades en las que el empleado sea funcionario, director fiduciario, socio general), puede obtener un interés económico.

Asimismo, otro apartado se refiere a la imparcialidad en el desempeño de deberes oficiales con la intención de asegurar que un empleado actué de manera prudente a fin de evitar la apariencia de falta de imparcialidad en el desempeño de sus deberes oficiales. En caso de duda se puede buscar la ayuda de un oficial de ética o el designado de la Agencia. Relativa a la búsqueda de otro empleo. Un funcionario que contemple ingresar en otro empleo después de dejar su cargo público, deberá consultar con un oficial de ética de la agencia para obtener consejos sobre cualquier restricción que tenga después al abandonar su empleo federal. Las disposiciones sobre postempleo advierten a los funcionarios que, después de dejar su puesto, están sujetos a restricciones legales.

También se dedica un específico apartado al uso indebido de un cargo oficial, es decir, al uso adecuado del cargo y tiempo oficial y sobre la información y los recursos a los cuales el funcionario tiene acceso. Un funcionario no deberá usar su cargo público para ganancia particular, ni para endosar ningún producto, servicio o empresa ni para la ganancia de otros. Tampoco deberá usar ni permitir el uso de su cargo de manera que coaccione o induzca a otra persona a proporcionar ningún beneficio financiero o de otra clase para sí mismo o para sus amigos, parientes, o personas con las cuales el funcionario esté afiliado en calidad no gubernamental.

Por último, conviene dar cuenta del apartado relativo a actividades externas. De esta forma cuando un empleado quiera tener otro empleo o realizar actividades externas deberá esforzarse por evitar acciones que den la apariencia de violar cualquiera de las normas éticas y no deberá participar en empleos que estén en conflicto con sus deberes oficiales. Pero asimismo se establecen unas normas adicionales a las cuales el funcionario debe ajustar su conducta., entre otras se establecen las siguientes: a) La prohibición de solicitar o recibir sobornos. b) La prohibición de buscar o recibir remuneración con propinas ilegales. c) La prohibición de buscar o recibir remuneración por ciertos servicios de representación ante el Gobierno. d) La prohibición de ayudar en la prosecución de reclamos contra el Gobierno, o de actuar como agente o abogado ante el Gobierno. e) Las restricciones después de terminar el empleo que aplican a antiguos empleados. f) La prohibición de recibir cualquier contribución o suplemento del salario como remuneración por su servicio en el Gobierno de una fuente que no sea pública. g) La prohibición de solicitar o recibir regalos de fuentes externas.

³⁵ https://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment

dana con el gobierno. De esta forma, el 8 de Diciembre de 2009 se firmó la Directiva de Gobierno Abierto. En ella, se establece el requerimiento para los departamentos y agencias de realizar una serie de actuaciones con el objetivo de crear un gobierno más abierto, en los siguientes ámbitos: publicar información del gobierno en línea en formatos abiertos; crear e institucionalizar una cultura de gobierno abierto; y, asimismo, crear un entorno normativo habilitador para el gobierno abierto

Finalmente, y por referirnos a un último antecedente, es de interés hacer referencia a los trabajos desarrollados por la OCDE. Esta organización ya señaló, en un estudio relativo a los países miembros sobre las medidas de conducta ética, que los estándares de conducta esperados de los servidores públicos de cada país, se encuentran en sus leyes generales o en sus códigos y, en general, este tipo de normas de conducta se utilizan para situaciones de conflictos de intereses, por lo que los rubros o títulos que contienen son similares en unos y otros países (por ejemplo: a) lo relacionado con la aceptación de obsequios o regalos; b) el manejo y uso de información oficial; c) beneficios económicos obtenidos por el cargo; d) asuntos extra-laborales; etc.)³⁶

Y es que, ciertamente, no va a ser hasta la década de los noventa cuando las distintas institucionales internacionales, y a nivel interno en cada país, instalen en su agenda la necesidad de impulsar medidas para impedir que lacras como la corrupción se hicieran presentes en la vida pública. En este sentido, el Comité de Ética Pública de la OCDE, enumeró en mayo de 1998 un conjunto de principios o recomendaciones de ética en el servicio público, entre los que podemos destacar los siguientes: las normas de ética para el servicio público deberán ser muy claras; las normas de ética deberán plasmarse en el ordenamiento jurídico en una disposición concreta; una conducta ética debe ser exigida a los empleados públicos; los empleados públicos tienen derecho al conocimiento de sus derechos y obligaciones, cuando se les exige explicaciones por sus actuaciones indebidas; debe existir un compromiso y un liderazgo político, que refuerce y apoye la conducta ética de los empleados públicos; el proceso de toma de decisiones, debe ser transparente y permitir la investigación; las líneas generales o maestras de la relación entre sector público y sector privado deben ser claras; los directivos públicos deben de tener y fomentar una conducta ética; las políticas de gestión, los procedimientos y las prácticas administrativas deben incentivar una conducta ética; la regulación y la gestión de los recursos humanos, deben motivar una conducta ética; deben establecerse mecanismos adecuados de responsabilidad para el servicio público; y, por último, deben fijarse procedimientos y sanciones disciplinarias adecuadas, a fin de castigar las conductas irregulares.

³⁶ *Confianza en el gobierno. Medidas para fortalecer el marco ético en los países de la OCDE*. París, 2000.

De esta forma, progresivamente y para luchar por la consecución de una adecuada ética pública, se han ido incorporando a este proceso de cambio cultural una importante nómina de instituciones y organizaciones, públicas y privadas, preocupadas por el fenómeno. VILLORIA MENDIETA y LÓPEZ PAGÁN señalan a estos efectos las siguientes³⁷:

1) Los organismos internacionales, sobre todo Naciones Unidas y OCDE, con el apoyo de ciertos gobiernos con peso internacional.

Debemos aclarar que, en concreto, Naciones Unidas lleva luchando contra la corrupción desde hace más de dos décadas. En este sentido, es preciso referirnos como antecedente a la Declaración de Viena, adoptada en el Décimo Congreso de las Naciones Unidas, sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de abril de 2000, así como a la Convención contra la Delincuencia Organizada Internacional. Estos textos dieron lugar a la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003³⁸, que entró en vigor en 2005 y que ha sido el primer instrumento jurídicamente vinculante sobre corrupción. Su objeto es la prevención de prácticas corruptas y de la transferencia ilícita de fondos, así como la lucha contra esas prácticas y su penalización; la cooperación internacional; la restitución de fondos ilícitos; la obligación de rendir cuentas y de la debida gestión de los asuntos y bienes públicos. Además, incluye entre su articulado, principios tan importantes como el de eficacia en la gestión de los asuntos públicos, o el de integridad, transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas. También es preciso nombrar, en este orden de cosas, el *Global Compact*, que es un instrumento que fue anunciado por el entonces secretario general de las Naciones Unidas Kofi Annan en el Foro Económico Mundial (Foro de Davos) en su reunión anual de 1999. Su fin es promover el diálogo social para la creación de una ciudadanía corporativa global, que permita conciliar los intereses de las empresas, con los valores y demandas de la sociedad civil, los proyectos de la ONU, los planteamientos de sindicatos y organizaciones no gubernamentales, sobre la base de una serie de principios. En 2004 se incorporó un décimo principio por el que las empresas adheridas a este instrumento se comprometían a respetar. Así se estableció que “las empresas trabajarán contra toda corrupción, incluidas la extorsión y el soborno”

Por su parte, la OCDE ha sido la impulsora del “Convenio contra el soborno de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales” de 1999, que fue ratificado por España el 3 de enero de 2000, y que tiene como objeto asegurar una libre competencia, no viciada por prácticas corruptas. Además, con la firma

³⁷ VILLORIA MENDIETA, M. y LÓPEZ PAGÁN, M. (2009), *Globalización, corrupción y convenios internacionales: dilemas y propuestas para España*, Documento de Trabajo 42/2009, Real Instituto Elcano.

³⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012.

del Convenio, se pretende evitar que empresas que incurran en prácticas comerciales indebidas y que no sean penalizadas en sus países de origen, cuenten con una ventaja indebida en el momento de realizar actividades económicas internacionales. En un mundo globalizado, esto tiene también un impacto beneficioso en las pequeñas y medianas empresas, que no tendrán por qué ser marginadas de los contratos internacionales si éstos son asignados transparentemente.

2) Siguen señalando dicho autores a las empresas, algunas de las cuales han entendido que el juego limpio es el fundamento del desarrollo económico y la productividad. Muchas de ellas se han incorporado al *Global Compact* del que hablábamos en el párrafo anterior o al *Partnering Against Corruption Initiative*, lanzado en el *World Economic Forum* por dirigentes empresariales del sector industrial en la reunión anual de Davos de enero de 2004.

3) Por último, señalan a las organizaciones de la sociedad civil, sobre todo *Transparency International* (TI) que ha impulsado múltiples iniciativas.

Y subrayan que todas ellas, en su conjunto, han conseguido generar una cierta percepción del problema, abriendo vías a su incorporación a la agenda política global.

III. PRINCIPALES CONVENCIONES Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES SOBRE ETICA PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Si bien es cierto que, como pusimos de relieve, no será hasta la década de los noventa cuando la exigencia de una ética pública se instale definitivamente en la agenda de organismos internacionales y nacionales, no lo es menos que desde entonces, y dada también la multiplicidad de actores que han hecho de este valor en la gestión pública un elemento esencial de la política pública, éstas son numerosas. Nosotros aquí, y dadas las limitaciones de espacio, nos ceñiremos a las iberoamericanas, dado el carácter de esta revista, y a las europeas.

1. Iniciativas Iberoamericano sobre Buen Gobierno: especial referencia al Código Iberoamericano de Buen Gobierno

Sin desconocer el importante trabajo que Naciones Unidas ha hecho sobre este tema³⁹, o la OCDE a la que antes hacíamos referencia⁴⁰, en el ámbito iberoameri-

³⁹ Y en el que es preciso destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que fue aprobada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General.

⁴⁰ Cabe destacar aquí que el modelo de infraestructura ética de la OCDE (*La ética en los servidores públicos*, 1997) se compone de ocho elementos: 1) El compromiso político, 2) El marco legal, 3) Los mecanismos de responsabilidad, 4) Los códigos de conducta, 5) La socialización profesional, 6) Las condi-

cano es de destacar que el Centro Latinoamericano para el Desarrollo (CLAD), y asimismo la Organización de los Estados Americanos (OEA⁴¹), han impulsado herramientas como el "Código Iberoamericano de Buen Gobierno"⁴² concebido como un instrumento para orientar a los Gobiernos a hacer de los servidores públicos agentes promotores de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas. El mismo fue aprobado en la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Montevideo el día 23 de junio de 2006, y ratificado por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno los días 4 y 5 de noviembre de 2006.

El Código⁴³, que se aplica a todos los altos cargos políticos y de carrera del Poder Ejecutivo, Directores de Entes Públicos y Directores Generales, parte de una definición de buen gobierno entendiendo por tal "*el que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, en su naturaleza interdependiente y universalidad, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho*".

ciones de servicio público, 7) Los organismos de coordinación, y 8) La participación y escrutinios públicos. A su vez estos componentes se agrupan en tres funciones principales: Control, Orientación y Gestión.

⁴¹ No se puede desconocer la aprobación, por la OEA, en 1996 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), un instrumento vinculante por el cual los países que lo firmaron asumieron el compromiso de establecer en sus respectivos territorios las medidas necesarias para luchar contra la corrupción, reformas legislativas con el objetivo de coordinar de forma multilateral las distintas iniciativas de lucha contra esta. La corrupción contemplada por la Organización de Estados Americanos en estos documentos es exclusivamente la corrupción que tiene lugar en la administración pública, no abordándose la corrupción en el sector privado. Y en orden a su prevención y sanción la Convención potencia, junto a la tipificación armonizada de los actos de corrupción (art. VI) y el soborno internacional (art. VIII), la inserción de una figura delictiva específica en los ordenamientos internos –el "enriquecimiento ilegítimo", consistente en "el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él" (art. IX); etc.

⁴² Puede consultarse el mismo en <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/codigoiber.pdf/view>. Comentarios sobre éste, amén del trabajo ya citado de VILLORÍA y LÓPEZ PAGÁN, pueden verse GARCÍA DELGADO, D., (2006): Código Iberoamericano de Buen Gobierno. CLAD. "Comentarios al Documento". Instituto Provincial de la Administración Pública y GERPE CEVALLOS, S. SANGUINETI VEZZOSO, M. (2008), "Orientaciones para la transformación del Estado: el código iberoamericano de buen gobierno" *Quantum: revista de administración, contabilidad y economía*, Vol. 3, N° 1, 2008, págs. 23-34

⁴³ Para VILLORIA y LÓPEZ PAGÁN, op. cit., pág. 13 el Código se inserta en una doble tradición. Por una parte, la búsqueda de una ética universal que sea fruto de un consenso en los principios y valores básicos de la convivencia global, consecuencia de un diálogo de civilizaciones respetuoso de la pluralidad cultural y social de los diversos pueblos del planeta. Por otra, en las tendencias universales promotoras de la construcción de códigos deontológicos o de conducta que guíen el ejercicio correcto de las diversas prácticas profesionales. Bien que advierten dichos autores que no se tienen noticias de que el Código haya sido plenamente incorporado a las prácticas internas de los países firmantes.

Para su consecución se establecen cuatro principios básicos:

1. El respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana.
2. Búsqueda permanente del interés general.
3. Aceptación explícita del Gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y ciudadanas y de los pueblos.
4. Respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la justicia social.

Y unos valores que se han de priorizar en el ejercicio de funciones públicas, a saber: objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género, protección de la diversidad étnica, cultural y medio ambiente.

Partiendo de dichos principios y valores, el Código articula reglas de conducta como forma de contribuir a su consecución. En concreto se contienen las siguientes: reglas destinadas a la forma democrática del ejercicio del gobierno⁴⁴; las que se refieren a la ética gubernamental⁴⁵; y, por último, las estrictamente vinculadas a la gestión pública⁴⁶.

⁴⁴ En este concreto aspecto se detallan distintas reglas: promover, reconocer y proteger los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos y los pueblos, evitando toda actuación que pueda implicar discriminación; perseguir siempre la satisfacción de los intereses generales; Impulsar el debate político con transparencia, información adecuada y participación; sometimiento a la Ley y al Derecho; procurar que los cargos del Poder Judicial sean ocupados por juristas con trayectoria, honestidad probada e independencia acreditada; promover normas de funcionamiento político que impliquen igualdad, independencia de decisiones de los cargos, transparencia de ingresos y gastos, sanción equitativa de incumplimientos, protección de los mecanismos de control; Respetar y garantizar la independencia de los órganos electorales; promover la igualdad de derechos y oportunidades de género; Combatir la pobreza y la exclusión; Propiciar el reconocimiento de los derechos de los pueblos, etc.

⁴⁵ Al respecto se detallan la de evitar el uso abusivo del poder; la abstención de toda actividad privada que pueda constituir un conflicto de intereses con su cargo político y comprometerse a que el desempeño de otros cargos no comprometa el ejercicio eficaz de sus funciones.; someterse a las condiciones y exigencias previstas para el resto de los ciudadanos y no aceptarán ningún trato que signifique un privilegio; rechazar regalos que puedan condicionar sus acciones; No influir en la agilización de un trámite sin causa justificada; Ejercer sus competencias de acuerdo a los principios de buena fe y dedicación al servicio público y responsabilizarse Se de sus decisiones; Evitar el uso indebido de la información; etc.

⁴⁶ Se subrayan las siguientes reglas: actuar de acuerdo a los principios de legalidad, eficacia, celeridad, equidad y eficiencia y vigilarán la consecución del interés general; Garantizar el ejercicio del derecho de los ciudadanos sobre los servicios públicos; Garantizar la gestión pública centrada en el ciudadano; Fomentar la participación ciudadana en el proceso de las políticas públicas; Austeridad en el manejo de los recursos públicos siendo un ejemplo en el ejercicio de sus funciones; fomentar la profesionalización de la gestión pública; Promover el trato adecuado, digno y respetuoso de los funcionarios; Promover una administración receptiva y accesible, lenguaje claro y comprensible. Garantizarán la protección de datos personales y la conservación y orden de los documentos oficiales; etc.

2. Declaraciones y recomendaciones europeas: especial referencia a las medidas en el ámbito administrativo

En el ámbito europeo han destacado, entre otras, dos instituciones en la lucha por la consecución de los objetivos a que venimos haciendo referencia, a saber: el Consejo de Europa y la Comisión Europea.

En cuanto al primero, desde la década de los noventa y en concreto desde 1997, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó veinte principios directores que habían de constituir una guía de lucha contra la corrupción y comenzó los trabajos para elaborar un instrumento normativo que permitiese garantizar el cumplimiento de los mismos⁴⁷. Es de reseñar que la mayor parte de estos principios han sido incluidos en los convenios europeos relativos a la lucha contra la corrupción, como el Convenio contra la corrupción con la implicación de funcionarios, de 15 de diciembre de 1998⁴⁸.

Tan solo un año después, en 1998, el Comité de Ministros creó el GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción), al objeto de operativizar una evaluación mutua, entre los Estados, para determinar el grado de cumplimiento de los principios citados. Y en 1.999 se aprobó, asimismo, la Convención civil sobre la corrupción, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 9 de septiembre de 1999, y que entró en vigor en España el 1 de abril de 2010, con el objetivo de establecer los instrumentos del Derecho civil para la compensación de daños provocados por actos de corrupción. En la actualidad el GRECO está integrado por un total de cuarenta y ocho Estados europeos, dentro los cuales están los veintiocho Estados miembros de la UE, y a los que se suma también los Estados Unidos de América.

El Convenio criminal contra la Corrupción del Consejo de Europa, suscrito por España en 2005, pretende lograr el establecimiento de unos estándares comunes en relación a los crímenes de corrupción, aun cuando, como indican VILLORIA y LÓPEZ PAGÁN en la obra ya citada, no establece una definición formal ni uniforme de corrupción.

⁴⁷ Los veinte principios rectores, además de cuestiones penales, civiles y relacionadas con la función pública, recomiendan también unas medidas de interés a nuestros efectos:

- a) Asegurar que la legislación fiscal deniegue la desgravación fiscal de las comisiones ocultas ligadas a los delitos de corrupción (principio 8).
- b) Promover la adopción de códigos de conducta de los representantes electos y de normas sobre la financiación de partidos políticos y campañas electorales que detecten la corrupción (principio 15).
- c) Asegurar que los medios de comunicación tengan libertad de recibir y difundir información sobre asuntos de corrupción (principio 16).

⁴⁸ Puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l33027>

Interesa destacar, asimismo, y en torno a la labor que el Consejo de Europa ha desarrollado que, en el año 2000, el Consejo aprobó un Código de conducta modelo para servidores públicos (Recomendación (2000) 10, de 11 de mayo de 2000, aprobada en la 106 sesión del Comité de Ministros)⁴⁹. En 2003, asimismo, se aprobó la Recomendación sobre normas comunes contra la corrupción en el financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales, adoptada por el Comité de Ministros el 8 de abril de 2003.

Y como muestra de esta labor muy activa en la lucha por la realización material de normas de conducta ética tan solo unos años después, en 2007, el propio Consejo aprobó la Recomendación CM/Rec (2007) sobre buena administración, que abarca tres temas de especial interés: el Código modelo en buena administración, el derecho a la buena administración y los principios de buena gobernanza⁵⁰.

En el ámbito local es de sumo interés poner de manifiesto lo recogido en el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, en cuyo preámbulo se reconoce estar “*profundamente preocupado por el aumento del número de escándalos judiciales en los que están implicados representantes políticos que han cometido delitos en el desempeño de su cargo y teniendo en cuenta que los representantes locales y regionales electos no son ajenos a dichos delitos; y convencido de que la promoción de códigos de conducta para los representantes locales y regionales electos permitirá crear confianza entre los políticos locales y regionales y los ciudadanos*”. Dicho Congreso se hizo eco de las Recomendaciones nº 60 y 86 aprobadas ya en 1999, y que pretendieron inspirar los comportamientos de las autoridades locales en relación con la “ética política”, como garantía de su calidad democrática y de su eficacia. En este sentido, este Congreso aprobó el “Código Europeo de Conducta para la integridad política de los representantes locales electos”, alentándose la redacción de códigos de conducta para los representantes locales como instrumentos que permitirán salvaguardar la confianza entre los políticos y los ciudadanos,

⁴⁹ Dicho Código se preocupa de distintas cuestiones: resalta la importancia de la legalidad en la actuación pública y en la necesidad de favorecer la objetividad y la imparcialidad en el ejercicio de los cargos públicos; regula las situaciones de posible conflicto entre las órdenes dadas y la legalidad, abriendo vías para la denuncia de órdenes ilegales o para la consulta de situaciones dudosas, insistiendo en la necesaria protección del que denuncia de buena fe; define los conflictos de interés y promueve la declaración de cualquier conflicto por parte del servidor público afectado; establece normas de incompatibilidades, incluso con el ejercicio de actividades políticas; articula normas de actuación en caso de ofertas indebidas; recoge la obligación de confidencialidad con la información pública que así esté catalogada; y regula la salida del servicio público para evitar ventajas indebidas.

⁵⁰ El Código se basó en el *European Code of Good Administrative Behaviour*, de la UE, aunque ciertamente proclama, a diferencia del anterior, algún principio de interés como el principio de participación y el de privacidad, no incluidos expresamente en el Código de la UE. Sí hace referencia, siguiendo al anterior, al principio de respuesta en tiempo razonable, de imparcialidad y de seguridad jurídica y establece toda una serie de reglas básicas de procedimiento administrativo

indispensable para que aquellos que tengan que desempeñar sus funciones puedan hacerlo de forma eficiente.

Por su parte, la Unión Europea ha priorizado la lucha contra la corrupción mediante una actuación prolífica con la realización de diversas y múltiples iniciativas dirigidas a fortalecer la ética pública y erradicar conductas corruptas⁵¹. Esta preocupación, orientada a garantizar un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (artículo 29 del Tratado de la Unión), se ha materializado sucesivamente en distintos instrumentos, entre los que destacamos el Convenio de 26 de julio de 1995 sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad y dos Protocolos al mismo y el Convenio de 26 de mayo de 1997 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea. Asimismo, destaca la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), creada por Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999.

En cualquier caso, la conducta de la Unión Europea sobre esta materia descansa, como decimos, en distintos instrumentos pero, en lo que se refiere a la actuación de la Administración pública, me parece muy significativo destacar el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa y la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea. Y fruto de ambos instrumentos, la articulación del concepto “buena administración”, proclamada como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que recordemos, implica al menos según la dicción de ésta, el derecho a ser tratado imparcialmente, a ser escuchado antes de tomar medidas que le perjudiquen o a que la Administración justifique sus decisiones. Y respecto de la que, ciertamente su contenido, y basta repasar la literatura existente en cuanto a éste, tiende a ensancharse y, en la actualidad, dicho principio-derecho integra más aspectos que los referidos.

⁵¹ Múltiples iniciativas pueden subrayarse, en este sentido, entre otras: Comunicación COM (2011) 308 final, de 6 de junio de 2011, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y social Europeo, relativo a la lucha contra la corrupción en la Unión Europea.; Decisión de la Comisión, C (2011) 3673 final A, de 6 de junio de 2011, por la que se establece un mecanismo sobre la lucha contra la corrupción en la UE para la evaluación periódica de los Estados miembros.; Informe de la Comisión al Consejo, COMO (2011), COM (2011) 307 final sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Consejo de Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO); Comunicación de la Comisión Europea, de 28 de mayo de 2003, sobre una política global de la Unión Europea contra la corrupción; Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; El Informe de la Comisión al Consejo, de 18 de junio de 2007, basado en el artículo 9 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; etc.

Precisamente, y en base a dicho precepto, se aprobó como se refirió por el Parlamento Europeo en septiembre de 2001 el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, el cual establece y regula toda una serie de principios y derechos que deben ser respetados por las instituciones europeas, como el de legalidad, proporcionalidad, ausencia de discriminación y de abuso de poder, imparcialidad, independencia, objetividad, transparencia, derecho de los ciudadanos a las expectativas legítimas, a la consistencia y al consejo informado, a la justicia, a la cortesía, a ser oídos, a un tiempo razonable en la toma de decisiones, a ser contestados en la lengua del ciudadano (de las oficiales de la Unión), a ser informados de la recepción y el traslado a la autoridad competente de las quejas o comunicaciones, a fundamentar las decisiones, a que se les indiquen los recursos pertinentes frente a las decisiones, a la notificación adecuada, a la protección de datos personales y ser correctamente informado. Su aplicación, por demás, se fundamenta asimismo en unas normas éticas a las que se atiene la administración pública de la UE⁵².

Dichas normas se condensan en cinco principios de la función pública que, codificados por el Defensor del Pueblo Europeo, se expresan a continuación:

1. Compromiso con la Unión Europea y sus ciudadanos⁵³.
2. Integridad⁵⁴.

⁵² Su contenido puede consultarse en http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_146851_ES_code2005_es.pdf. Asimismo, respecto de éste, cabe recomendar la lectura de COBREROS MENDAZONA, E. (2002) “Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 64, págs. 237-248 y el trabajo de ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. (2008) “El Defensor del Pueblo Europeo y el Código de Buena Conducta Administrativa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 69, págs. 263-278

⁵³ Los funcionarios deben ser conscientes de que el objetivo de las instituciones de la Unión Europea es servir los intereses de la Unión y de sus ciudadanos en el cumplimiento de los objetivos de los Tratados.

Deben formular recomendaciones y tomar decisiones solo para servir estos intereses.

Los funcionarios deben desempeñar sus funciones de la mejor manera posible y esforzarse por cumplir, en todo momento, las normas profesionales más estrictas.

Deben ser conscientes de la función que cumplen en términos de confianza pública y dar un buen ejemplo a los demás

⁵⁴ Los funcionarios siempre deben comportarse con decoro y de forma impecable, adoptando en todo momento un comportamiento a prueba del escrutinio público más minucioso. Para cumplir esta obligación no basta con actuar simplemente dentro de la legalidad.

Los funcionarios no deben contraer obligaciones financieras o de otra naturaleza que puedan influir en el desempeño de sus funciones, incluida la aceptación de regalos. Deben declarar inmediatamente cualquier interés privado en relación con sus funciones.

Los funcionarios deben tomar medidas para evitar los conflictos de intereses y la apariencia de dichos conflictos. Deben actuar a la mayor brevedad posible para resolver todo conflicto que pueda surgir. Esta obligación se mantiene después de abandonar el cargo.

3. Objetividad⁵⁵.
4. Respeto hacia los demás⁵⁶.
5. Transparencia⁵⁷.

Desde su aprobación por el Parlamento Europeo en 2001, el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa se ha convertido en un instrumento fundamental para la aplicación práctica del principio de buena administración. Ayuda a los ciudadanos a comprender y exigir sus derechos, y fomenta el interés del público por conseguir una administración europea abierta, eficaz e independiente.

De otro lado, el Código ReNEUAL constituye el primer intento de elaborar un cuerpo normativo, susceptible de ser aprobado por el legislador de la Unión, que regule de manera general los aspectos fundamentales del procedimiento de elaboración de normas administrativas, decisiones y contratos por parte de la Comisión Europea, las agencias y demás órganos que integran la Administración de la Unión. Pero también ha sido concebido como un catálogo de mejores prácticas que pueda inspirar a los legisladores, administraciones y tribunales de los diferentes Estados miembros. Y es que, la mayor parte de sus preceptos, han sido en general concebidos y diseñados para ser aplicados a toda Administración, no solo a la de la UE, y que pueden servir de base tanto a trabajos académicos centrados en el Derecho administrativo europeo como a los relativos al Derecho administrativo nacional (y «global»)⁵⁸.

⁵⁵ Los funcionarios deben ser imparciales, estar libres de prejuicios, guiarse por las pruebas y estar dispuestos a escuchar distintos puntos de vista. Deben estar dispuestos a reconocer y corregir errores.

En los procedimientos que conllevan una evaluación comparativa, los funcionarios deben basar las recomendaciones y decisiones únicamente en los méritos y en otros factores que establezca expresamente la ley.

Los funcionarios no deben discriminar ni permitir que su simpatía o antipatía por una persona en concreto influya en su conducta profesional.

⁵⁶ Los funcionarios deben actuar respetándose mutuamente y respetando a los ciudadanos. Deben ser educados, atentos, diligentes y serviciales.

Deben hacer todo lo posible por comprender lo que dicen otras personas y por expresarse de una manera clara y sencilla.

⁵⁷ Los funcionarios deben estar dispuestos a explicar sus actividades y a motivar sus acciones.

Deben mantener registros adecuados y valorar de forma positiva el hecho de que su conducta, incluido el cumplimiento de los principios de la función pública, esté sometida a examen público.

⁵⁸ Puede consultarse, respecto de ésta, una obra pionera *Procedimiento administrativo europeo* (Dir. José Eugenio Soriano García), Civitas, 2012; el trabajo de IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2015): “La Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea en *ECJ Leading Cases*, año IV vol. II y, por supuesto, *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea* (Dir. Oriol Mir, Herwig C. H. Hofmann, Jens-Peter Schneider, Jacques Ziller), INAP, Madrid, 2015.

Especialmente significativos resultan el *Libro III*, relativo a las *decisiones administrativas sobre casos concretos*, y el *Libro IV*, relativo a los *contratos* celebrados por la Administración de la Unión y las novedades que el mismo contiene.

IV. LAS MEDIDAS POR MEJORAR LA ÉTICA PÚBLICA Y LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD EN ESPAÑA

1. Antecedentes en el Ordenamiento Jurídico Español

Como antecedente más remoto, tras la Constitución de 1978⁵⁹, de la adopción de medidas para la mejora de la ética pública, puede situarse el establecimiento de regímenes de incompatibilidades para Altos Cargos y empleados públicos que se reguló por primera vez, en el caso de los Altos Cargos, en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, y que surgió con la finalidad de garantizar la independencia y la imparcialidad de los altos cargos en el ejercicio de sus funciones, y con la que, según rezaba su exposición de motivos, se cubrían vacíos y se establecían unos principios más progresistas en materia de incompatibilidades que los expuestos en la Ley 20/1982, de 9 de junio, de incompatibilidades en el sector público, además de evitar "*toda posible colisión de intereses, no sólo en las relaciones del sector público con el privado, sino también entre esferas distintas de aquél*".

En el caso de los empleados públicos, será la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, la que contiene la nueva regulación de las incompatibilidades para los empleados públicos. Dicha Ley parte, como principio fundamental, de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia⁶⁰.

⁵⁹ Y es que, como ha puesto de relieve, ORDOÑEZ SOLÍS, D., (2016), "Ética y buen gobierno en las administraciones españolas", *Actualidad Administrativa*, nº 11.

"Esto se debe en gran medida a la propia evolución de la vida pública que durante el franquismo confundió interesadamente y se ocultó bajo una retórica de valores religiosos o pretendidamente nacionales. Estas circunstancias propiciaron una fundada desconfianza visible en la abolición constitucional y legal de los tribunales de honor. Consolidada la democracia, la introducción de códigos éticos para los políticos, altos cargos y empleados de las administraciones no está dando resultados. Por una parte, se está produciendo una juridificación de lo ético, en los denominados Códigos de Buen Gobierno, con una efectividad muy limitada por no decir nula".

⁶⁰ La misma fue objeto de desarrollo por el R.D. 598/1985, 30 abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes

Volviendo al régimen de los cargos superiores de la Administración, que es el conjunto normativo que ha sufrido mayores vaivenes, es de resaltar que la Ley de 25/1983, de incompatibilidades de altos cargos sufrió distintas modificaciones a lo largo de prácticamente una década⁶¹, y fue derogada por la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del gobierno de la nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que optó por una técnica de delimitación subjetiva diferente a la ley anterior, ya que recurrió a criterios objetivos para la definición del alto cargo, al enumerar aquellos a los que se atribuye tal condición y considerar también como alto cargo a los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en la Administración General del Estado cuyo nombramiento se efectuara por decisión del Consejo de Ministros.

Esta Ley de 1995 consagró, como principio general en la materia, el de la incompatibilidad absoluta con cualquier actividad pública o privada, retribuida o no, pero además constituyó, por vez primera, un registro de actividades y el registro de bienes y derechos patrimoniales, gestionados ambos por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública. Lo que ayudó a perfeccionar el régimen sancionador y reforzar las funciones de control.

Como no podía ser de otra forma, en el régimen de los altos cargos, incidió la aprobación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Si bien la Ley 12/1995 mantuvo su vigencia hasta su derogación por la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, que se propuso perfeccionar el régimen jurídico de la actuación de los altos cargos, mediante el establecimiento de una regulación más completa que la anterior, introduciendo cautelas y nuevas exigencias en garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo.

Con esta idea profundizó en el control parlamentario previo al nombramiento de los titulares de determinados puestos e incrementó el control sobre los intereses patrimoniales que pueda tener el alto cargo y su esfera familiar; extendió, asimismo, el régimen de incompatibilidad al desempeño de actividades privadas tras el

⁶¹ En efecto, dicha norma fue modificada por la Ley 9/1991, de 22 de marzo, por la que se modifican determinados artículos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de altos cargos; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local; de la Ley de contratos del estado, y de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores. La reforma operó una modificación de los artículos 1, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 25/1983, en relación con el ámbito subjetivo de la norma, los deberes de inhibición y abstención, las obligaciones de declarar en el registro de intereses correspondiente las actividades y bienes patrimoniales y las funciones de control de la inspección general de servicios de la administración pública.

cese del alto cargo; creó la oficina de conflictos de intereses como órgano dotado de plena autonomía funcional en el desempeño de sus atribuciones y reforzó el régimen sancionador, asociando penalizaciones efectivas al incumplimiento de las previsiones contenidas en la ley.

Bien es cierto que, en cuanto a Códigos de Conducta, no sería hasta febrero de 2005 cuando se aprueba, en el ámbito estatal, el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que contenía unos principios básicos, otros éticos y unos principios de conducta a fin de guiar la actuación de éstos a similitud de lo establecido en la OCDE. Sin embargo, dicho Código tenía un ámbito de aplicación muy reducido. Tenía un carácter meramente orientador y carecía de eficacia coactiva alguna ya que no se establecía sistema de evaluación y seguimiento. Y las medidas contempladas eran de tono menor, a saber: la única medida establecida para comprobar su cumplimiento era un Informe anual para el Consejo de Ministros emitido por el Ministro sin que tuviera, o al menos no se explicita, consecuencia o publicidad alguna.

Con posterioridad la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los Conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, enmendará el error cometido en 2005 y, de esta forma, la misma establece un régimen sancionador que queda bajo la supervisión de unos órganos de gestión, vigilancia y control.

Un segundo hito, en cuanto a Códigos de Conducta en este caso referido a los empleados públicos, lo constituirá el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007. Esta norma, de carácter básico, y por tanto de aplicación a todos los empleados públicos, por primera vez incluyó el código de conducta de los empleados públicos, contenido en el Capítulo VI del Título III, y que establece un conjunto de principios genéricos a los que denomina deberes⁶², doce principios éticos⁶³ y

⁶² De esta forma, en el artículo 52 establece que “Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres...”

⁶³ De esta forma, el artículo 53 dispone:

1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.

2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.

otros once a los que denomina de conducta⁶⁴.

3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.

4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.

7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.

8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.

9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.

10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.

11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

⁶⁴ En efecto, el artículo 54 detalla que:

1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.

2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier

otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.

3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.

4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.

No queda nada claro⁶⁵. Lo cierto es que, como ha puesto de relieve SÁNCHEZ

7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.

8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.

9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.

10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.

11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

En efecto, el artículo 54 detalla que:

1. Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.

2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.

3. Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.

4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

5. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación.

6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.

7. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

8. Mantendrán actualizada su formación y cualificación.

9. Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.

10. Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.

11. Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.

⁶⁵ Y es que, como ha puesto de relieve MARTÍN MORENO, J.L., (2015), “Ética y Derecho en el siglo XXI: acuñación del Ethos-Areté como moneda de curso legal”, *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*. n.º 2 “... La confusión a la que vengo refiriendo es notable. Según el Código, resulta que los “principios básicos” son “principios éticos” y “principios de conducta” que después se desarrollan bajo ese enunciado.... Y se pregunta ¿Pero acaso no son principios jurídicos la objetividad, neutralidad, eficacia... según se desprende del art. 103 de la Constitución Española?

MORÓN⁶⁶, se trata de cláusulas genéricas y con un carácter meramente informador. Es verdad que el artículo 52 *in fine* proclama, sin detallar el alcance de dicha declaración pues no se trata de tipos sancionatorios, que los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos, lo que le hace tener una efectividad, a juicio de este autor, muy limitada por no decir nula⁶⁷.

Si se puede ser crítico con el alcance de dicha normativa, por su escasa o inexistente eficacia, no es menos cierto que la misma empezó a denotar otra sensibilidad a la mantenida hasta ese momento. JIMÉNEZ ASENSIO lo ha puesto de manifiesto indicando que *“No obstante cabe añadir que la cultura política «continental» ha sido, por lo común, bastante ajena a este tipo de instrumentos. Estos Códigos, en efecto, han tenido escasa presencia en las Administraciones Públicas del continente europeo (de matriz francesa), así como en sus diferentes niveles de gobierno. Tradicionalmente asentados en el mundo anglosajón (donde tienen un arraigo considerable), los Códigos Éticos o de Conducta han terminado, sin embargo, por trasladarse también al escenario político-institucional de los países continentales europeos o aquellos otros que se inspiran en esas tradiciones. No cabe duda que, al igual que se produce en otros contextos (Derecho de la Unión Europea en determinados ámbitos), la cultura anglosajona de lo público está también permeando la Administración continental y sus sistemas institucionales”*⁶⁸.

En cualquier caso, es preciso poner de relieve que, aun intentando crear una nueva cultura de lo público, no está de más recordar que para la eficacia de estos es preciso establecer mecanismos de evaluación, y exigencia de responsabilidades⁶⁹.

2. La Legislación Estatal de Transparencia y Buen Gobierno

Un punto aparte respecto de la situación existente en España hasta ese momento es la legislación que, a nivel estatal, se inaugura con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La Ley, como reza su propio título, regula tres grandes bloques de materias: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública, bloques que se engloban

⁶⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007). “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”. Valladolid: *Lex Nova*.

⁶⁷ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., (2016), “Ética y buen gobierno en las administraciones españolas”, op. cit.

⁶⁸ JIMÉNEZ ASENSIO, R., (2013), “Ética pública, política y alta administración”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* N^o, Págs. 46-67

⁶⁹ En opinión de VILLORIA MENDIETA, M. (2009), “La ética pública: conceptos y principios. Los conflictos de intereses y las incompatibilidades en la administración pública. El régimen disciplinario” en *Manual de Gestión de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*. Madrid: Ed. Tecnos. pp: 519-551, “los mejores códigos de conducta son aquellos que disponen de instrumentos de apoyo, control e investigación para hacerlos efectivos; aquellos que se crean junto a una comisión o comité independiente que los controla y que prevén consecuencias y sanciones para su incumplimiento resultan ser los más eficaces”.

dentro de la transparencia, y, por otro lado, los aspectos éticos del buen gobierno. Por obvias razones de espacio no haremos referencia al primer bloque, y nos centraremos en el Título segundo de la norma.

En efecto, la Ley dedica el Título segundo, compuesto por ocho artículos, al buen gobierno. Y este Código de buen gobierno, que hay que entenderlo completado con el Estatuto de los Cargos Públicos con posterioridad aprobado⁷⁰, es aplicable a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquélla—que es la única parte de esta Ley que entró en vigor de forma inmediata, pues el resto estaba diferido al mes de diciembre del año 2015— y se aplica a los altos cargos del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales (entre los que comprende a los miembros de la Juntas de Gobierno Local de éstas).

Lo cierto, sin embargo, es que tan solo se dedica estrictamente al buen gobierno un solo precepto, el dedicado a los principios. El resto de preceptos que componen este Título se ocupan, esencialmente, de establecer un régimen sancionador solventado, aunque a nuestro juicio tan solo de forma parcial, las ausencias que, en este concreto aspecto, ofrecía la legislación hasta entonces dictada.

En lo que respecta al buen gobierno, la idea que parece inspirar la norma es que los responsables públicos deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta⁷¹.

⁷⁰ En efecto, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado regula otros aspectos no contemplados en la norma analizada. La realidad es que, sin duda siendo un nuevo avance, lo óptimo hubiese sido haber procedido a regular en la misma norma todos los aspectos aprovechando para dar respuesta a algunas de las carencias que la norma que aquí se aborda presenta y de las que daremos cuenta seguidamente. Sobre todo cuando la norma abordar, entre otros aspectos, los conflictos de intereses y las incompatibilidades y contempla un régimen sancionador, remitido al procedimiento sancionador general, que se añade al existente en la Ley 19/2013 lo que puede incrementar la confusión y dañar la seguridad jurídica. Téngase en cuenta que se deroga el Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y las normas sobre conflictos de intereses.

⁷¹ Bien es cierto que ello puede, en algunos supuestos, ser una fuente de problemas. El Consejo de Estado en su Dictamen 707/2012, de 19 de julio sobre la propuesta de texto normativo, y sin perjuicio de reconocer que la Ley constituye igualmente un avance de extraordinaria importancia, al incorporar a una norma con rango de ley reglas hasta ahora enunciadas como principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica, estableciendo además un régimen sancionador al que habrán de someterse todos los responsables públicos, ya advirtió que “(...) la traslación al ámbito jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática (...) la observancia de las normas morales o éticas descansa más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza de repulsa social que su incumplimiento pueda conllevar”. El Consejo de Estado pone el ejemplo del artículo 23.2 del anteproyecto, que no sanciona propiamente el incumplimiento pero sí se configura como una guía para la aplicación, indicando que ello puede perturbar

A estos efectos, se enumeran los principios del buen gobierno de las cosas públicas, a saber⁷²: la transparencia, la plena dedicación e imparcialidad, el cumplimiento de las incompatibilidades, la buena gestión económica y la sujeción al ordenamiento jurídico. Y se hace un especial hincapié en el cumplimiento de las normas sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y en la no obtención de ventajas por el hecho de ocupar el alto cargo o el cargo público⁷³.

Es de destacar, asimismo, que hay un expreso reproche para la falta de imparcialidad, tomar decisiones en asuntos en los que hay conflictos de intereses, o ejercer

gravemente la seguridad jurídica. Sigue diciendo, además, que aunque se respetan por lo general los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad de las infracciones y sanciones, en algunos casos específicos la regulación se compadece mal con el alcance de aquellos principios.

⁷² Es procedente, por lo explicativo que resulta, reproducir literalmente el artículo 26, que bajo la rúbrica «Principios de Buen Gobierno», tras disponer que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación observarán en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, contempla siete principios generales y nueve de actuación. Estos principios generales son: 1º Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general. Principios Éticos y Obligaciones para Garantizar la Transparencia y el Buen Gobierno. 407 2º Ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios. 3º Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular. 4º Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones. 5º Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos. 6º Mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección. 7º Asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente. Por su parte, los principios de actuación son: 1º Desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses. 2º Guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias. 3º Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento. 4º Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones. 5º No se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad. 6º No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se Principios Éticos y Obligaciones para Garantizar la Transparencia y el Buen Gobierno. 408 procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente. 7º Desempeñarán sus funciones con transparencia. 8º Gestionarán, protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación. 9º No se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.

⁷³ Necesariamente es de referencia, en este concreto punto, el trabajo de DESCALZO, A. “Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflicto de intereses”, en el volumen colectivo *Transparencia, Acceso a la Información y Buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (coord. por Guichot, E.), Tecnos, Madrid, 2014

poderes públicos cuando se está interesado particularmente, obtener ventajas personales o materiales⁷⁴, la falta de transparencia y aceptar regalos que excedan de los “usos habituales, sociales o de cortesía” o, por último, aceptar favores o servicios que se puedan calificar de ventajosos. Se establece expresamente que los obsequios de mayor relevancia deben pasar al patrimonio de la Administración de que se trate⁷⁵.

La realidad, sin embargo, es que los principios no suponen una gran innovación sobre lo ya existente. Bien es cierto que se avanza en su sistematización y en la priorización de lo que se entiende como más primordial e inexcusable en la conducta de los responsables públicos. Lo relevante, a los efectos del presente estudio, es que para garantizar la aplicación de los principios y obligaciones de buen gobierno, se establece un catálogo de infracciones y sanciones que operan en tres direcciones: conflicto de intereses, materia económico-financiera y régimen disciplinario⁷⁶. En este sentido, la norma se preocupa, sin duda del buen gobierno, pero por sobre todo de la “mala administración”.

Respecto del segundo grupo de cuestiones, las infracciones y sanciones, los arts. 27, 28 y 29 contienen las infracciones que, como ya hemos dicho, se clasifican en tres grupos. De este conjunto de preceptos, solo los dos últimos grupos –infracciones en materia económico-financiera y disciplinarias- contienen tipificaciones *stricto sensus*, ya que el primer grupo –conflicto de intereses- realiza una remisión a la normativa

74 Artículo 27. *Infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses.*

El incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de este título será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación.

75 Crítico con este aspecto fue el Dictamen del Consejo de Estado que se pronuncia estableciendo las siguientes consideraciones: “La última de las observaciones que se considera preciso realizar a este precepto tiene por objeto la regla contenida en el número 6 del apartado 2.b), que establece que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del título II de la Ley proyectada “no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que pueden condicionar el desarrollo de sus funciones”. El elevado grado de indeterminación de los términos en que está redactado este subapartado plantea numerosas dudas interpretativas, agravadas además por el hecho de que la conducta que a través de esta regla se intenta evitar guarda una notable similitud con algunas de las descritas en el Código Penal en materia de cohecho (artículos 420 y 422). De este modo, una conducta que en la legislación penal se encuentra tipificada como delito, con las consiguientes consecuencias punitivas, pasa a convertirse en el anteproyecto en un mero principio de actuación que se limita a servir como guía o elemento de graduación en la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en su título II (artículo 23.2). Teniendo en cuenta que la referida conducta posee un régimen específico en el Código Penal, no se acierta a comprender la utilidad de incluirla en el anteproyecto en términos parcialmente coincidentes pero no idénticos y sin que se asocie a tal conducta ninguna consecuencia sancionadora”.

76 Crítico con la inserción de las infracciones en materia económico-financiera y de conflicto de intereses en esta norma resulta DESCALZO, A., op. cit., pág. 253 y s.

que resulte de aplicación⁷⁷. Y solo las infracciones disciplinarias son las que tienen un cuerpo de infracciones completo, con infracciones muy graves, graves y leves que, ya lo adelantamos, no deja de ser asimismo problemática al haberse utilizado, en lo esencial, lo ya establecido para los empleados públicos en el régimen disciplinario de éstos.

En definitiva, la norma impulsa el exquisito cuidado que la gestión de los asuntos públicos -especialmente en materia económico presupuestaria- va a conllevar a partir de ahora. Y es que, junto a cuestiones un tanto dudosas como el título competencial que se emplea y el alcance de la norma, el ámbito subjetivo que especialmente en el nivel local es más que problemático⁷⁸, creo que lo más cuestionable es la indefinición que la norma establece para llevar a cabo la exigencia de responsabilidad en el caso de las entidades locales.

Y es que, si bien hay que rechazar otras posibilidades como sería situar esa exigencia de responsabilidad en otras administraciones distintas de la que se prestan los servicios, como hacía el texto del Anteproyecto de Ley, sí hubiese sido deseable la adopción de alguna decisión similar al ámbito estatal que atribuye la instrucción a la Oficina de Conflicto de Intereses⁷⁹. La realidad muestra que nada se ha realizado,

⁷⁷ En el ámbito estatal, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado se ocupa, entre otros aspectos, de los conflictos de intereses que constituyen otro conjunto de infracciones. Así el artículo 25 de la misma establece como infracción:

1. A los efectos de esta ley, y sin perjuicio del régimen sancionador previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se consideran infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley.

b) La presentación de declaraciones con datos o documentos falsos.

c) El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18 en relación con la gestión de acciones y participaciones societarias.

d) El falseamiento o el incumplimiento de los requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo.

2. Se consideran infracciones graves:

a) La no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello.

b) La omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley.

c) El incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta ley.

d) La comisión de la infracción leve prevista en el apartado siguiente cuando el autor ya hubiera sido sancionado por idéntica infracción en los tres años anteriores.

3. Se considera infracción leve la declaración extemporánea de actividades o de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el requerimiento que se formule al efecto.

⁷⁸ Con mayor claridad se expresa la Ley 19/2014, de Cataluña que establece en su artículo 2 que a los efectos de la presente ley, tienen la condición de altos cargos: b) Al servicio de la Administración local, los representantes locales y los titulares de los órganos superiores y directivos, de acuerdo con lo establecido por la legislación de régimen local.

⁷⁹ Aunque las soluciones aportadas no son satisfactorias totalmente la Ley Catalana en algunos altos cargos establece que la competencia para resolver el procedimiento corresponde, según lo establecido

en la mayoría de los municipios, sobre esta cuestión⁸⁰ y que la mayoría de las CCAA y EELL no disponen de un específico procedimiento para dar respuesta a las previsiones legales.

A estos efectos, la Disposición Final novena determina que los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley, toda vez que hay quien piensa que, tratándose de una obligación la tramitación de estos procedimientos y su resolución ante conductas infractoras acreditadas, no existiendo específico procedimiento previsto en la normativa estatal, autonómica o local para ello, pudiera tratarse de una de aquellas obligaciones para las que resulta posible adaptarse en el plazo de dos años mediante la pertinente modificación del ROM.

De esta forma, las declaraciones realizadas en esta norma dependerán, en su efectivo cumplimiento, de lo que PRIETO ROMERO ha venido en denominar “infraestructura ética” que garantice su cumplimiento. Desde luego algo se ha avanzado en el nivel estatal con las dos normas a que se ha hecho referencia, pero en el ámbito autonómico o local (si salvamos alguna excepción) hay una gran insuficiencia de medidas preventivas y reactivas para garantizar el cumplimiento de éstos⁸¹.

en el artículo 89.2 a un órgano colegiado integrado por la persona titular del departamento competente en materia de Administración pública, un representante de la Comisión Jurídica Asesora y dos juristas de reconocido prestigio designados por el Parlamento de Cataluña, no vinculados a ninguna Administración ni institución pública, salvo las universidades. Este órgano colegiado es designado al inicio de cada legislatura, ejerce sus funciones durante la misma y hasta nueva designación, y puede solicitar informes a la Comisión Jurídica Asesora.

⁸⁰ La propia Ordenanza Tipo de la FEMP aborda exclusivamente las cuestiones ligadas a la transparencia omitiendo cualquier referencia a este espinoso asunto. Y no hemos podido conocer, en la investigación realizada, ninguna ordenanza que contenga procedimiento alguno.

⁸¹ PRIETO ROMERO, C (2011). “Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno”, *Anuario de Gobierno local 2011*. Fundación democracia y gobierno local. pp. 347 indica que: “Cuando se analiza en detalle el contenido de los diferentes códigos existentes, se llega a la conclusión de que los principios éticos necesitan acompañarse de instrumentos tangibles que faciliten su aplicación en el día a día. Como se ha señalado en el estudio, los ejemplos más completos apuntan a la necesaria existencia de una “infraestructura ética”, es decir, a un conjunto de elementos tangibles del código que faciliten la aplicación de sus principios en la práctica.

Formarían parte de esa infraestructura ética, entre otros, aspectos tales como la previsión de técnicas de control, seguimiento y evaluación periódicas del cumplimiento del código; la atribución a un órgano o unidad de funciones específicas para realizar una actuación preventiva y continuada que impida o dificulte la aparición de comportamientos no éticos; el establecimiento de criterios y pautas concretas aplicables a procedimientos especialmente sensibles desde el punto de vista de la ética y la transparencia (contratación, subvenciones, convenios de colaboración, conflicto de intereses, etc.). Asimismo, formaría parte de esa “infraestructura ética” la rendición de cuentas (semestral o anual) ante el máximo órgano representativo, sobre el grado de cumplimiento del código y las medidas adoptadas para extender y mejorar su aplicación....

Siendo así, y en línea con ese carácter político del código ético, se observa cómo la práctica totalidad de los códigos analizados no incluyen mención expresa alguna a un catálogo de infracciones y sanciones,

3. La Normativa Autonómica y Local de Transparencia y Buen Gobierno

Junto a la normativa estatal que contempla el código de conducta, varias Comunidades Autónomas han desarrollado su propio código de conducta.

Ciertamente, la pionera, en este aspecto, fue la Xunta de Galicia que aprobó la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública de Galicia. Otras Comunidades Autónomas le han seguido desde entonces inspirándose en las recomendaciones internacionales de las que se ha dado cuenta (Navarra, Extremadura, Islas Baleares, Cataluña, Andalucía, etc).

Es de destacar que la mayoría de estas normas no tienen como único destinatario a los empleados públicos, sino que también proponen directrices para los miembros del gobierno. Y es que, en efecto, existe una cierta tendencia a elaborar códigos de conducta aplicables, tanto para los miembros del gobierno como a los funcionarios pertenecientes a la administración, en los que los valores éticos y de conducta aparecen mezclados y destinados a los dos ámbitos: político y administrativo. Desde mi punto de vista, aunque sí existen coincidencias comunes, lo cierto es que, en estos dos ámbitos también hay exigencias y ámbitos de actuación distintos que merecerían ser tratados específicamente. Nuestra Constitución es nítida al distinguir entre Gobierno y Administración y, la más elemental lógica, conduce a deslindar dichos ámbitos de la acción ejecutiva por contener aspectos y características singulares. Por otro lado, con excepción de la *Carta de Buenas prácticas de la Comunitat Valenciana* (2013), todos los códigos de conducta han adoptado forma de norma jurídica⁸².

En el ámbito local, los municipios pueden decidir entre elaborar su propio código o adherirse a uno ya existente que haya elaborado una institución superior como, por ejemplo, el caso valenciano o las iniciativas llevadas a cabo en este ámbito por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP, en adelante)⁸³.

para el caso en que los mismos sean vulnerados. Solo en algunos supuestos (por ejemplo, el caso del Código de la AGE) el código se remite a la decisión que pueda adoptar el máximo órgano político de la institución (Consejo de Ministros). Esto no impide, lógicamente, que muchos de los ilícitos que puedan ser cometidos al incumplir un código ético tengan su correlato jurídico, en forma de delito, falta o infracción administrativa, en la legislación correspondiente (Código Penal, normas disciplinarias, etc.). Esta relación estrecha entre los principios éticos y el Derecho positivo sancionador se deriva del hecho de que buena parte de los posibles incumplimientos de los principios éticos que incorporan los códigos pueden subsumirse en supuestos expresamente incluidos en la legislación penal o disciplinaria. Cuando esta relación no exista, el incumplimiento del código quedará seguramente inmune”.

⁸² Puede consultarse en <http://www.alicante.es/sites/default/files/documentos/normativa/texto-carta-buenas-practicas/carta-buenas-practicas.pdf>

⁸³ Y es que una singularidad del código valenciano consiste en que no es solo aplicable a nivel autonómico, sino que también puede ser adoptado por las entidades locales que lo soliciten y lo aprueben en

El código de la FEMP nació⁸⁴, a juicio de PRIETO⁸⁵, para "asistir a los municipios en la elaboración del código, principalmente a los más pequeños y dotados de una menor capacidad de gestión; facilitar que la mayor parte de los municipios puedan dotarse de ellos; promover la cooperación de diferentes entidades en el proceso de elaboración del texto; y, por último, fomentar la homogeneización en esta materia, evitando que se aprueben códigos con contenidos desiguales."

Muchos municipios se han adherido al código elaborado por la FEMP, aunque otros han decidido su elaboración autónoma (Madrid, Donostia, Murcia, etc). En todos, o casi todos, luce también, como en muchas de las normas autonómicas, un serio déficit: no se establecen adecuadamente los mecanismos para su cumplimiento efectivo. Falta la infraestructura ética precisa para que las previsiones establecidas en dichos instrumento sea efectiva.

V. CONCLUSIONES.

Como ha quedado expuesto mucho se ha avanzado en nuestro país en esta materia. Otra cosa es que lo hecho haya sido suficiente y el resultado no sea un conglomerado de normas éticas sin la infraestructura necesaria para hacerlas efectivas.

Y es que, si de verdad se pretende su cumplimiento, y creo que es lo que la sensibilidad social demanda, es preciso, junto a legislar ordenadamente sobre la materia y cohesionar las distintas responsabilidades en que se puede incurrir, lo que es notorio que no ocurre, traducir esos contenidos en garantías que puedan ser exigidos por la ciudadanía para que no queden sin efectividad alguna.

Cumplir y hacer cumplir las previsiones contenidas en la norma y que no queden en meras palabras y buenas intenciones, es la clave de la regulación efectuada y de lo que hoy reclama la sociedad española. Los sacrificios en esta etapa de todo tipo, soportados por una parte muy importante de la sociedad, han suscitado en la ciudadanía la necesidad de reclamar a los poderes públicos y a las instituciones, y básicamente a las personas que desempeñan los distintos cargos públicos, unos deter-

pleno. Esta iniciativa ha sido un éxito puesto que, desde su aprobación en 2013, más de cien ayuntamientos pertenecientes a la Comunidad Valenciana han decidido adherirse a esta iniciativa.

⁸⁴ Para lograr su objetivo, el código de la FEMP (2009) recoge un decálogo de principios que van desde el respeto al ordenamiento jurídico y el compromiso con la ética pública y la calidad democrática, hasta la defensa de los intereses generales con honradez, objetividad, imparcialidad, austeridad y cercanía a ciudadano.

⁸⁵ PRIETO ROMERO, C (2011). "Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno". *Anuario de Gobierno local 2011*. Fundación democracia y gobierno local. pp. 344.

minados comportamientos y formas de hacer. Se reclama, sin duda, mayor transparencia en la actuación de los servidores públicos y facilitar y hacer efectivo el derecho de acceso a la información; pero, en segundo lugar, y no en orden de importancia, sino más bien al contrario, se reclama también una buena praxis administrativa —un buen gobierno y una buena administración— que no siempre ha presidido el actuar de la dirigencia política. Y, por ello y para que sea efectiva, la existencia de cauces para exigir que esto sea así, en el convencimiento de que lo público es de todos y que la exigencia de su buen uso también corresponde a todos, no es un tema baladí.

Normas como a las que se ha hecho referencia en este trabajo sin esta variable, y por bien intencionadas que resulten, no creo que respondan a la sensibilidad social que existe en nuestro país que exige, además, garantías de cumplimiento. Mucho menos, o muy difícilmente, se alcanzarán los objetivos que se dicen perseguir, y puede terminar resultando un error de gran calado, si no facilitan de forma efectiva los objetivos de recuperación de la ética pública y los valores del servicio público que han sido abatidos en la percepción de la ciudadanía en estos últimos años.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Comentario de sentencias del Tribunal Supremo relativas a subvenciones que fueron concedidas por personas encausadas en el proceso penal de los ERE

Antonio Gayo Rubio

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN; II. PLANTEAMIENTO Y CONTEXTO. III. SOBRE LA CADUCIDAD DE LOS EXPEDIENTES DE REVISIÓN DE OFICIO. 1. Circunstancias del caso; 2. Artículo 49. 1 de la Ley 30/1992; 3. Fundamento de las sentencias. “Las circunstancias aconsejan” la ampliación; 4. Dos consideraciones generales más que contienen las sentencias acerca de los expedientes de revisión de oficio y sobre la ampliación de plazos; 5. Valoración. IV. ARTÍCULO 106 DE LA LEY 30/1992. LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO. 1. Circunstancias del caso; 2. Nulidad de pleno derecho de las subvenciones revisadas de oficio; 3. Límites de la revisión de oficio (artículo 106 Ley 30/1992) Transcurso de cuatro años; 4. Fundamentos de las sentencias; 5. Examen de los límites de la buena fe y del principio de confianza legítima. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado recientemente las sentencias de 21-XII-2016, 11-I-2017, 4-V-2017, 11-V-2017 y 13-VI-2017 que merecen ser comentadas por diversas razones.

En primer lugar, porque contienen un importante análisis de la estructura, alcance y efectos del artículo 106 de la Ley 30/1992 que establece los límites a la revisión de oficio y sobre el que no existía suficiente doctrina jurisprudencial hasta el momento.

En segundo lugar, porque la doctrina que sientan acerca de los artículos 102 y 106 de la Ley 30/1992 resulta plenamente aplicable a los artículos 106 y 110 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los que se regula actualmente la revisión de oficio de manera casi idéntica.

En tercer lugar, porque examinan los efectos de la declaración de nulidad de actos administrativos concretos como son las subvenciones, previstos en una norma

especial que es el artículo 36. 4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

En cuarto lugar, porque contienen también interesantes pronunciamientos acerca de la ampliación del plazo de resolución de los expedientes administrativos contemplada en el artículo 49. 1 de la Ley 30/1992 (actual artículo 32. 1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) así como sobre la caducidad de los expedientes de revisión de oficio, la cual no se produce por el transcurso del plazo establecido sin resolver y notificar a los interesados como el resto de expedientes administrativos en general, sino tan sólo por el transcurso de dicho plazo sin dictar la resolución que ponga fin al expediente.

Y en quinto lugar, estas sentencias merecen ser divulgadas porque permiten conocer el desenlace de un episodio del llamado escándalo de los ERE fraudulentos de Andalucía que, por haberse ventilado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no ha recibido el mismo tratamiento mediático que las resoluciones de los juzgados de instrucción o las operaciones policiales que abren a diario los noticiarios, como ha ocurrido también a lo largo de la instrucción penal seguida por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla en este caso.

Estas cinco sentencias contienen las primeras decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo acerca de la revisión de oficio por la Junta de Andalucía de las subvenciones concedidas ilegalmente durante el periodo 2000-2010 por quien ocupaba el cargo de Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y es el principal imputado en dicha causa.

Esta extraordinaria tarea de revisión de oficio, desarrollada a través de más trescientos expedientes, y que comenzó en el año 2012 con el fin de recuperar en torno a 92 millones de euros que salieron indebidamente de las arcas públicas autonómicas, comienza a verse confirmada al fin por el Tribunal Supremo que concluye, en contra de lo dispuesto por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la instancia, que los beneficiarios de las subvenciones ilegales tienen la obligación de devolverlas.

Por tanto, trascendiendo de la concreta doctrina que contienen acerca de la revisión de oficio y de la ampliación de plazos, el comentario de estas sentencias resulta especialmente obligado en un momento como el presente en el que tantos casos de corrupción se están descubriendo relacionados con las Administraciones públicas en nuestra patria y con ocasión de los cuales se inician diversas vías ante jurisdicciones diferentes.

Las sentencias vienen a demostrar con un ejemplo de plena actualidad que, sin perjuicio del resultado de las causas penales que puedan seguirse también por los mismos hechos y que son las que captan la atención de la masa, el Derecho administrativo es el que contiene los recursos ordinarios y más eficaces para recuperar en estos casos los fondos públicos defraudados, debiendo seguir conservando el Derecho penal para que sea verdaderamente útil su consideración de última *ratio*.

II. PLANTEAMIENTO Y CONTEXTO.

Tras descubrirse el llamado fraude de los ERE y denunciarse los hechos ante la jurisdicción penal, la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en el año 2012 inició una extraordinaria tarea de revisión de oficio de las subvenciones concedidas por Francisco Javier Guerrero Benítez durante el tiempo en que fue Director General de Trabajo y Seguridad Social pues se pudo comprobar que tales subvenciones habían sido concedidas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Las subvenciones concedidas con cargo a la famosa partida presupuestaria 31L, conocida en los medios como el “fondo de reptiles”, que fueron revisadas de oficio en virtud de las órdenes de la Consejería impugnadas en los recursos contencioso-administrativos cuyas sentencias se comentan, estaban siendo investigadas también a través de las Diligencias Previas 174/2011 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla.

Fueron tramitados más de trescientos expedientes de revisión de oficio que en su gran mayoría concluyeron mediante resoluciones en virtud de las cuales se declaró que las subvenciones eran nulas de pleno derecho por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62. 1 e) Ley 30/1992). Dichas resoluciones contenían también un segundo apartado en el que se acordaba que, en consecuencia, debía exigirse a cada beneficiario el reintegro de lo percibido en virtud de lo dispuesto en el artículo 36. 4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que dispone que: “*La declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas*”.

Muchas de las empresas que percibieron aquellas subvenciones acudieron a la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar las citadas resoluciones, cayendo el conocimiento de todos los recursos, excepto uno del que conoció la Sede de Málaga, en la Sección 1ª de la Sede de Sevilla de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Solamente la sentencia dictada en Málaga condenó a la beneficiaria a devolver la subvención.

El resultado de aquellos recursos contencioso-administrativos (más de cincuenta) fue siempre favorable para los beneficiarios recurrentes por dos motivos.

Por una parte, las sentencias recaídas en recursos en los que se enjuiciaron expedientes de revisión de oficio en que se acordó por la Consejería la ampliación del plazo para resolver al amparo del artículo 49. 1 de Ley 30/1992 declararon que los mismos habían caducado.

Otro grupo de sentencias estimaban parcialmente los recursos porque entendían que, si bien la subvención, en efecto, era nula de pleno derecho y, por tanto, la revisión de oficio debía ser confirmada, sin embargo, el segundo acuerdo que también contenían las resoluciones impugnadas mediante el que se acordaba que el beneficiario devolviese la subvención percibida, debía ser anulado con fundamento en el artículo 106 de la Ley 30/1992, porque “*los efectos de la nulidad declarada (que es imprescriptible) deben quedar atemperados por razones de seguridad jurídica*”.

III. SOBRE LA CADUCIDAD DE LOS EXPEDIENTES DE REVISIÓN DE OFICIO.

1. Circunstancias del caso.

El artículo 102. 5 de la Ley 30/1992, vigente cuando fueron tramitados los expedientes de revisión de las subvenciones, establecía un plazo de tres meses que resultaba muy breve para tramitar un expediente de la complejidad de la revisión de oficio. Además para hacerse una idea de la magnitud de la tarea de revisión de oficio que se llevó a cabo con ocasión del caso de los ERE debe comenzarse recordando, en primer lugar, que todas las subvenciones que tenían que revisarse habían sido concedidas por la misma Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, lo que significaba que la totalidad de las revisiones le correspondía a la actual Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, sobre la que recayó de repente una tarea extraordinaria adicional y muy urgente que debía afrontar con los medios que tenía asignados para la gestión ordinaria de los asuntos de su competencia.

Además debe tenerse en cuenta la existencia ya por aquel entonces de una “macrocausa” penal abierta por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla en la que se investigaba no sólo la concesión de estas subvenciones sino toda la actividad desarrollada por el citado Director General así como también investigaciones de la Cámara de Cuentas y procedimientos ante el Tribunal de Cuentas cuyos numerosos y frecuentes requerimientos de documentación también tenían que ser atendidos con apremio por el mismo personal de la Consejería.

Otra importante circunstancia que dificultaba la tramitación de estos expedientes es que no sólo había que recabar el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, sino también, el del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, de conformidad con el artículo 78. 2. e) del Reglamento de Organización y Funciones del

Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, que establece que habrá de ser consultado preceptivamente en “*expedientes para la revisión de oficio de disposiciones y de actos administrativos nulos*”. Su solicitud aun pudiendo ser suspendido el plazo de resolución por el órgano competente, supuso un consumo de plazos adicional del procedimiento.

Asimismo la falta de medios humanos disponibles y la complejidad en la notificación de muchas empresas ya desaparecidas o con cambios de domicilio, dado el tiempo transcurrido desde la concesión de las ayudas, motivó que en el caso de un número importante de expedientes fuese necesario incluso tramitarlos en dos ocasiones pues se dio la circunstancia de haber transcurrido el plazo de tres meses sin que hubiese recaído resolución.

Como medida extraordinaria se dictó incluso una Resolución del Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, encomendando a 22 funcionarios, en virtud del artículo 73.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, tareas de apoyo al Servicio de Ordenación y Coordinación Laboral para la instrucción de los expedientes de revisión de oficio relativos a las resoluciones dictadas por la extinta Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

2. Artículo 49. 1 de la Ley 30/1992.

Todo lo anterior justificaba sobradamente que se recurriese por la Consejería a la ampliación al amparo del artículo 49 Ley 30/1992 (actual artículo 32. 1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), que establece que “*La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados*”.

Conviene precisar que mientras la Ley 30/1992 exigía mayores requisitos para la ampliación al amparo del artículo 42. 6, pues en virtud del mismo era posible ampliar el plazo de duración de un expediente por un periodo igual al inicial ampliado, el artículo 49 es una norma que sólo permite la ampliación por un periodo que no supere la mitad del plazo que se amplía. En el presente caso no se aplicó el artículo 42. 6 pues el motivo de la ampliación no se encontraba en “*el número de las solicitudes formuladas*” (se trata de un expediente iniciado de oficio en el que no hay solicitudes) ni en el número de “*las personas afectadas*” (la única interesada en el expediente es la entidad beneficiaria de la subvención). Por ese motivo tampoco resultaba exigible

a la Administración que antes de recurrir a la ampliación del plazo habilítase “*los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo*”.

El artículo 49. 1 sólo exige: a) que no haya un precepto que lo impida (“*salvo precepto en contrario*”); b) que la ampliación del plazo “*no exceda de la mitad de los mismos*” (se ha ampliado por un mes y quince días); c) que se aplique “*si las circunstancias lo aconsejan*” (motivo que queda a criterio de la Administración); y d) si “*con ello no se perjudican derechos de tercero*”, extremo éste que ni siquiera había sido alegado por los beneficiarios recurrentes.

La Consejería consideró necesario ampliar el plazo de tres meses por otro mes y medio, resultando un plazo total de cuatro meses y medio. Los motivos empleados fueron tres, según los casos: a) “debido al volumen de expedientes de revisión de oficio que se tramitan en la Dirección General así como la necesidad de solicitar dos informes preceptivos para la resolución de dichos expedientes” (examinado por la STS de 21-XII-2016), b) por “las dificultades que ha encontrado esta Administración en la práctica de la notificación del trámite de audiencia, así como la obligación de peticiones de informes y dictámenes preceptivos” (examinado por la STS 11-V-2017), o bien c) “por coincidir el mes de agosto dentro del periodo establecido para resolver y notificar el presente procedimiento y tratarse de una época vacacional que dificulta el cumplimiento de los trámites de notificación y vista del expediente por parte de los interesados” (STS de 13-VI-2017)

Como se ha expuesto más arriba, sin embargo, ninguna de las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJA dictadas con anterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Supremo comentados en este artículo, consideró justificada la ampliación de los plazos acordada por la Consejería. La primera de las sentencias del Tribunal Supremo que aborda esta cuestión es la de 21-XII-2016 (recurso 312/2015, Sección Cuarta) y la misma no sólo declara que el expediente no estaba caducado sino que desestima en su totalidad el recurso interpuesto por la beneficiaria de la subvención, y obliga a devolver una subvención de 1.200.000 euros concedida en 2004 a una sociedad del entramado de empresas de la Sierra Norte de Sevilla – territorio en donde se concentró la mayor parte de las subvenciones concedidas ilegalmente- y cuyos propietarios eran también dos de los principales imputados en la causa penal, lo cual dio lugar a que se pronunciase también acerca de los límites a la revisión de oficio como luego será expuesto.

3. Fundamento de las sentencias. “Las circunstancias aconsejan” la ampliación.

Los argumentos ofrecidos ante el TSJA por la representación procesal de la Administración autonómica en los sucesivos procesos sustanciados para defender la

ampliación del plazo de duración del procedimiento fueron variados y en buena parte se encuentran recogidos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 21-XII-16, 11-V-17 y 13-VI-17.

Llama la atención la sencillez con la que el Tribunal Supremo, tras una exhaustiva argumentación, zanjó años de debate dando la razón a la Junta de Andalucía. En su fundamentación expone cuáles son los requisitos exigidos por el artículo 49 Ley 30/1992 para la ampliación, a continuación analiza la concreta motivación ofrecida en el expediente administrativo y por último concluye que la misma es suficiente no sólo por lo que en el acuerdo de ampliación se dice (“por la motivación expresada en el acto administrativo”), es decir, que se trata de “actuaciones y ayudas concedidas por la anterior Dirección general de Trabajo y Seguridad Social”, sino porque su titular -como recoge la sentencia que se indicó en el escrito de interposición (de recurso de casación) de la Junta de Andalucía- “es el principal imputado en el proceso penal que comúnmente se conoce como “caso de los ERE”. La sentencia para completar su decisión añade que dicha circunstancia goza de “notoriedad, que comporta una evidencia sabida por todos”. Para la sentencia del TS, “además de la motivación expresada en el acto administrativo” “resulta(n) de singular relevancia en este caso las referencias señaladas que enmarcan este caso y [que] llevan a la conclusión de que la ampliación del plazo está justificada y motivada”.

La motivación contenida en el acto reunía los elementos exigidos por los artículos 54. 1 y 49. 1 de la Ley 30/1992 que permiten conocer al interesado las concretas razones por las que se había acordado la ampliación del plazo, siendo el respeto de esta garantía el único objeto susceptible de control jurisdiccional. El único control que resulta posible en este caso es el que permite examinar si los motivos ofrecidos son acordes al fin legítimo del acto administrativo. La sentencia revocada, sin embargo, tras comprobar que el acto contenía una motivación concreta que exteriorizaba las razones que justificaron la decisión de ampliar, extendió indebidamente su revisión al contenido mismo de la decisión discrecional que está reservada por el legislador a la Administración que instruye el expediente, dejándole que sea ésta la que determine o aprecie cuáles son las “circunstancias que lo aconsejan”.

Como expone la sentencia de 21-XII-2016, “la citada norma señala como presupuesto de la ampliación que “las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero”. De modo que son las circunstancias del caso las que han de inspirar o determinar la ampliación del plazo y de ellas, naturalmente, ha de dejarse constancia en el acto administrativo que acuerda tal ampliación. Ni que decir tiene, dicho sea de paso, que la mercantil recurrida no puede invocar su condición de tercero afectado en sus derechos, porque es interesado en el procedimiento administrativo y no un tercero”. La sentencia se refiere a otra sentencia anterior del mismo Supremo, cuando dice: “En este sentido se viene pronunciando nuestra jurisprudencia, pues hemos considerado que se encontraba motivada la ampliación de plazos, en Sentencia de 18 de octubre de 2006

(recurso de casación nº 331/2004) cuando atendía, en un procedimiento sancionador, al “volumen y complejidad del expediente, que resulta de la abundante documentación unida al mismo (XXI tomos)”, que fue considerado por la sentencia como un “factor de suyo relevante”.

En el mismo sentido también se han pronunciado las Sentencias de 11-V-2017 (Recurso de casación 1824/15) y 13-VI-2017 (recurso de casación 288/2015), en las que se enjuiciaron otros acuerdos de ampliación basados en otros motivos pero que el Tribunal Supremo estimó ajustados a derecho por encontrarse adecuadamente motivados y por referirse también al caso de los ERE.

4. Dos consideraciones generales más que contienen las sentencias acerca de los expedientes de revisión de oficio y sobre la ampliación de plazos.

En primer lugar, en la STS 21-XII-2016 (FD Quinto) se aclara que el artículo 49 Ley 30/1992 permite la ampliación tanto del plazo total del expediente como de plazos de trámites concretos dentro del mismo, que fue otro motivo que permitió a la Sala TSJA estimar por caducidad los primeros recursos de los que conoció. *“QUINTO.- (...) la aplicación del artículo 49.1 de la Ley 30/1992 puede extenderse también al plazo para resolver, como hemos declarado en Sentencia de 20 de marzo de 2007 (recurso contencioso administrativo nº 348/2005) que desestimó un alegato similar al que esgrime la recurrida en casación y recurrente en la instancia, sobre su compatibilidad o no con el artículo 42.6 de la misma Ley, al señalar <<tal como propone el Abogado del Estado. No puede aceptarse la interpretación realizada por la actora respecto a que la posibilidad de ampliación de plazos contemplada en el artículo 49 de la Ley 30/1992 no pueda ser aplicada al plazo máximo de duración de un procedimiento. Ni tal exclusión se establece de manera directa y expresa en el precepto señalado (a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma de la Ley operada en 1.999), ni existen razones para deducirla en un análisis sistemático de la Ley. En efecto, la regulación específica para ampliar el plazo máximo de resolución y notificación de un procedimiento en el artículo 42.6 no obsta a la aplicación de la previsión genérica del artículo 49 al mismo supuesto, teniendo ambos preceptos un alcance diferente. Así, las condiciones para la aplicación del supuesto específico del artículo 42.6 son más estrictas y la ampliación puede alcanzar hasta un lapso de tiempo igual al del plazo máximo del procedimiento (artículo 42.6, párrafo tercero); por el contrario, la ampliación posible en aplicación de la previsión genérica del artículo 49 puede ser acordada por el propio órgano instructor y sólo puede llegar hasta la mitad del plazo ampliado (apartado 1).>>”*

En segundo lugar, la Sentencia de 11-V-2017 también precisa el cómputo de la caducidad en los expedientes de revisión de oficio que es diferente del resto de expedientes administrativos *“Es la fecha de la resolución, y no la de su notificación, la que determina la finalización del plazo de duración del procedimiento, y habiéndose dictado antes de superar el máximo, quedó enervado el efecto de caducidad del procedimiento. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 18 de marzo de 2008 (rec. cas. núm. 2699/2005), resal-*

tando la diferencia entre el régimen general de la caducidad previsto en el art. 44.1 de la LPAC, que establece que el transcurso del plazo máximo sin haberse dictado y notificado la resolución producirá la caducidad, y el del procedimiento de revisión, para el que rige lo dispuesto en el art. 102.5 de la LPAC, que anuda el efecto de la caducidad al transcurso del plazo máximo de tres meses sin haberse dictado la resolución”)

5. Valoración.

Las sentencias revocadas por el Tribunal Supremo obligaban a la Administración a tramitar de nuevo expedientes de revisión de oficio de ayudas millonarias de las que incluso existían indicios de haber sido obtenidas mediante la comisión de un delito y que, incluso asumiendo la tesis contenida en las sentencias revocadas, podrían entenderse caducados tan sólo por pocos días. Ello encuentra poca justificación si se tiene en cuenta que la acción de revisión de oficio por la Administración no prescribe y permitiría iniciarlos nuevamente cuantas veces fuese necesario.

Las sentencias del Tribunal Supremo tienen el enorme valor de haber apreciado todas las circunstancias que concurrían en el caso presente y que aconsejaban la ampliación del plazo de duración del expediente como prevé el artículo 49. El Tribunal Supremo da la razón a la Junta de Andalucía porque no considera posible sustraerse -como hicieron las sentencias recurridas- a las circunstancias tan extraordinarias que presentaba este “caso de los ERE” y que además de figurar en el mismo acto administrativo y de haber sido recordadas al tribunal en el recurso contencioso-administrativo son notorias. Y es que el caso ha creado suficiente alarma como para que se tenga en cuenta que a través del expediente se trataba de recuperar por la hacienda pública una subvención millonaria concedida por un antiguo Director General que se encuentra imputado por esos mismos hechos.

Y es que como se advertía a la Sala en el recurso de casación por la representación de la Junta de Andalucía, si en el caso enjuiciado no se consideraba que “las circunstancias aconsejan” la ampliación del plazo de resolución del expediente de revisión de oficio, difícil será encontrar (y esperamos que no tenga lugar de nuevo) otro supuesto de la realidad que justifique tanto su aplicación como el caso de corrupción que lamentablemente lo ha motivado descubierto en el seno de la Administración autonómica andaluza.

Precisamente, uno de los pocos cambios introducidos en la reforma del procedimiento administrativo por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se refiere a la duración del plazo para tramitar el expediente de revisión de oficio que ha pasado a ser ahora de seis meses (artículo 106. 5). Se ha venido así a reconocer por el propio legislador que el plazo de tres meses de la Ley 30/1992 (reforma de 1999) que regía cuando se

revisaron las subvenciones, y que la Junta de Andalucía consideró necesario ampliar, era notablemente insuficiente.

IV. ARTÍCULO 106 DE LA LEY 30/1992. LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO.

1. Circunstancias del caso.

Otras sentencias recurridas en casación que no declaraban la caducidad del expediente de revisión de oficio estimaron parcialmente los recursos en la instancia porque entendían que si bien la subvención era nula de pleno derecho el segundo acuerdo que también contenían las resoluciones impugnadas mediante el que se acordaba que el beneficiario devolviese la subvención percibida debía ser anulado con fundamento en el artículo 106 de la Ley 30/1992, porque *“los efectos de la nulidad declarada (que es imprescriptible) deben quedar atemperados por razones de seguridad jurídica”*.

Tales razones se encontraban en el transcurso de más cuatro años entre la fecha de obtención de las subvenciones y el inicio de los expedientes de revisión de oficio. El motivo empleado para anular el apartado que acordaba la devolución de la subvención era que *“tanto la Ley General de Subvenciones (artículo 39), como la Ley General Presupuestaria o la Ley de la Hacienda Pública Andaluza, establecen un plazo de cuatro años de prescripción, que ha sido superado con creces, por lo que los efectos de la nulidad declarada (que es imprescriptible) deben quedar atemperados por razones de seguridad jurídica”*.

En realidad de nada sirve que se confirme que una subvención es nula de pleno derecho y que su revisión de oficio es ajustada a derecho si se concluye que no hay que devolverla.

En la decisión de los recursos resueltos en instancia esta decisión se reiteró llegando a ser irrelevante incluso que se advirtiese por la representación procesal de la Junta de Andalucía al comienzo de los procesos judiciales que los propios beneficiarios recurrentes en algunos casos se encontraban imputados en la causa penal al igual que el Director General que concedió la subvención, o que en dicha causa penal se hubiesen impuesto a dichos beneficiarios importantes fianzas millonarias, a los efectos de demostrar que la revisión de oficio de las ayudas no era contraria al límite de la buena fe.

2. Nulidad de pleno derecho de las subvenciones revisadas de oficio.

Todas las sentencias recurridas coincidieron en que las subvenciones revisadas eran nulas de pleno derecho porque se habían dictado prescindiendo del procedi-

miento legalmente establecido (artículo 62. 1. e) Ley 30/1992). No se hicieron excepciones pues como se concluía en muchas sentencias de la Sala del TSJA la causa de nulidad era “inequívoca”. Las sentencias coincidían en que “la legalidad ha quedado gravemente afectada” y que “se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” pues “es lo cierto que ni existió solicitud de ayuda y las resoluciones de concesión (...) se han adoptado sin procedimiento alguno”.

La declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo se caracteriza por producir efectos *ex tunc*, porque el acto nulo nunca produce efectos. En cambio, la anulabilidad produce efectos *ex nunc*, es decir, a partir del momento en que se declara, siendo válidos los efectos producidos hasta ese momento. En el caso de actos nulos de pleno derecho, la aplicación de los límites del artículo 106 impide la revisión en sí del acto pero, desde luego, no permite la restricción tan sólo de los efectos de la revisión de oficio. Ello se debe a que los actos nulos de pleno derecho se diferencian de los actos meramente anulables en que no resulta posible su subsanación y en la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad.

3. Límites de la revisión de oficio (artículo 106 Ley 30/1992) Transcurso de cuatro años.

Afirma la jurisprudencia (Sentencias de 13 y 27-III-2012 y 17-I-2006) que el ordenamiento jurídico español contempla en el artículo 106, junto a la revisión de oficio del artículo 102 LPC, “una solución contraria a la efectividad de la nulidad y que debe ser aplicada en función de las circunstancias presentes en cada caso”, y que encuentra su fundamento en dos exigencias contrapuestas que en dichas sentencias se concretan: “*el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tiene valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguarda de la seguridad jurídica y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derecho a favor de terceros*”.

Es importante aclarar algo que puede pasar por alto en la lectura del artículo 106 de la Ley 30/1992 pero que ayuda a la hora de interpretarlo y es que en su estructura se distinguen por un lado una serie de presupuestos (“*por prescripción de acciones, el tiempo transcurrido u otras circunstancias*”) que justifican a su vez la aplicación de los “límites” propiamente dichos al ejercicio de las facultades de revisión que se enumeran

de forma tasada también en el precepto (que “*su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*”).

La mera prescripción de acciones a la que se alude en las sentencias revocadas por el Tribunal Supremo no es un “límite” a las facultades de revisión sino un “presupuesto” que, de apreciarse, permitiría valorar si en el caso concreto concurren o está justificada la apreciación de alguno o algunos de los “límites” propiamente dichos al ejercicio de las facultades de revisión de oficio.

En los casos en los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo con ocasión de las subvenciones revisadas por la Consejería de Empleo lo que era evidente es que no se había podido producir ni siquiera el presupuesto de la prescripción de las acciones de revisión que se mencionaba, por dos motivos. En primer lugar porque la acción de revisión por nulidad es imprescriptible (artículo 102. 1 Ley 30/1992 y artículo 106. 1 Ley 39/2015) y, en segundo lugar, porque en cualquier caso, el plazo de prescripción comenzaría a computarse desde que la nulidad fuese declarada y se pudiese exigir el reintegro correspondiente.

En cualquier caso, deja claro el Tribunal Supremo que el transcurso de un plazo de cuatro años tampoco es una circunstancia que permita apreciar la existencia de un límite a la revisión de oficio y, en segundo lugar, que el tribunal de instancia tenía que haber razonado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarado.

Y como se ha dicho con anterioridad, si por un lado se confirma la nulidad de la subvención difícilmente se puede suprimir el único efecto que la misma ha producido y que es su percepción por el beneficiario.

4. Fundamentos de las sentencias.

Expuesta en síntesis la doctrina del Tribunal Supremo sobre la aplicación de los límites del artículo 106 Ley 30/1992, por su enorme claridad resulta oportuno reproducir los términos exactos en los que se pronuncia la Sentencia de 11-I-2017 (recurso 1934/2014) Mediante aquella revisión de oficio se declaró la nulidad de una subvención a otra empresa por importe de tres millones de euros.

“SEGUNDO. (...) Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, hay que tener en cuenta que el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión en supuestos excepcionales, al disponer que <<las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo

transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes>>.

En definitiva, si de un lado en el artículo 102 de la ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el artículo 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores.

Ahora bien, la correcta aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992, como ya dijimos en la STS nº 1404/2016, de 14 de junio de 2016 (rec. 849/2014), exige <<dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u "otras circunstancias"); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes>>.

Es por ello que la jurisprudencia ha sostenido que <<la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre particulares" (STS de 17 de enero de 2006). Y también hemos señalado que este límite opera tan solo cuando "el ejercicio de la facultad de revisión que pretende hacer valer la parte actora se presenta contrario a la buena fe y como tal no merece ser acogida la postura de quien consciente y voluntariamente difiere de forma tan exagerada las posibilidades de reacción que siempre tuvo a su disposición, estando prevista la aplicabilidad de dicho artículo 106 precisamente como adecuado complemento para evitar que la ausencia de un plazo para instar la nulidad pueda ser torticeramente utilizada en actuación contraria a la buena fe>>, tal y como señala la STS de 1 de julio de 2008 (rec. 2191/2005).

TERCERO. En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia confirmó la Orden de 21 de febrero de 2013 del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo en lo referente a la revisión de oficio y consiguiente declaración de la nulidad de las ayudas concedidas en su día por la Junta de Andalucía a la empresa, al entender que la subvención se habían otorgado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El Tribunal de instancia llega a calificar dicha nulidad de "inequívoca" por no haber existido ni la solicitud de ayuda ni su aceptación y por cuanto la Administración eludió todos los trámites de la Ley General de Subvenciones previstos para su concesión y gestión, afectando dicha nulidad a los posteriores Convenios para materializar el pago.

La sentencia, sin embargo, invocando razones de seguridad jurídica, aplicó el art. 106 de la Ley 30/1992 y anuló el apartado segundo de dicha Orden en la que se acordaba iniciar el procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas. A tal efecto, consideró que el plazo de cuatro años de prescripción para la restitución de la ayuda, previsto tanto en la Ley General de Subvenciones (art. 39) como en la Ley General Presupuestaria o la Ley de Hacienda Pública Andaluza, había sido superado desde la fecha del último pago el 5 de junio de 2007, por lo que los efectos de la nulidad declarada debían quedar atemperados.

Varias son las razones por las que no puede compartirse la interpretación y aplicación que del art. 106 de la ley 30/1992 realiza el tribunal de instancia.

1) En primer lugar, porque no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho.

Conviene empezar por recordar que no nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento, previsto en el artículo 37 de la Ley General de Subvenciones, sino ante la declaración de nulidad de la concesión de la ayuda, (artículo 36.1 a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones) por concurrir algunos de los motivos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Nulidad que determina conforme el apartado 4 del art. 36 de la ley de Subvenciones la devolución de las cantidades percibidas.

La acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción y precisamente por ello el art. 106 de la Ley 30/1992 permite que solo puede impedirse su ejercicio en supuestos excepcionales. Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros. Normalmente en aquellos casos en los que el lapso de tiempo transcurrido desde que se conocieron las irregularidades o vicios del acto y la actitud de pasividad mostrada desde entonces permite entender que debe primar el principio de seguridad jurídica frente al de legalidad, pues la equidad y buena fe hacen improcedente su revisión. Así se ha considerado por la jurisprudencia, aplicando la excepción prevista en el art. 106 cuando se ha pretendido la anulación de deslindes aprobados décadas antes de su revisión (SSTS de 21 de febrero de 2006, rec. 62/2003 y de 20 de febrero de 2008 (rec. 1205/2006); o en los casos de anulación de un acuerdo de colegiación instado veinte años después (STS 16-7-2003, sección. 4ª, recurso 6245/1999), por entender que resulta contraria a la equidad; o cuando habían transcurrido 58 años desde la aprobación del deslinde que se pretendía impugnar (STS de 17 de noviembre de 2008 (rec. 1200/2006) entre otros.

En todo caso, la aplicación de este precepto exige que el tribunal hubiese razonado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada, sin que la sentencia contenga razonamiento

alguno al respecto. Antes al contrario, descarta expresamente, y este aspecto no es controvertido en casación, que el cambio de propietarios de la sociedad tenga influencia en el caso de autos. Sin que, por lo tanto, baste con vincular el transcurso del previsto en el ordenamiento jurídico para ejercer la acción de anulación o para solicitar el reintegro, con el límite excepcional previsto en el art. 106 de la Ley 30/1992 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho, pues este razonamiento confunde el plazo de prescripción de la acción para solicitar el reintegro de la subvención por incumplimiento de la misma, con el límite excepcional que opera cuando existe un ejercicio desproporcionado de la facultad de revisión de oficio.

2) En segundo lugar, tampoco puede compartirse el alcance anulatorio pretendido por la sentencia de instancia, que afectó al apartado segundo de dicha Orden en la que se acordaba iniciar el procedimiento para la restitución de la ayuda indebidamente percibida.

Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 106 de la Ley 30/92 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desproveyéndola de toda consecuencia jurídica.

Es el ejercicio de la acción de revisión la que puede limitarse (“no pueden ser ejercitadas”) por razones excepcionales, sin que los límites a la revisión previstos en el art. 106 de la Ley 30/1992 se extienda, tal como parece entender el tribunal de instancia, a los efectos de la nulidad previamente declarada. Una vez ejercitada esta acción de revisión de oficio y habiendo considerado el tribunal que estaba correctamente ejercida, y consiguientemente que el acto debía declararse nulo de pleno derecho, el art. 106 no permite al tribunal limitar los efectos de la nulidad previamente acordada, el citado precepto no le faculta para ello.

La revisión de oficio de un acto administrativo, acordada por órgano competente y confirmada por un tribunal, que lo declara nulo de pleno derecho, trae como consecuencia que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico. Específicamente en materia de subvenciones la declaración, judicial o administrativa, de nulidad de una subvención lleva consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas, según dispone el artículo 36.4 de la Ley General de Subvenciones, sin que esta consecuencia legal pueda verse modificada por la aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992.

Es más, si se considera que el exceso en la actuación de la Administración no se produjo por el ejercicio de la acción destinada a obtener la revisión de oficio del acto sino por el retraso en el ejercicio de la acción destinada a obtener el reintegro de la cantidad indebidamente percibida, la conclusión alcanzada por la sentencia tampoco podría ser aceptada.

En esta hipótesis el cómputo del plazo para que la Administración pudiese ejercer la acción destinada a reclamar las cantidades indebidamente percibidas no puede empezar a computarse sino desde el momento en que la declaración de nulidad es firme, pues solo a partir de ese momento la

Administración está legitimada para solicitar el reintegro de las cantidades que a la postre se consideraron indebidamente percibidas. Así lo apuntamos ya, aunque de forma incidental, en nuestra sentencia de 14 de julio de 2015 (rec. 2223/201) afirmándose que <<[...] aunque ciertamente tiene razón la Administración recurrente en que difícilmente podría correr el plazo de prescripción para reclamar una cantidad cuya percepción ha sido declarada nula de pleno derecho antes de dicha declaración de nulidad>>. Sin que tampoco se pueda confundir este supuesto con la prescripción de la acción destinada a reclamar el importe de las subvenciones por incumplimiento de las condiciones que, como ya hemos señalado en una numerosa jurisprudencia, no requiere el ejercicio previo de una revisión de oficio”.

El reciente auto de 22-II-2017 (recurso de casación 1934/2014), dictado para desestimar un incidente de nulidad interpuesto por la empresa beneficiaria contra la sentencia, resume la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la manera de aplicar el artículo 106 Ley 30/1992 (artículo 110 Ley 39/2015) y en especial cuando se trata de subvenciones.

“1) No es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho.

2) Cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 106 de la Ley 30/1992 lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no puede es limitar los efectos de la nulidad apreciada, desprovoyéndola de toda consecuencia jurídica.

Una vez ejercitada esta acción de revisión de oficio y habiendo considerado el tribunal que estaba correctamente ejercida, y consiguientemente que el acto debía declararse nulo de pleno derecho, el artículo 106 no permite al tribunal limitar los efectos de la nulidad previamente acordada.

La revisión de oficio de un acto administrativo, acordada por órgano competente y confirmada por un tribunal, que lo declara nulo de pleno derecho, trae como consecuencia que dicho acto no produjo, o no debió hacerlo, ningún efecto jurídico. Específicamente en materia de subvenciones la declaración, judicial o administrativa, de nulidad de una subvención lleva consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas”.

5. Examen de los límites de la buena fe y del principio de confianza legítima.

La sentencia de 11-V-2017, a la que ya se ha hecho referencia por otras razones, dedica buena parte de su fundamentación a examinar si en el caso enjuiciado la revisión de oficio sería contraria a la confianza legítima, a la equidad o a la buena fe.

El examen comienza relacionando las omisiones del expediente de concesión de la subvención que en el mismo se advierten. FD Duodécimo: *“El concepto mismo de la subvención es incompatible con la atribución libérrima de fondos públicos. En ningún caso puede concebirse la subvención como desplazamiento patrimonial sin causa o con fundamento en la mera liberalidad de la entidad concedente. El instituto jurídico subvencional se inscribe en la actividad de fomento de la Administración, y tiene como fin impulsar u orientar comportamientos para la consecución de objetivos dignos de protección y estímulo, siempre sobre la inexcusable premisa que obliga a la Administración a servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE) y a satisfacer las necesidades públicas. (...) es de todo punto inconcebible una subvención ayuna de causa que la justifique y de procedimiento que asegure la tutela de los fines perseguidos. (...) Precisamente el procedimiento, que en el presente expediente de subvención luce por su ausencia, es la garantía fundamental de que las subvenciones se otorgan con objetividad y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (103.1 de la CE), pues de otro modo podrían propiciarse actuaciones abusivas, arbitrarias, fraudulentas y hasta delictivas, exentas de controles.*

Las reglas básicas del procedimiento administrativo, destacadamente la necesidad de que se produzca una solicitud formal de quien pretende obtener la subvención, con todos los requisitos, las bases de la convocatoria, los compromisos que debe asumir la beneficiaria, la fiscalización del gasto, y la propia resolución administrativa que aprecie las razones de utilidad pública e interés social que justifiquen la subvención, han sido omitidas por completo en la sustanciación del expediente de subvenciones que benefició a la actora”.

A continuación la sentencia aborda un argumento recurrente de las beneficiarias en sus demandas y recursos, en concreto que han llevado a cabo inversiones en una actividad industrial en la confianza legítima de que la misma se consideraba de interés por la Administración.

A este argumento la sentencia responde de manera rotunda diciendo que hay que analizar el caso concreto para concluir si en efecto se ha podido suscitar una confianza legítima y, tras haber apreciado las omisiones esenciales del procedimiento de concesión de las subvenciones que en la misma se relatan, la sentencia concluye que las mismas evidencian la imposibilidad de haberse suscitado confianza legítima alguna argumentando que: *“ningún operador jurídico y económico podría atribuir la menor apariencia de regularidad a un modo de actuar por el órgano administrativo carente de todo procedimiento regular, ni es admisible sostener, como pretende la recurrente, que existía apariencia de ejercicio normal de competencias propias por el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía, Sr. Guerrero, cuando en las distintas comunicaciones que la empresa recurrente mantiene con el mismo y de las que queda constancia en el expediente, aparecen continuas menciones a la tarea de facilitación del Sr. Guerrero, y que los compromisos que se dicen adquiridos por el mismo lo son con base en meras conversaciones, teniendo en cuenta el nulo alcance vinculante*

del Protocolo de 10 de abril de 2001 y las genéricas intenciones que se atribuyen respectivamente los firmantes de aquel documento”.

Pero es que además descarta que se haya podido generar la confianza legítima del beneficiario atendiendo a otras circunstancias que se conocen como la de haber obtenido otras subvenciones de manera regular o su experiencia e implantación en el mercado: *“No ha existido, en este caso, ningún elemento que permita apreciar una actividad administrativa normal, que pudiera ser generadora de tal expectativa legítima. Antes bien, la actora, que muestra el conocimiento propio de un operador jurídico y económico de implantación, no ya regional, sino nacional, no pudo legítimamente considerar que el procedimiento seguido cumpliera con los mínimos requisitos habituales (...) La recurrente acredita con ello que conoce, como no puede de ser de otra manera por su nivel de implantación en el mercado, cómo son los procedimientos de subvención, por lo que no puede declararse defraudado en ninguna legítima expectativa por la revisión de oficio de unas actuaciones administrativas que le han proporcionado subvenciones millonarias, sin haber seguido ninguno de los trámites ni acreditado los requisitos que le constan como trámites habituales en la actividad de fomento de la Administración”.* Pero es que además tiene en cuenta para descartar toda confianza legítima la gravedad de las omisiones que: *“el origen ilícito o gravemente irregular de la actuación administrativa, y la absoluta indefinición de los compromisos o actuaciones que debería desarrollar la beneficiaria de la subvención, es por completo incompatible con el nacimiento de una expectativa legítima digna de protección”.*

V. CONCLUSIÓN.

Las sentencias del Tribunal Supremo comentadas han obligado a cambiar el criterio de la Sección 1ª de la Sede de Sevilla de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJA acerca de la ampliación del plazo para resolver al amparo del artículo 49 de la Ley 30/1992 y de los límites a la revisión de oficio en el caso de las revisiones de oficio de subvenciones investigadas en la causa de los ERE.

Sin embargo, situando estas sentencias en su contexto, desde febrero de 2014, en que recayó la primera de las sentencias sobre revisión de oficio hasta diciembre de 2016, en que se pronunció el Supremo por primera vez, han sido muchas las sentencias que han sido dictadas por la Sala del TSJA. Ello significa que en los casos en los que se declaró la caducidad se puede tramitar un nuevo expediente de revisión de oficio que permite aún recuperar las subvenciones pero con el riesgo de que por cualquier motivo su recuperación resulte ya imposible por extinción de la empresa, insolvencia u otra causa dado el tiempo transcurrido. Por su parte, en el caso de aquellas otras sentencias que se siguieron dictando con arreglo a la interpretación del artículo 106 Ley 30/1992 que ha mantenido la Sala hasta que se ha pronunciado el Tribunal Supremo los beneficiarios de subvenciones inferiores a 600.000 euros

(límite cuantitativo de la casación hasta la Ley Orgánica 7/2015) declaradas judicialmente nulas de pleno derecho no tendrán que devolverlas.

Por esta razón, una vez firmes la sentencias recaídas en el orden contencioso-administrativo, la recuperación de las subvenciones indebidamente percibidas depende ahora de la jurisdicción contable o del resultado de la causa penal, en este último caso suponiendo que sus beneficiarios se encuentren aún en la condición de investigados pues no debe olvidarse que la dilatada instrucción que aún no ha terminado ha motivado que en algunos casos los delitos se han declarado ya prescritos.

Ante esta situación, las sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta el momento constituyen un indudable estímulo para la aplicación de las normas del derecho administrativo pues demuestran que es posible el resarcimiento a través de una de las vías ordinarias reconocidas por el ordenamiento a la Administración en virtud del privilegio de autotutela como es la de la revisión de oficio, reforzada en este caso por el artículo 36. 4 de la Ley General de Subvenciones.

Estas sentencias del Tribunal Supremo demuestran que el ordenamiento administrativo cuenta con mecanismos resarcitorios en casos como el que nos ocupa y que las lagunas que se presentaban en las sentencias revocadas tenían soluciones en el ordenamiento jurídico español.

En materia de subvenciones no puede confiarse al resultado de la causa penal (última ratio) la recuperación de unos fondos públicos que se podían haber restituido a través de las vías ordinarias como la de la revisión de oficio de actos que, por ser nulos de pleno derecho, no tiene plazo de prescripción.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Incidencia de la anulación de la ordenación territorial en la adaptación y revisión del planeamiento urbanístico general.

Ildefonso Narváez Baena

Letrado del Ayuntamiento de Manilva (Málaga)
Master en Regulación Económica y Territorial (Universidad de Málaga)

RESUMEN:

En este trabajo se expone la teoría sobre la nulidad de las disposiciones de carácter general y su aplicación por la jurisprudencia, analizando la posibilidad de una interpretación más flexible en los supuestos en que la nulidad sea determinada por una irregularidad en el procedimiento de elaboración de dichas normas. Asimismo, se estudian los efectos de la declaración de nulidad del planeamiento urbanístico y territorial, y especialmente en relación al Plan de Ordenación Territorial Subregional de la Costa del Sol Occidental recientemente anulado por el Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE:

Nulidad, anulabilidad, disposiciones de carácter general, conservación, convalidación, conversión, ordenación urbanística y territorial.

ABSTRACT:

This paper sets out the theory of the nullity of general provisions and their application in case law, analyzing the possibility of a more flexible interpretation in cases where the nullity is determined by an irregularity in the procedure of elaboration of said rules. It also examines the effects of the declaration of nullity of the urban and territorial planning, and especially in relation to the Subregional Territorial Planning of the Western Costa del Sol, recently annulled by the Supreme Court.

KEYWORDS:

Nullity, annulability, general provisions, conservation, validation, conversion, urban and territorial planning

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

C.C.: Código Civil.

C.E.: Constitución española.

Ed.: Editorial.

LJCA.: Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LOCE.: Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

LOTA.: Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

LOUA.: Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

LPACAP.: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LRJPAC.: Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Núm./nº.: Número.

Op.cit.: En la obra citada.

Pág.: Página.

PEPMF.: Plan Especial de Protección del Medio Físico.

POTA.: Plan de Ordenación Territorial de Andalucía.

POTCSO.: Plan de Ordenación Territorial subregional de la Costa del Sol Occidental.

RC.: Recurso de Casación.

Rec.: Recurso.

RJ.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

STS.: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ.: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Vid.: Ver.

SUMARIO: I.-INTRODUCCIÓN. II.-LA DIFUSA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA Y TERRITORIAL. III.-NULIDAD DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL Y LOS DEFECTOS FORMALES EN LA TRAMITACIÓN DE LOS REGLAMENTOS. IV.-LA CONVALIDACIÓN, EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN Y LA CONVERSIÓN DE ACTOS VICIADOS. V.-EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS. VI.-LA JERARQUÍA DEL PLANEAMIENTO TERRITORIAL SOBRE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA. VII.-INCIDENCIA DE LA NULIDAD DEL POT DE LA COSTA DEL SOL OCCIDENTAL EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO ADAPTADO Y REVISADO. VIII.-CONCLUSIONES. IX.-BIBLIOGRAFÍA

I.-INTRODUCCIÓN

En el presente artículo analizamos las características propias del planeamiento urbanístico y territorial como normas reglamentarias y, como tales, los efectos que se producen a partir de su anulación por una resolución judicial a resultas de la contravención por dichas disposiciones de carácter general de cualquier precepto de rango superior.

La consecuencia prevista legalmente es pura y llanamente la nulidad de pleno derecho ya sea por adolecer de vicios tanto de forma como de fondo, excluyéndose así la posibilidad de su convalidación, de conservación de los actos no viciados, o la posible conversión de los viciados; sin embargo, atenderemos las voces que desde la doctrina científica, y con cierto apoyo en la dubitativa jurisprudencia, se van abriendo paso para tratar de superar los estrechos márgenes que el legislador ofrece para solventar estos casos, e incorporar un mayor grado de seguridad jurídica y certidumbre en los supuestos concretos que vienen siendo ya una noticia reiterada en el estrado, con nulidades de planeamiento que dejan vacío de contenido el esfuerzo ímprobo que supone en la actualidad su aprobación, rehabilitando paradójicamente disposiciones derogadas por el Reglamento declarado ilegal que vulneran, la mayoría de las veces, las mismas causas que motivaron la nulidad.

Muy especialmente nos centraremos en la eficacia invalidante de los vicios de forma o procedimiento de los que pueda adolecer este tipo de Reglamentos, acercándonos a las tesis que sostienen la posibilidad de darles un tratamiento parecido o similar al propio de los actos administrativos, al socaire todo ello de las recientes sentencias del Tribunal Supremo anulatorias de la revisión del Plan General de Marbella y del Plan de Ordenación Subregional de la Costa del Sol Occidental; y

en particular sobre este último caso, planteamos una lectura específica de los efectos de su nulidad sobre el planeamiento urbanístico adaptado o revisado conforme a sus determinaciones, desembocando en una crítica plausible a la reacción ofrecida por la Administración autonómica reiniciando ab initio la tramitación del instrumento territorial.

En esta misma línea plantearemos también la hipótesis nada desdeñable sobre los efectos que se pueden derivar de la pretendida anulación del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.

De tal forma dedicamos una atención especial a las consecuencias prácticas de la anulación del instrumento de planeamiento territorial subregional sobre el planeamiento urbanístico adaptado a la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) conforme a lo dispuesto en su Disposición Transitoria 2ª y mediante el procedimiento contemplado en el Decreto 11/2008, de 22 de enero, en virtud del cual se integran entre sus determinaciones las protecciones de carácter territorial; tratando de resolver la cuestión sobre la posibilidad de conservar dichas determinaciones en los supuestos que la nulidad no encuentre su causa en la propia justificación de aquellas protecciones o que sea de tal magnitud que obligue a una tramitación *ex novo* del planeamiento; indicando en particular una vía de solución que no requiere una propuesta de *lege ferenda*, sino que la comprendemos ofrecida por una interpretación plausible de la legislación existente.

II.-LA DIFUSA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA Y TERRITORIAL.

Los intentos doctrinales por definir la naturaleza jurídica de los instrumentos de planificación urbanística y por ende territorial han ido decantándose mayoritariamente por considerarlos disposiciones de carácter general, normas reglamentarias¹, frente a posiciones que los definen como actos administrativos con destinatario plural o indeterminado, como acto administrativo general, no normativo; así como

¹ VERA JURADO, Diego J. e ILDEFONSO HUERTAS, Rosa. «La ordenación urbanística». Derecho Urbanístico de Andalucía (Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2003. Pág. 54

«Dentro de las características de la potestad de planeamiento parece superada la polémica antaño suscitada entre tesis favorables a la conceptualización de la actividad planificadora de la Administración Pública como normativa, como generadora de actos administrativos o mixta constituyendo un híbrido de acto administrativo y norma jurídica. La doctrina administrativista hoy día mayoritaria consideran al Plan como una norma jurídica de carácter reglamentario, por la razón de que innova el ordenamiento jurídico administrativo propiciando la creación de derechos y obligaciones, determinando las clases de suelo, y vinculando a una multiplicidad de destinatarios con vocación de vigencia indefinida (SSTS 24 de abril de 1989 (Ar. 3226), 17 de julio de 1987 (Ar. 7685) y 23 de junio de 1994 (Ar. 5339)). Esta aseveración hace viable, según nos recuerda la STS

una tercera vía interpretativa que los considera de naturaleza mixta², denotando que en parte tienen carácter normativo y en parte administrativo.

El enfoque de la cuestión ha ido conformándose sin que las sucesivas modificaciones legislativas en materia urbanística y territorial hayan arrojado luz al debate, aunque es imprescindible su contraste para completar la labor hermenéutica. La teoría general del Derecho administrativo y la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común han ofrecido los rasgos fundamentales para la elaboración de las distintas posiciones en la doctrina. Así las definiciones y elementos que integran los actos administrativos y las disposiciones de carácter general han sido coonestados con las características propias de los instrumentos de planeamiento para definir su naturaleza, atendiéndose básicamente a su modo de producción y a la extensión de los efectos que genera.

Desde los albores de nuestro derecho urbanístico, paralelo al nacimiento del Derecho administrativo moderno en el territorio español, se abrió paso la necesidad de caracterizar jurídicamente el resultado del ejercicio de la potestad planificadora de la Administración, pues de ello se derivan no pocas consecuencias de muy diversa índole, desde la fijación de los medios de reacción del ciudadano frente a actuaciones que pueden afectar directamente sus intereses particulares, hasta el régimen jurídico que le ha de ser aplicado al instrumento de planeamiento. Muy tempranamente las primeras elaboraciones teóricas fueron aproximando las figuras de planeamiento a la categoría de las disposiciones de carácter general, quedando relegado el criterio que las identifica como actos administrativos. Recientemente con las sucesivas anulaciones del planeamiento urbanístico y territorial, fruto en gran medida de la complejidad procedimental que lleva aparejada su tramitación y aprobación, se está intensificando de nuevo un debate que parecía completamente apaciguado, revivificando sobremedida la configuración híbrida (norma-acto) del planeamiento que ha estado siempre latente³.

de 20 de marzo de 1997 (Ar. 2536), la posibilidad de impugnación del planeamiento por vía indirecta mediante los actos de aplicación del mismo.»

Esta posición es heredera de la fijada por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO en sus Lecciones de Derecho Urbanístico, I, Madrid, Civitas, 1979. Y que hoy día sigue refrendando TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ en su Manual de Derecho Urbanístico, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 24ª Ed., 2016, pág. 48.

² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Comentarios a la Ley del Suelo, Madrid, Civitas, 1976. Pág. 136. En esta obra se reconoce que en los planes urbanísticos existen elementos propios de las normas y de los actos administrativos. En la actualidad los trabajos del profesor BAÑO LEÓN, J.M^a cuestionan la naturaleza exclusivamente reglamentaria del planeamiento, sirva de ejemplo los argumentos expuestos en “Derecho Urbanístico Común”, Madrid, 1ª Ed. Iustel, 2009. Pág. 130.

³ Desde principios de los años 60 fueron fijándose los términos del debate, y curiosamente no fue la doctrina científica especializada la que anticipó las consecuencias de gran trascendencia que supone la

La jurisprudencia por su parte ha seguido de un modo casi unánime la tesis mayoritaria subrayando el contenido normativo de los planes, al contener prescripciones vinculantes *erga omnes* y estar integrado en un sistema de normas jerarquizado. La incorporación del planeamiento al ordenamiento jurídico tras su aprobación, su vigencia y fuerza vinculante a lo largo del tiempo de forma permanente, su consolidación mediante cada acto de aplicación, así como su específica configuración legal, «que expresamente les atribuye los principios de inderogabilidad singular, publicidad y jerarquía normativa, característicos de las disposiciones reglamentarias», son asimismo algunos de los rasgos que para el Tribunal Supremo atribuyen al planeamiento urbanístico y territorial la naturaleza de disposiciones de carácter general⁴.

Otra característica reiterada que se predica del carácter normativo del planeamiento urbanístico es la falta de reconocimiento legal a los interesados para ejercer la acción de nulidad para que sean revisados de oficio.

Entre otras muchas, la Sentencia de 4 noviembre 2011 (Recurso de Casación 4743/2008) recuerda en su Fundamento Jurídico tercero la consolidada posición de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a este respecto. Y lo resuelve con un enunciado muy sencillo que resume su razonamiento, “*nuestro ordenamiento jurídico no reconoce a los interesados una acción de nulidad para instar la revisión de disposiciones generales al amparo del artículo 102.2 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre*”.

A través de una nutrida y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha sostenido esta aplicación de la norma común, en sentencia de 17 de junio de 2011 (casación 3397/2007) reitera que la revisión de oficio de las normas reglamentarias (artículo 102.2 de la Ley 30/1992) no puede ser instada por los particulares, a di-

calificación de los Planes como disposiciones de carácter general. Será el profesor L. DIEZ-PICAZO, quien las identifique en su artículo «*Problemas jurídicos del Urbanismo (1)*». Revista de Administración Pública, n.º 43 Enero-Abril 1964, págs. 43-44. Estas consecuencias son:

“1.º Su rango jerárquico de normas subordinadas, es decir, su sumisión a las Leyes y a los principios generales del Derecho y, por tanto, la falta de validez de aquellas normas en que un Plan contravenga las reglas superiores de una Ley.

2.º La necesidad de un control de legalidad, mediante los mismos recursos que en un Estado de Derecho se dan contra las demás disposiciones administrativas de carácter general; en este sentido, el artículo 225 de la Ley dispone que los actos de aprobación definitiva de los Planes de ordenación y proyectos de urbanización serán recurribles ante el Tribunal Contencioso-administrativo con jurisdicción en el territorio del planeamiento, y si afectaran a más de una provincia, ante el Tribunal Supremo; y

3.º La necesidad de respetar los trámites que imponen la solemnidad de su confección (competencia; información pública; sumisión al Consejo Nacional o la Comisión de Urbanismo; publicación en periódicos oficiales; etc.)”

⁴ Entre las innumerables sentencias que podríamos traer a colación se halla la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo 2012 (Recurso de Casación 2305/2008), en cuyo Fundamento jurídico quinto se realiza una síntesis de la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, de la que se ha extraído el entrecorrido. Así como la Sentencia del Alto Tribunal de 11 de diciembre de 2009 (RC 5100/2005).

ferencia de la revisión contra los actos administrativos nulos (artículo 102.1 de la misma Ley) que puede ser impulsada por iniciativa de la propia Administración o a solicitud del interesado.

Esta interpretación la avala la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que introdujo la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, al advertir “*que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad*”. Y de este modo se ha declarado en numerosas ocasiones por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 29 de diciembre de 1999 (recurso contencioso 344/1997), 12 de julio de 2006 (recurso de casación 2285/2003), 16 de noviembre de 2006 (recurso de casación 4014/2003), 22 de noviembre de 2006 (recurso de casación 4084/2003), 22 de noviembre de 2006 (recurso contencioso 88/1997), 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4836/2003) y 25 de mayo de 2010 (recurso de casación 2687/2006).

Si bien los instrumentos de planeamiento son catalogados como normas reglamentarias en atención a los argumentos reseñados, poseen asimismo una serie de características y contenidos que en modo alguno pueden encontrar acomodo en una interpretación estricta, unívoca y cerrada de su naturaleza jurídica. En no pocas ocasiones el propio Tribunal Supremo ha confirmado que “*existen determinaciones dentro de los planes urbanísticos que carecen de los elementos necesarios que permiten calificarlos como verdaderas normas o disposiciones administrativas de carácter general, y que no son sino actos administrativos singulares al ser concretos y determinados sus destinatarios y su vigencia no indefinida sino referida a un concreto período de ejecución*”⁵; línea jurisprudencial de la que se ha hecho eco alguna Sala territorial y que ha sido puntualizada en casación advirtiendo que “*(...) No se trata tanto (...) de que haya determinaciones que carecen de los elementos necesarios que permitan considerarlas como verdaderas normas o disposiciones administrativas “dentro” de los planes urbanísticos, como de que dichas determinaciones puedan efectivamente existir junto a los propios planes; al menos, en lo que concierne a supuestos como el sometido ahora a nuestra consideración*”.

En dicho supuesto, la STS de 31 de octubre de 2014 (Rec. 1662/2012) analiza la impugnación de un acuerdo municipal adoptado con ocasión de la aprobación de un instrumento de planeamiento sobre unas cantidades entregadas por la monetarización del aprovechamiento urbanístico público del sector ordenado, siendo incontestable la naturaleza de acto administrativo de dicho acuerdo al objeto de la interposición del oportuno recurso administrativo cuya inadmisión dio lugar a la controversia. Pero la Sala Tercera del Alto Tribunal además refrenda expresamente su jurisprudencia que igualmente se aducía como vulnerada en el caso enjuiciado,

⁵ La STSJ Galicia de 2 de febrero de 2012 cita la Jurisprudencia fijada en las sentencias del Tribunal Supremo de 4-7-00, 21-6-00, 23-7-99, 27-5-99 y 22-11-94.

“acerca de la distinción entre lo que constituye propiamente el plan urbanístico y el acuerdo aprobatorio de dicho plan, a los efectos de admitir la impugnación de este último por el cauce correspondiente a los actos administrativos, aunque limitadamente en cuanto a la verificación de los requisitos legalmente establecidos para la adopción del indicado acuerdo (entre otras, nuestras Sentencias de 19 de diciembre de 2007 RC 4508/2005 y de 19 de marzo de 2008 RC 3187/2006)”.

Dos notas queremos destacar de estas matizaciones efectuadas por el Tribunal Supremo a su propia doctrina que identifican, por un lado, la negativa rotunda a la evidente existencia de determinaciones en el planeamiento urbanístico, que no reúnen las propias características definidas por su doctrina en cuanto no despliegan efectos generales, para todos, hayan sido o no parte en el procedimiento correspondiente, no generando asimismo obligaciones ni estableciendo prescripciones exigibles coactivamente; y por otro lado, la distinción que realiza el Alto Tribunal sobre el control de los requisitos legales establecidos para la aprobación del planeamiento y el propio instrumento urbanístico aprobado, en orden a determinar su naturaleza como acto administrativo si de lo que se trata es de verificar la concurrencia de requisitos procedimentales, lo que habilita no sólo la posibilidad de recurrirlos en vía administrativa sino también de subsanación siempre, eso sí, que no merecieran por sí mismos la tacha de nulidad radical.

La evidencia de que todo el contenido documental de los instrumentos de planeamiento no tiene carácter normativo se extrae de la propia legislación urbanística, que en el caso andaluz se establece en el artículo 19 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, pero que puede rastrearse tanto en el resto de la legislación urbanística autonómica, como en las ya derogadas leyes estatales. Entre los documentos que deben formalizarse como mínimo en los instrumentos de planeamiento se halla la memoria, “que incluirá los contenidos de carácter informativo y de diagnóstico descriptivo y justificativo adecuados al objeto de la ordenación y a los requisitos exigidos en cada caso por la Ley”, documento que forma parte del contenido del expediente administrativo relativo al procedimiento de aprobación del plan, y que en todo caso es un instrumento interpretativo de las normas urbanísticas que establece el plan urbanístico, pero que en modo alguno pueden compartir dicha naturaleza jurídica.

Sin duda las normas urbanísticas que contienen las determinaciones de ordenación y de previsión de programación y gestión, así como los planos de ordenación y los catálogos de bienes protegidos son, entre otros, documentos globalmente preceptivos; sin embargo, para algunos autores dentro de dichas normas podemos hallar “reglas que se refieren a objetos concretos y singulares, asignándoles un ré-

gimen de uso igualmente específico”⁶. Entre este tipo de reglas se encontrarían las “clasificaciones, asignaciones y limitaciones de usos de los diferentes tipos de suelo que figuran en los planos de ordenación”, que resultan de dudosa calificación mediante la usual distinción entre reglamento y acto administrativo, basada en la tesis ordinamental que “alude a la abstracción o concreción del supuesto de hecho al que la regla se refiere: sólo cuando tal supuesto de hecho es definido de modo abstracto (de modo que sea susceptible de ser aplicado a otros casos idénticos) puede hablarse de una norma reglamentaria”⁷, de lo que se deduce por tanto que aquellas normas urbanísticas en las que el supuesto de hecho es “concreto e irrepetible” no tendrán carácter reglamentario.

Esta posición ha sido discutida por la doctrina recurriendo a la figura de las leyes medida⁸, que normalmente contienen actos administrativos y son aprobadas para su aplicación a un caso concreto o a una singularidad de situaciones; y por otro lado advirtiendo la existencia de normas de objeto concreto que poseen un factor regulador.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. «Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planos». *Práctica Urbanística* n° 141, Julio-Agosto 2016. Ed. La Ley.

⁷ La tesis ordinamental expuesta en estos términos por el profesor SANTAMARÍA PASTOR es definida en un sentido más formalista, expresando que “el Reglamento forma parte del Ordenamiento, sea su contenido general o particular y el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del Ordenamiento jurídico, es un acto ordenado y no ordinamental”. GARCIA DE ENTERRÍA, “*Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*”. *Revista de Administración Pública*, n° 29. Mayo-agosto 1959. Madrid.

⁸ Esta expresión conlleva que incluye un contenido específico de una norma con forma de Ley. Normalmente, las leyes medida contienen actos administrativos. La peculiaridad de estas leyes es que se aprueban para un caso concreto de difícil solución, en el que influyen circunstancias políticas, socioeconómicas, etc.

Dentro de las leyes medida se pueden diferenciar varias clases de leyes, entre las que se encuentran las leyes singulares y leyes de caso único.

Estas dos clases de leyes no conservan la característica principal de la ley, la abstracción, ya que son leyes que se hacen para casos concretos. Sin embargo, la principal diferencia entre ellas es que las leyes de caso único, aún cuando se aprueban para un caso concreto, ése es el único supuesto en el que se pueden aplicar, sólo se aplicarán una vez. Si se tratase de regular un caso concreto, se trataría de una ley de caso único, y si fuesen varias situaciones, estaríamos ante una ley singular.

En torno a la admisibilidad de las leyes singulares en nuestro ordenamiento jurídico se ha producido un debate constitucional iniciado en la STC 166/1986, y que recientemente se concreta en la desaparición de las leyes singulares autoaplicativas (STC 129/2013, de 4 de junio) y la muy difícil aceptación de las restantes en tanto que limiten la tutela judicial efectiva (STC 203/2013, de 5 de diciembre). De estos últimos pronunciamientos podemos concluir que se impiden las leyes singulares autoaplicativas, mientras que las que permiten posteriores actos administrativos de aplicación pueden seguir aceptándose con un carácter excepcional siempre que superen un estricto test de «razonabilidad, proporcionalidad y adecuación», que ya no se vincula únicamente al principio de igualdad, como en la STC 166/1986, sino también a la tutela judicial efectiva.

No obstante, participamos de la idea de que estos intentos de refutación no son plenamente aplicables al contenido material del planeamiento urbanístico y territorial, que en cualquier caso no consideramos parangonables con otro tipo de reglamentos cuya relación con la ley es intraordinamental, y que integran una multiplicidad de actuaciones administrativas de difusa catalogación.

III.-NULIDAD DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL Y LOS DEFECTOS FORMALES EN LA TRAMITACIÓN DE LOS REGLAMENTOS.

Además de las particularidades que ofrece la naturaleza jurídica del planeamiento urbanístico y territorial, y que apunta a la necesidad de reformular los criterios para valorar las causas de nulidad en las que pudiera incurrir, la doctrina ha profundizado en el análisis de los vicios de fondo o de forma de los que pudiera adolecer las disposiciones de carácter general, con la nada desdeñable intención de atemperar el indiferenciado tratamiento que el legislador común les otorga.

De este modo, sobre ser incontestable que la vulneración en la que incurra un reglamento al contravenir normas de rango superior supone su nulidad absoluta cuando tal vulneración es de orden material o de fondo, esta aseveración no resulta tan pacífica cuando la contravención es de carácter formal por defectos del procedimiento para su elaboración.

Bien es cierto que el debate suscitado por la doctrina vuelve a aglutinar mayoritariamente a los autores que consideran que los vicios de forma han de recibir el mismo tratamiento que los materiales o sustantivos, esto es, la nulidad radical; sin embargo, hay quienes afirman que las irregularidades formales han de equiparse o asemejarse al régimen previsto legalmente para los actos administrativos.

El origen de esta disparidad de criterio se encuentra en la parca dicción del hoy derogado artículo 62.2 de la Ley 30/1992, en el que sin distinción alguno se sanciona con la nulidad de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior. También se declaran nulas aquellas disposiciones que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Redacción que se mantiene inalterada en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

De acuerdo con una lectura plana de este precepto, el legislador no establece diferencia alguna entre defectos formales o materiales en las disposiciones de carácter general, aunque de los términos empleados en el texto legal se puede extraer la conclusión plausible de que la vulneración de normas de rango superior por un regla-

mento sólo abarca aquellas transgresiones que hagan incompatible la coexistencia de ambas normas en el ordenamiento jurídico, y no comprenden aquellas irregularidades procedimentales en la producción de la norma de inferior rango que a la sazón no fueran determinantes de su contenido material.

El Tribunal Supremo no ha acogido este modo de comprenderlo y si una disposición de carácter general es nula de pleno derecho, y como tal se declara, no cabe distinguir entre defectos de fondo y forma, “*pues tan radicalmente nula es en un supuesto como en el otro*”⁹, considerando asimismo que los defectos en el procedimiento de elaboración tienen naturaleza sustancial.

De cualquier forma, una interpretación conforme a los antecedentes históricos y legislativos del precepto, según lo dispuesto en el artículo 3.1 C.C, nos permite comprender que el artículo 47.2 LPACAP, del mismo modo que hacía su antecesor normativo, sintetiza y actualiza la remisión que el artículo 47.2 de la Ley sobre Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 realizaba al artículo 28 de la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957), en el que se declaraban nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infringieran el principio de jerarquía normativa, la exteriorización formal de acuerdo con el órgano del que emanasen, así como la prohibición de establecer penas e imponer tributos; y asimismo el aparato 2 del artículo 47 LPACAP integra en el supuesto de hecho que regula la vulneración de la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, a diferencia de la terminología utilizada por el legislador preconstitucional que prohibía a la Administración llanamente “dictar disposiciones contrarias a las leyes”; contradicción que supone un impedimento u obstáculo en la aplicación de las normas infringidas, mostrando un sentido completamente diferente u opuesto a lo regulado por aquella, a diferencia del vocablo utilizado actualmente que atribuye más flexibilidad a la hora de atemperar su interpretación, pues la vulneración de una norma de rango superior requiere, a nuestro modo de entender, una contradicción necesaria con su contenido material¹⁰ o el quebrantamiento de los principios o intereses en juego.

⁹ Como afirma en su sentencia de 17 julio 2012. (Recurso de Casación 5732/2011); y viene siendo una constante en sus resoluciones, así entre las más recientes y a mero título de ejemplo, sentencia de 2 de noviembre de 2011 (Recurso de Casación 5084/2007); de 2 de marzo de 2016 (RC 1626/2015); de 28 de septiembre de 2012 (RC 2092/2011); de 1 de marzo de 2013 (RC 2878/2010); y 13 de diciembre de 2013 (RC 1003/2011).

¹⁰ Aunque partiendo del mismo método interpretativo, consideramos que las conclusiones iniciales a las que llega SANTAMARIA PASTOR, J.A. Op. Cit. son en este punto en cierto grado contradictorias, pues resta intensidad a la dicción del artículo 26 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado (aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957), cuando en realidad dicha norma permitiría alcanzar la hipótesis de aplicación del régimen de las nulidades de los actos administrativos a las disposiciones de carácter general con mayor dificultad, puesto que a nuestro juicio contradecir

Otro criterio utilizado por un sector de la doctrina científica¹¹ para vincular intrínsecamente la nulidad de las disposiciones generales a los vicios de forma que pueden afectarle es la inaplicabilidad de lo dispuesto en el actual artículo 48 LPA-CAP, cuya literalidad sólo incluye a los actos administrativos en los supuestos de anulabilidad por defectos de forma siempre que carezcan de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, no siéndole extensible la aplicación de esta norma a las disposiciones de carácter general.

Aunque bien es cierto que este rígido criterio ha sido en no pocas ocasiones atenuado por la jurisprudencia, sobre todo al enjuiciar defectos procedimentales en la aprobación de reglamentos ordinarios¹², pero en escasas ocasiones se ha aplicado en supuestos en los que era objeto de impugnación un planeamiento urbanístico, en los que paradójicamente se ha esbozado un argumento que, sin reconocerse expresamente, implica acudir al contenido del apartado 1 del derogado artículo 63 LRJPAC por haberse incurrido en desviación de poder.

Solo en los últimos años podemos encontrar no pocas sentencias del Tribunal Supremo en las que se acude a este artificioso argumento, pero evitando hacer mención expresa a la aplicabilidad de la norma del procedimiento administrativo común que regula la nulidad relativa de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Así las SSTS de 18 de marzo de 2011 (recurso nº 1643/2007); de 14 de junio de 2011 (recurso nº 3828/2007); de 26 de octubre de 2011 (recurso nº 3704/2008); de 23 de febrero de 2012 (recurso nº 2921/2008); de 11 de mayo de 2012 (recurso nº 4365/2008); de 28 de septiembre de 2012 (recurso nº 2092/2011); de 9 de julio de

una norma de rango superior amplía el espacio interpretativo para determinar los vicios invalidantes de los que pudiera adolecer la disposición de carácter general, mientras que la vulneración exigiría un juicio valorativo más intenso y centrado en los elementos sustantivos de la norma jerárquicamente inferior para concluir su nulidad, haciendo posible excluir con mayor flexibilidad las meras irregularidades formales no determinantes de su contenido material.

¹¹ Para la mayor parte de la doctrina los vicios del procedimiento en la elaboración de los reglamentos ocasionan su nulidad de pleno derecho. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1995, págs. 208 y ss. Asimismo R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de los reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, en REDA, número 14, 1977, pág. 388; J. BERMEJO VERA, *La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, en REDA, número 30, 1981, págs. 539 y ss.; J. GARCÍA LUENGO, *La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante la elevación del rango*, en REDA, número 111, 2001, págs. 439 y ss.

¹² Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero (RJ 1992, 742), 7 de mayo (RJ 1992, 3972) y 13 de junio de 1992 (RJ 1992, 5910), 11 y 20 de mayo de 1993, 15 y 19 de julio de 1993 (RJ 1993, 5594), 2 (RJ 1993, 8401) y 25 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9041), 14 de septiembre (RJ 1994, 6969) y 25 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7543).

2013 (recurso nº 1050/2010); de 26 de marzo de 2014 (recurso nº 3790/2011); y de 24 de abril de 2014 (recurso nº 5639/2011).

En esta misma lógica forzada se ha acudido por la jurisprudencia al anular Reglamentos por haber sido aprobados superando el plazo establecido legalmente para ello, lo que supone de hecho la aplicación del supuesto previsto en el vigente apartado 3 del artículo 48 LPACAP; por lo que resulta evidente que la rigidez dogmática en la interpretación de la ley de procedimiento administrativo común está siendo suavizada por el ejercicio práctico del derecho. De ahí que sea plausible reconsiderar una interpretación integradora de nuestro cuerpo normativo básico, tratando de superar la mera dicción literal de los preceptos, en virtud de la cual la irrelevancia de los defectos formales que no impiden alcanzar su fin a un reglamento se reconozcan como vicios no invalidantes, en términos similares a lo previsto cuando estos defectos no determinantes afectan a un acto administrativo.

Por concluir con la variedad de contradicciones a las que obliga una aplicación estricta del dictado legal, es oportuno reseñar la casuística resaltada por ALONSO MAS, en la que se muestra cómo la jurisprudencia tampoco ha extraído todas las consecuencias necesarias que se derivan de la nulidad absoluta de las disposiciones de carácter general por defectos formales, cuando en aplicación de la ya derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 sólo admitía el recurso indirecto contra Reglamentos en el caso de vicios de fondo y no de procedimiento, interpretación que se ha reproducido en la regulación de la cuestión de ilegalidad del artículo 27.1 de la vigente Ley 29/1998, que habilita al Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo para plantearla cuando haya dictado una sentencia firme estimatoria por considerar ilegal exclusivamente el contenido de la disposición de carácter general aplicada¹³.

Siguiendo una interpretación favorable a la anulabilidad de disposiciones de carácter general hay pronunciamientos también en la doctrina, aunque de alcance minoritario, GARRIDO FALLA, BOQUERA OLIVER y más recientemente DOMENECH PASCUAL¹⁴ son un ejemplo, arguyendo que de la falta de tratamiento por el legislador de los vicios procedimentales en la elaboración de reglamentos se ha de deducir como regla general su anulabilidad, salvo que dichos vicios sean de los

¹³ MARIA J. ALONSO MAS, *La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: Una injustificada restricción jurisprudencial*, en *Revista de Administraciones Públicas*, número 157, 2002, págs. 247 y ss.

¹⁴ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 247; J.M. BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 378 y ss. esp. págs. 388 y ss.; *Las ilegalidades formales y materiales de las disposiciones reglamentarias*, en *Revista de Derecho Público*, núm. 57, 1975, págs. 63 y ss. G. DOMENECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, esp. págs. 473 y ss.

previstos en el vigente artículo 47.1 e) LPACAP; es decir, que se prescinda total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Sus posiciones se fundamentan principalmente en que la nulidad radical que predica el legislador común de las disposiciones de carácter general obedece a la finalidad de impedir la contaminación de los actos de aplicación por los defectos sobre el fondo, sustantivos y materiales de los que pudieran adolecer.

Por lo tanto, como hemos visto no son escasos ni superfluos los argumentos para poder admitir que las irregularidades no invalidantes en la elaboración de un Reglamento y los vicios del procedimiento para su elaboración, incluida la desviación de poder, no merecen más reproche que el de la anulabilidad; sin embargo, esta discusión nada estéril está teniendo unos efectos no deseados en la práctica con la anulación de planeamiento por haberse incurrido en defectos durante su tramitación que, de no haber acontecido, el instrumento de ordenación urbanística o territorial habría permanecido idéntico en su contenido material, dando pleno cumplimiento a los fines de interés general que les son propios; y por lo que parece estamos abocados a seguir en este peregrinar interpretativo, ya que se ha perdido una oportunidad excepcional para haber introducido las mejoras oportunas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que clarificase las carencias de las que adolece en esta materia.

IV.- LA CONVALIDACIÓN, EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN Y LA CONVERSIÓN DE ACTOS VICIADOS.

Como consecuencia inexcusable en la que desemboca la consideración del planeamiento urbanístico y territorial como disposiciones reglamentarias, y como tales sometidas al régimen de la nulidad absoluta del artículo 47.3 LPACAP, nos hallamos con el impedimento de subsanar los vicios en los que se incurra durante el procedimiento mediante el instituto de la convalidación, siendo por tanto obligado iniciar de nuevo el procedimiento de aprobación en su totalidad, ya que, siguiendo la tesis mayoritaria, el actual artículo 52.1 LPACAP sólo refiere la posibilidad de subsanar los defectos de anulabilidad de los actos administrativos.

El efecto que produce la declaración de nulidad absoluta de una disposición de carácter general o de un acto administrativo es, como se sabe, *ex tunc*¹⁵; el matiz

¹⁵ El Tribunal Supremo afirma categóricamente que la nulidad de pleno derecho de una disposición general «(...) Produce efectos *ex tunc*, originarios, lo que coloca a la norma anulada, en una situación equiparable a la inexistencia, esto es, que la nulidad radical conlleva la pérdida de eficacia *ex tunc* (desde su origen) según el principio enunciado en los aforismos latinos “*quod nullum est, nullum producit effectum*” y “*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere*”», como se puede literalmente comprobar en la STS de 2 de marzo de 2016 (rec. 1626/2015).

nada desdeñable es que si la sanción de nulidad recae sobre un acto administrativo es obligado retrotraer las actuaciones hasta el momento justamente anterior a la comisión de la irregularidad ya declarada, mientras que en el caso de los Reglamentos se despliega irrazonablemente este efecto hasta el inicio del procedimiento previsto legalmente para su elaboración, aunque el vicio anulatorio haya acontecido con posterioridad y en nada hubiese contaminado a los actos de tramitación previos.

Una interpretación más próxima a la salvaguarda de los intereses en juego es, sin ambages, considerar que el reinicio del procedimiento que ha culminado con la aprobación de un instrumento de planificación posteriormente anulado se produzca a partir del trámite irregular que ha motivado su anulación, con la finalidad de darle efectivo cumplimiento a los requisitos legales infringidos y corregir, en su caso, las determinaciones reglamentarias que se pudieran ver concernidas por dicho cumplimiento, sometiéndolo a un nuevo trámite de información pública si fuere necesario por considerarse sustanciales las modificaciones introducidas.

En este mismo sentido se ha pronunciado en la doctrina SANTAMARÍA PASTOR, quien además califica de “*error técnico*” la tesis que sostiene la imposibilidad de convalidar los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones de carácter general, porque sólo se pueden convalidar actos administrativos anulables; ya que como expresamente dispone el artículo 67.1 LRJPAC (actual artículo 52.1 LPACAP) los vicios no se convalidan sino que se subsanan, siendo el plan en cuyo procedimiento de aprobación se hubieran cometido los vicios lo que se convalidaría¹⁶.

Sin embargo, el Tribunal Supremo viene manteniendo una posición contraria a la posibilidad de convalidar planeamiento anulado en un ejercicio tautológico de primer orden, del que es muestra reciente su sentencia de 28 de septiembre de 2012 (recurso nº 2092/2011), en la que citando otra anterior de 21 de mayo de 2010 (recurso nº 2463/2006) afirma que no procede la aplicación del antiguo artículo 67.1 LRJPAC respecto de los planes de urbanismo porque “*En primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto*

Acudir a estos brocados no puede pasar como un acierto erudito, pues como se analizara más adelante las disposiciones de carácter general anuladas sí que producen efectos de los que ya no se puede predicar su nulidad (artículo 73 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); y asimismo confirma *sensu contrario* la posibilidad de retrotraer las actuaciones hasta un momento posterior a la aprobación inicial si esta no estuviera viciada de la nulidad impugnatoria.

¹⁶ Añade SANTAMARÍA PASTOR en el artículo citado que “*(...) Los trámites viciados no son nulos ni anulables: son simplemente irregulares, y tal irregularidad puede determinar la nulidad o la anulabilidad del acto final del procedimiento (o ser irrelevantes); pero los trámites irregulares son en todo caso subsanables, porque siempre pueden hacerse o volver a realizarse correctamente (otra cosa será si tal subsanación del trámite permite dotar de validez al acto con que finaliza el procedimiento)*”.

de los cuales carece de fundamento la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...)»

Evidentemente este círculo argumentativo se sostiene sobre el dogma de la nulidad radical de las disposiciones de carácter general, que bloquea la distinción entre el incumplimiento de requisitos formales o procedimentales con la presencia de defectos sustantivos, pero que no conecta con las características del instituto de la convalidación que presupone la subsanación de las irregularidades que se hubieran cometido durante la sustanciación del procedimiento de elaboración del Reglamento, manteniendo los actos de trámite que no se vieran necesariamente afectados.

Y tampoco sintoniza este estrecho enfoque con la propia doctrina del Alto Tribunal que distingue con claridad los sucesivos actos singulares, de trámite, del procedimiento del acto de aprobación de una disposición de carácter general susceptible de impugnación como acto autónomo y definitivo; diferenciando para ello los vicios de forma que acarrear la nulidad absoluta del acto de trámite con independencia del resultado final del procedimiento (que han de ser resueltos durante el procedimiento e incluso abren anticipadamente la vía jurisdiccional para su impugnación), de aquellas otras desviaciones de dichos actos de trámite cuya valoración requiere un análisis de su contenido sustantivo con ocasión de la resolución definitiva del procedimiento de elaboración del instrumento de planeamiento¹⁷.

A pesar de la negativa a admitir los distintos efectos que generan las irregularidades formales del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, y concebir abiertamente la posibilidad de su corrección singular sin necesidad de retrotraer las actuaciones hasta el momento inicial de la tramitación, el Tribunal Supremo ha dictado algunas resoluciones en las que directamente ha tratado la cuestión invocando lo dispuesto en el artículo 63.1 LRJPAC y reconduciendo las

¹⁷ Con una claridad digna de elogio la Sentencia de 12 de abril de 2013 (recurso de casación nº 5811/2010) de la que fue ponente el Excmo. Sr. MARIANO DE ORO-PULIDO LÓPEZ, recogiendo el parecer de lo que venía siendo declarado por el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 26 de julio de 2008 (recurso de casación nº 1662/2007), y aportando valiosos matices, afirma que *«este Tribunal Supremo tiene dicho que los actos de trámite son impugnables cuando se alegan causas de nulidad de pleno derecho, y, en concreto, lo ha dicho a propósito de las aprobaciones iniciales y provisionales de los planes urbanísticos. (...) Sin embargo, hemos declarado (v.g. sentencia de 16 de Diciembre de 1999, casación nº 3343/1994) que ello es así cuando se alegan “vicios de forma independientes del resultado final del procedimiento”, es decir, precisamos ahora, causas de nulidad que no se refieran al fondo de lo debatido sino a requisitos de forma para cuyo enjuiciamiento no es necesario entrar en el estudio de la regularidad material del acto, pues de otra manera se haría posible enjuiciar anticipadamente lo que ni siquiera se sabe si va a ser decidido en el acto final. Por el contrario, los vicios de forma que acarrear la nulidad del acto de trámite (v.g. incompetencia del órgano, defectuosa composición de éste, falta total y absoluta de los trámites legalmente establecidos, etc.) son causas de nulidad ya producidas y para cuyo examen no es necesario estudiar el contenido sustantivo del acto, más allá de lo necesario para averiguar su naturaleza y su caracterización»*.

irregularidades procedimentales a la anulabilidad del acto de trámite; de todas ellas traemos a colación las sentencias de 28 de marzo de 2008 (recurso nº 1715/2004); de 13 de noviembre de 2000 (recurso nº 6803/1995); de 13 de febrero de 1992 (recurso nº 4101/1990), en las que a pesar de ser objeto de enjuiciamiento infracciones del ordenamiento jurídico durante la tramitación del instrumento de planeamiento urbanístico se declara su anulabilidad en virtud del artículo 63 LRJPAC y no su nulidad conforme al artículo 62 LRJPAC¹⁸.

Además de analizar este vaivén al que se ve forzada la jurisprudencia por el constreñido margen a través del que se regula por nuestro procedimiento común la comisión de irregularidades durante la tramitación de instrumentos de planeamiento, y que sin lugar a dudas incrementa la fragilidad de un sistema de producción de normas reglamentarias, ya de por sí complejo por la concurrencia transversal de interminables normas sectoriales y especiales que disciplinan su elaboración y aprobación, es asimismo relevante reconsiderar también la doctrina de la nulidad radical de las disposiciones de carácter general desde la perspectiva de los actos de trámite realizados correctamente y que no están supeditados o en relación de dependencia con el acto viciado.

Es de crucial importancia este matiz porque la regulación prevista en el actual artículo 51 LPACAP no puede ser eludida so pretexto de que su aplicación sea

¹⁸ Así en la sentencia de 28 de marzo de 2008 se puede leer en su fundamento jurídico quinto que “(...) *Esta tesis acerca de la indefensión real no ha sido combatida a través del presente motivo de casación, a pesar de resultar determinante y definitiva para decidir si un plazo de quince días, prorrogado por otros quince, de información pública produjo indefensión a los recurrentes, pues lo que resulta evidente es que tal modo de proceder no representa una falta total y absoluta de procedimiento que genere la nulidad radical prevista en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino un supuesto de anulabilidad contemplado en el artículo 63.2 de la misma Ley, que, para ser apreciada, requiere la indefensión de los interesados, la que en este caso, según lo entendió correctamente el Tribunal de instancia, no se da, razón por la que este quinto y último motivo de casación tampoco puede prosperar*”.

En el mismo sentido la sentencia de 13 de noviembre de 2000, recogiendo la doctrina confirmada en sus antecedentes de 29 de septiembre de 1987 y de 5 de noviembre de 1998, afirma su fundamento jurídico tercero “(...) *En las sentencias citadas se declara que la omisión del informe del Secretario de la Corporación en el procedimiento de elaboración de planes es un vicio de procedimiento que no da lugar a una nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo establecido en los apartados a) y c) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sino, a lo más, a una causa de anulabilidad del artículo 48 de la misma Ley, pero ello siempre que la omisión hubiera privado al acto final de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o hubiera producido indefensión*”.

Y por último, la sentencia de 13 de febrero de 1992, al resolver sobre la nulidad de la aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento por una supuesta falta de motivación, concluye en su fundamento jurídico sexto que “(...) *La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si por tanto se ha producido o no la indefensión del administrado - art. 48,2 de la Ley de Procedimiento Administrativo-. En línea hay una constante jurisprudencia - sentencias de 14 de noviembre de 1986, 20 de febrero de 1987, 1º de octubre de 1988, 3 de abril de 1990, etc.*”

exclusiva para los actos administrativos anulables, ya que el legislador obliga a que el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones disponga siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción; lo que se ha de traducir necesariamente en el mantenimiento de los actos de trámite no viciados durante la elaboración de un instrumento de planeamiento declarado nulo tras su aprobación definitiva; poniéndose así en entredicho la tesis radical que extiende los efectos *ex tunc* de este tipo de nulidades hasta el momento anterior al acto de aprobación inicial, como viene por otro lado sosteniendo el Tribunal Supremo en la reiterada jurisprudencia que hemos citado.

Tal es así que la anulación de las actuaciones como consecuencia de la declaración de nulidad de un Reglamento ha de encontrar su límite en aquellos actos que no estuvieran viciados de nulidad, si no se quiere vulnerar el mandato contenido en el artículo 51 LPACAP con finalidades que en ningún caso están amparadas en él, menos aún bajo el presupuesto de la salvaguarda del ordenamiento jurídico, cuando lo que se persigue es conservar las actuaciones de la Administración pública que sean conformes a la Constitución, la Ley y sean respetuosas con el principio de jerarquía normativa. Sin embargo, no son pocas las sentencias del Tribunal Supremo que, sin realizar la reflexión que a nuestro entender requiere el contenido del actual artículo 51 LPAPAC, despachan el asunto de nuevo bajo el dogma de la nulidad radical de las disposiciones de carácter general.

De este modo en la sentencia de 28 septiembre 2012. (Recurso de Casación 2092/2011), que ya hemos citado con anterioridad, se discurre de la manera anunciada:

«La misma naturaleza normativa de las determinaciones del plan, declaradas nulas, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación a que se refieren los actos administrativos impugnados en la instancia y los autos recurridos.

En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los “actos y trámites” y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen “las actuaciones”. Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma Ley se refiere a los “actos anulables”, permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan. Y las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hace inviable la “aplicación analógica del artículo 66” de la Ley 30/1992 que se realiza en el auto recurrido (razonamiento tercero), que produciría no pocas distorsiones en el sistema.

(...) Igualmente, sobre la conservación y convalidación, hemos señalado que «no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística, dado que se trata de disposiciones de carácter general y

la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma Ley. (...) Esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de fechas 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (recurso de casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (recurso de casación 2072/2007), ha declarado que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a los reglamentos, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma Ley, según el cual los defectos formales en el trámite para la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es un Plan General, tienen carácter sustancial y su deficiencia acarrea su nulidad de pleno derecho» (STS de 31 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación nº 1221/2009).

En el mismo sentido, la sentencia de 18 noviembre 2011 (Recurso de Casación 5883/2008), que insiste en su fundamento jurídico cuarto en el tratamiento homogéneo de los defectos de fondo o de formas en los que pudiera haberse incurrido en la elaboración del instrumento de planeamiento, indicando que razonamientos como el que hemos expuesto parten de un error, «pues en el caso de nulidad de instrumentos de planeamiento no hay conservación ni convalidación de trámites, dado que se trata de disposiciones de carácter general, de manera que, a diferencia de lo que sucede con los actos administrativos, el incumplimiento de requisitos formales o procedimentales, lo mismo que la presencia de defectos sustantivos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no siendo aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma Ley. En este sentido, esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en repetidas ocasiones -sirvan de muestra las sentencias de 13 de diciembre de 2001 (casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (sic) (casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (casación 2072/2007) - que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a las disposiciones de carácter general, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma Ley, según el cual los defectos formales tienen carácter sustancial y su deficiencia acarrea su nulidad de pleno derecho».

No obstante, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha venido a reconocer indirectamente la aplicabilidad del principio de conservación de los actos administrativos, subrayando sus límites en supuestos de nulidad de instrumentos de planeamiento, que no son otros que dotar de validez a los actos propiamente declarados nulos, expresándolo en los siguientes términos el fundamento jurídico cuarto de su sentencia de 31 mayo 2011 (Recurso de Casación 1221/2009):

«De lo dispuesto en el citado artículo 132 del Reglamento de Planeamiento no se deduce lo contrario, ya que este precepto regula, en su apartado 2, las facultades de la autoridad u órgano que debe otorgar la aprobación definitiva, y en el apartado 3 las

decisiones que se pueden adoptar cuando el expediente esté formalmente completo, pero en el caso enjuiciado se trata de un Plan General de Ordenación Urbana, que fue declarado nulo de pleno derecho en sede jurisdiccional, y que las Administraciones Urbanísticas, a quienes corresponde su aprobación, tratan de conservar o convalidar trámites a pesar de aquella nulidad radical previamente declarada judicialmente, razón por la que el Tribunal a quo, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, recuerda a los litigantes que la tesis fundamental de las sentencias pronunciadas con anterioridad fue “la de que el principio de conservación de los actos administrativos no puede llevar al extremo de dar por válidos los propios actos declarados nulos”».

Pero en definitiva se le da el mismo tratamiento tanto a la posibilidad de convalidar planes cuyos errores de tramitación pudieran ser subsanables, aunque a veces se reduzcan sus efectos en la retroacción del procedimiento, como al imperativo legal de conservar las actuaciones no afectadas por ningún tipo de irregularidad; fundándose básicamente este razonamiento jurisprudencial en el carácter normativo de los planes y su indivisibilidad material, conjugando asimismo la vía de declarar su nulidad parcial con el carácter esencial y sustantivo de los actos de tramitación, como se expone pormenorizadamente en la resolución de un incidente de ejecución de sentencia por la que se vino a estimar en parte el recurso contencioso administrativo que se interpuso en su día contra la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, sentencia de 28 septiembre 2012 (Recurso de Casación núm. 1009/2011).

Aunque también en determinados supuestos se ha optado por moderar la aplicación de la teoría de las nulidades, perfilando o ajustando los efectos *ex tunc* en función de la naturaleza del vicio que determinó la nulidad, así las sentencias de 8 de noviembre de 2012 (recurso de casación 4561/2011); de 20 de septiembre de 2012 (recurso de casación nº 5456/2010); de 26 de noviembre de 2008 (recurso de casación nº 7459/2004).

V.- EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS.

Los rasgos básicos del compendio doctrinal y jurisprudencial que hemos expuesto sobre la nulidad de las disposiciones de carácter general, y por ende de los instrumentos de planeamiento, ha emanado de un debate cuyo origen gira en torno a los conflictos formulados en sede jurisdiccional con ocasión de la impugnación directa de aquellos o indirectamente al combatir sus actos de ejecución y desarrollo; pues rara vez, y decimos rara vez por no negar rotundamente tal probabilidad, la Administración pública revisa de oficio los reglamentos ilegales elaborados en el ejercicio

de sus potestades planificadoras¹⁹. Lo deseable es que los razonamientos utilizados en este enriquecedor debate ofrezcan como resultado un marco de referencia sólido para los operadores jurídicos, sin embargo, nada más lejos de la realidad.

A un contexto legislativo en el que cada día resulta más complejo fijar un análisis apriorístico sobre las posibilidades impugnatorias del planeamiento, tanto por la extensión desmesurada del ordenamiento jurídico que incide en su contenido y elaboración, como por los variados enfoques disponibles para formular una postulación de nulidad, se añade la incertidumbre e inseguridad que generan las habituales sentencias estimatorias de una pretensión anulatoria²⁰, sobremanera en cuanto a los efectos y consecuencias jurídicas que va a producir sobre situaciones jurídicas ya creadas por la vigencia del reglamento devenido nulo.

En primer orden, se ha de indicar que los efectos de las resoluciones judiciales que anulan instrumentos de planeamiento sobre los actos aplicativos a través de los que se desarrollan sus determinaciones se han de circunscribir a lo dispuesto en los artículos 72.2 y 73 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA); la puesta en práctica de estos preceptos ha dado lugar a una casuística que ha hecho evolucionar la teoría general de la invalidez al confrontarla con los modos de ejecución material de las sentencias de nulidad de disposiciones administrativas.

Como se sabe, la declaración de nulidad por sentencia firme de una disposición de carácter general produce efectos generales, afectando a todas las personas, hayan sido parte o no del procedimiento, desde la publicación del fallo (artículo 72.2 LJCA), aunque antes de dicha publicación lo más probable es que se hayan producido actos administrativos e incluso sentencias firmes que hayan aplicado el instrumento de planeamiento anulado, sin que la resolución anulatoria pueda por sí misma distorsionar su eficacia (artículo 73 LJCA).

Para reconfigurar el orden jurídico instituido por la vigencia temporal de disposiciones ilegales, es imprescindible la observancia de los principios de autotutela de la Administración y de seguridad jurídica²¹ que motivan la disminución de los

¹⁹ Básicamente porque las normas viciadas son expulsadas del ordenamiento jurídico dictando otra de igual rango y contenido.

²⁰ SANTAMARIA PASTOR, J.A. analiza lo que él denomina «activismo judicial en materia de planeamiento», que se concreta en «el elevado número de sentencias que estiman los recursos interpuestos contra acuerdos de aprobación de planes urbanísticos (de todos los niveles), así como contra los de modificación puntual de los mismos, decretando su nulidad de pleno derecho». Vid. *Muerte y transfiguración de la desviación de poder: Sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos*. Revista de Administración Pública, núm. 195, septiembre-diciembre (2014) págs. 209-215.

²¹ Con arreglo a reiterada jurisprudencia (STS de 17 de junio de 2009, recurso de casación 5491/2007, que reitera el criterio y reproduce anteriores pronunciamientos, como síntesis de una prolon-

estrictos términos en los que operan los efectos *ex tunc* en la nulidad de los reglamentos con relación a los actos dictados a su amparo, dejando expedita la posibilidad de su conservación, conversión, y otorgándoles la presunción de validez siempre que hubieran adquirido firmeza antes de la publicación del fallo anulatorio. Ahora bien, la subsistencia de los actos firmes se produce ya sean estos favorables o de gravamen²², y siendo estos plenamente ejecutivos pueden modificar situaciones jurídicas que si se quieren mantener inalteradas obligará a los afectados a impugnarlo por la vía del recurso extraordinario de revisión (artículos 113 y 125 LPACAP), o del procedimiento de revisión de oficio (artículo 106 LPACAP) con los límites previstos en el artículo 110 del mismo cuerpo legal.

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 LJCA a los actos firmes no favorables o de gravamen es avalada por el Tribunal Supremo, que no ha encontrado obstáculo para ello en la atribución legal que el derogado artículo 105 LRJPAC confería a la Administración pública para que pudiera en cualquier momento revocarlos²³, tesis que a nuestro juicio no se ve afectada por el límite para el ejercicio de esta potestad introducido por el actual artículo 109 LPACAP, al impedir que se deshagan situaciones jurídicas más allá del plazo legal de prescripción sin determinar a qué plazo se refiere²⁴, pero que sí introduce ciertas distorsiones.

gada línea jurisprudencial, lo declarado en la STS de 4 de enero de 2008) se ha dicho «interpretando antes lo establecido en los artículos 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 1956, y ahora lo dispuesto en los artículos 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 106 LPACAP), y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo 29/1998, que por razones de seguridad jurídica se atempera el principio de eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de las disposiciones de carácter general respecto de los actos administrativos que hubiesen adquirido firmeza con anterioridad a que la sentencia anulatoria de aquellas disposiciones alcanzase efectos generales (Sentencias, entre otras, de fechas 26 de febrero de 1996, 28 de enero y 23 de noviembre de 1999, 24 y 26 de julio de 2001 y 14 de julio de 2004 y concretamente se ha declarado que la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes (Sentencia de fecha 8 de julio de 1992)».

²² SSTS de 4 de abril de 2012 (rec. casación 5301/2008); de 2 de junio de 2009 (rec. casación 3428/2007) en las que se analiza la intangibilidad de los actos firmes de carácter favorable; y en supuestos en que tenían carácter desfavorable o de gravamen y se mantuvieron tras declararse la nulidad de la norma de cobertura podemos citar la STSJ de Cataluña 1096/2001, de 25 de octubre, y la STSJ de Murcia 717/2014, de 26 de noviembre.

²³ Así entre otras, aunque no sea doctrina pacífica, en SSTS de 11 de julio de 2001 (rec. casación 216/1997) y de 31 de mayo de 2012 (rec. casación 1429/2010), se afirma que «(...) la potestad de revisión que el artículo 105 de la Ley 30/92 concede a la Administración para los actos de gravamen o desfavorables no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad. La petición de revisión no puede ser ocasión para discutir si el acto de gravamen se ajusta o no al ordenamiento jurídico, pues ello sólo puede hacerlo el interesado impugnando en tiempo y forma el acto discutido».

²⁴ La dicción del artículo 109 LPACAP se ha mantenido respecto al contenido en el Anteproyecto de la Ley (artículo 136), pese a la crítica de la que fue objeto en el Dictamen 275/2015 del Consejo de Estado, de 29 de abril de 2015: «La novedad radica en la sustitución de las palabras “en cualquier momento” por el inciso

Esta limitación temporal introducida por el legislador para el ejercicio de la potestad revocatoria parece destilar un palmario contenido económico, limitando la posibilidad de revocar actos desfavorables o de gravamen mientras que las infracciones administrativas de cualquier tipo u obligaciones tributarias, por ejemplo, no hayan prescrito. Pero también puede interferir en la posibilidad de dejar sin efecto actos dictados en procedimientos de otra naturaleza, como por ejemplo, en los de restablecimiento de la legalidad urbanística que pueden concluir con un acto de evidente contenido gravoso como es la demolición, siempre, eso sí, que el ordenamiento jurídico no sea vulnerado.

De este modo, en aplicación del artículo 73 LJCA, al ser declarado nulo un instrumento de planeamiento cuya contravención motivó la incoación del oportuno procedimiento y posterior orden firme de reposición física al estado originario, no podrá acudir a su simple revocación por el órgano que la dictó, pues en puridad no podría hablarse de prescripción de la infracción sino de invalidez o inexistencia de la norma infringida, y por lo tanto sólo cabría la opción de revisar el acto de oficio o a instancia del interesado, lo que es sin duda un procedimiento más costoso en términos de eficiencia y tiempo.

Por otro lado, el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de enero de 2014 (rec. casación nº 3045/2011) ha considerado que los efectos de la declaración de nulidad de una disposición de carácter general pueden no comunicarse al acto de aplicación aunque este no sea firme, si encuentra «cobertura propia» en alguna otra norma integrante del ordenamiento jurídico.

Las normas de cobertura pueden incluso ser las disposiciones generales que hubieran sido derogadas por la declarada nula, habiendo modificado el Alto Tribunal su posición pretérita reacia a la denominada por la doctrina «reviviscencia» de las normas derogadas por el reglamento ilegal²⁵.

“mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción”, expresión ésta sobre la que no hay explicación alguna en el expediente pero que indudablemente constituye un límite temporal al ejercicio de la potestad de revocación. Se trata de un límite que carece de una adecuada configuración en el precepto proyectado, de cuyo tenor no cabe inferir cuál es ese plazo de prescripción cuyo transcurso impide que la revocación pueda tener lugar. Al margen de cuál pueda ser el sentido de dicha expresión, no debe olvidarse que la revocación surgió como técnica revisora que permite a la Administración proceder a la retirada del mundo jurídico de los actos de gravamen sin sujeción a límite temporal alguno. Se trata de una facultad discrecional cuyo ejercicio, por lo demás, no se limita a los supuestos en que concurran razones de legalidad, pues puede asimismo emplearse por motivos de oportunidad (STS de 31 de mayo de 2012, recurso nº 1429/2010). Lo que realmente define a la revocación es su conveniencia al interés público, no sólo en el momento de dictarse el acto, sino en cualquier momento posterior y siempre que concurra dicho interés. De ahí que, ante la ausencia en el expediente de argumentos que justifiquen dicha limitación y mientras no se aclare su significado, se considere preferible mantener el tenor literal del artículo 105 de la Ley 30/1992 vigente.»

²⁵ SANZ HEREDERO, J.D. Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid, en su artículo *Consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento sobre las*

Según la interpretación actualmente unánime, sintetizada en la anteriormente citada sentencia de 2 de marzo de 2016, «(...) *El efecto primordial de la nulidad de una disposición general, categoría a que pertenecen los instrumentos de planeamiento urbanísticos, aun sus modificaciones singulares, es que revive la vigencia de la disposición o norma derogada por la que ha sido objeto de anulación*».

Otra cuestión que ha sido objeto de análisis doctrinal²⁶ es la hipótesis de que la Administración pública siga dictando actos en aplicación de un reglamento ilegal mientras la sentencia anulatoria firme no sea publicada conforme a lo dispuesto en el artículo 72.2 LJCA. Sin embargo, es más que razonable clausurar esta vía de actuación recordando que, habiendo sido parte en el proceso, esta conducta además de vulnerar el principio de legalidad supondría una contravención del artículo 118 CE, que obliga a cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales.

Donde no resulta tan uniforme el criterio doctrinal es en los casos en que la controversia planteada en sede jurisdiccional sobre la nulidad de una disposición de carácter general y sus actos de aplicación se dirime por órganos diferentes, como ocurre con bastante asiduidad, al impugnarse directamente el acto e indirectamente el Reglamento que le da cobertura.

Para HUERGO LORA la falta de firmeza de la sentencia anulatoria no es impedimento para que despliegue efectos, arguyendo que los Reglamentos no se presumen válidos como se dispone expresamente por el legislador para los actos administrativos (actual artículo 39 LPACAP), y negando asimismo el carácter firme de un Reglamento ilegal ante el que quedará abierta la vía impugnatoria sin limitación temporal, no vinculando a los Jueces y Tribunales que no deberán aplicarlo al conocer de un recurso indirecto sin necesidad de esperar un pronunciamiento sobre su legalidad o no, máxime si existe una resolución judicial al respecto aunque no haya adquirido firmeza²⁷.

licencias urbanísticas y situación jurídica de los terceros adquirentes afectados. Práctica Urbanística, nº 141, Sección Estudios. Ed. La Ley.

²⁶ AGOUES MEDIZABAL, M.C. *Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general*. Revista Vasca de Administración Pública, número especial 99-100, mayo-diciembre 2014, págs. 65-85.

²⁷ Tesis que ha sido reproducido en SSTS de 17 de septiembre de 2008 (rec. casación 5310/2004); de 20 de abril de 2009 (rec. casación 157/2005); de 26 de junio de 2009 (rec. casación 1253/2005); de 9 de julio de 2009 (rec. casación 566/2005); de 21 de marzo de 2011 (rec. casación 2026/2007); de 26 de mayo de 2011 (rec. casación 4754/2007); de 6 de octubre de 2011 (rec. casación 4282/2008); de 20 de diciembre de 2012 (rec. casación 2662/2010); y de 2 de marzo de 2015 (rec. casación 3160/2013), entre otras.

En una posición opuesta, MUÑOZ MACHADO y CARRO MARINA²⁸ cuestionan que de la dicción del artículo 72.2 se puedan plantear dos regímenes distintos, afirmando que tan sólo las sentencias firmes son de obligado cumplimiento. Para estos autores sostener lo contrario reduce el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración, y conforme a los artículos 84 y 91 LJCA la ejecución de las sentencias no firmes sólo procede si se insta provisionalmente.

Sobre ser controvertida la interpretación que viene haciendo la doctrina y la jurisprudencia sobre los posibles efectos de la nulidad de una disposición administrativa sobre sus actos de aplicación, en ningún caso es extensible a los supuestos en los que se valoran las consecuencias sobre otros instrumentos normativos subordinados jerárquicamente al Reglamento anulado, esto es, cuando exista una relación entre dos disposiciones «*intraordenadas entre sí*»²⁹.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en una infinidad de supuestos en los que se ha pretendido que prevalezca la firmeza del instrumento de desarrollo no impugnado directa o indirectamente, o se mantuvieran incólumes los aspectos de aquellos que singularmente no se vieran contaminados por la nulidad de su norma de cobertura.

Entre otros pronunciamientos podemos citar el contenido en la sentencia de 28 de septiembre de 2012 (rec. casación 1009/2011), que en su fundamento jurídico décimo afirma sin ambages 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. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de estas, al tratarse de una nulidad “ad initio”*».

Asimismo la sentencia de 17 julio 2012 (rec. de casación 5732/2011) despliega íntegramente los efectos de la nulidad de unas normas subsidiarias al texto refundido posterior del mismo planeamiento, aseverando en su fundamento jurídico tercero que «(...) *Si la disposición general es nula de pleno derecho, el Texto articulado de la misma, aprobado después y antes de haberse declarado por sentencia firme dicha nulidad radical, queda también contaminado por ésta, de modo que no se pueda sostener, como hace el Ayuntamiento recurrente, que la Orden Foral aprobatoria de las Normas Subsidiarias de Planeamiento es nula de pleno derecho y la que aprueba el Texto articulado de éstas es válida y conforme a derecho*».

²⁸ Vid. «*La eficacia de las Sentencias no firmes (impugnación de una corriente jurisprudencial: desde la sentencia de 17 de septiembre de 2008 a la de 10 de octubre de 2011)*», en Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás Ramón-Fernández, Ed. Civitas, 2012.

²⁹ AGOUES MEDIZABAL, M.C. Op. cit. pág. 69.

Con ocasión de una reforma en la legislación urbanística³⁰ catalana que transitoriamente disponía la convalidación de los trámites y la aprobación de los actos de aplicación que se hubieran dictado al amparo de la aprobación definitiva de normas urbanísticas no publicadas, el Tribunal Supremo en su sentencia 13 de julio de 2012 (rec. casación 207/2011), tras hacer una referencia a los títulos competenciales concernidos, reitera en su fundamento jurídico quinto que «(...) cuando el Plan General no ha sido publicado es ineficaz, y ello determina que el planeamiento de desarrollo, como acontece con el plan parcial impugnado en la instancia, adolezca de un vicio de nulidad de pleno derecho por carecer de eficacia el planeamiento general que le debe prestar la preceptiva y necesaria cobertura normativa. En este sentido, hemos dictado las siguientes sentencias, entre otras muchas, SSTs de 8 de septiembre de 2011 (recurso de casación nº 6267/2007), 14 de julio de 2010 (recurso de casación nº 3924/2006), 14 de octubre de 2010 (recurso de casación nº 3924/2006), 16 de octubre de 2009 (recurso de casación nº 3850/2005), 26 de mayo de 2009 (recurso de casación nº 457/2005), 28 de abril de 2004 (recurso de casación nº 7051/2001), 27 de julio de 2001 (recurso de casación nº 8876/1996), 16 de octubre de 2009 (recurso de casación nº 3850/2005), 25 de mayo de 2000 (recurso de casación nº 8443/1994) y 3 de febrero de 1999 (recurso de casación nº 2277/1992).»

Manteniendo su doctrina, la Sala Tercera declara nulo un Estudio de Detalle por haber decaído el Plan General de Ordenación Urbana que le prestaba cobertura, aunque después de sanado el vicio de nulidad que afectaba al instrumento general se reproduzca el de desarrollo con idéntico contenido, como lo expresa en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de 8 de octubre de 2014 (recurso de casación nº 1510/2012): «Cualquiera que sea el alcance y finalidad o contenido de los Estudios de Detalle según los preceptos invocados del Reglamento de Planeamiento, lo cierto es que, en el caso enjuiciado, no se trata de analizar si se ha cumplido con lo establecido en esos preceptos sino de que dicho instrumento de ordenación urbanística es nulo de pleno derecho por haber sido declaradas radicalmente nulas las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana que legitimaron su aprobación, sin perjuicio de que, una vez ordenado el ámbito en cuestión cumpliendo lo declarado y ordenado por el Tribunal a quo en la sentencia que declaró nulas dichas determinaciones del Plan General, quepa la aprobación de un nuevo Estudio de Detalle, cuyo contenido pueda ser coincidente con el anterior en atención al ordenamiento jurídico aplicable al tiempo de la nueva aprobación, de modo que este tercer motivo de casación debe ser desestimado al igual que los anteriores».

De igual modo ocurre cuando nos encontramos ante actos de ejecución del planeamiento de desarrollo, aunque no sean propiamente normas de ordenación urbanísticas, declarada la nulidad de un Plan Parcial afectará a las Bases y Estatutos de la Junta de Compensación en el sistema privado de gestión urbanística, conforme

³⁰ Ley 10/2004, de 24 de diciembre, de modificación de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo para el fomento de la vivienda asequible, de la sostenibilidad territorial y de la autonomía local (BOE nº 40, de 16 de febrero de 2005).

al razonamiento expuesto en la sentencia del Alto Tribunal de 12 de noviembre de 2010 (recurso de casación nº 6045/2009) que considera en su fundamento jurídico sexto que en estos supuestos «No estamos, en definitiva, ante un acto firme que carece del soporte normativo que le proporciona la disposición general, sino ante una norma reglamentaria, un instrumento de desarrollo urbanístico, que precisa, para consumarse sus previsiones y llevarse a la práctica sus determinaciones, de una serie de actos posteriores de ejecución».

Con respecto a la aparente distinción que el artículo 26 LJCA realiza entre «actos que se produzcan en aplicación» (apartado 2) y «actos de aplicación» al regular la impugnación directa e indirecta de disposiciones de carácter general, el Tribunal Supremo³¹ la ha equiparado al enjuiciar sobre la impugnación de disposiciones «intraordenadas entre sí», teniendo en cuenta que «el artículo 26.2 regula la impugnación indirecta contra disposiciones generales tanto para los casos en que no se haya recurrido la disposición general como para el caso de que la misma haya sido desestimada-, con motivo de la impugnación de los actos de aplicación. Correspondiendo al órgano judicial, ex artículo 27.2 de la LJCA, que conoce de la impugnación indirecta -y siempre que sea competente también para conocer de la impugnación directa contra la norma reglamentaria indirectamente impugnada - declarar no solo la invalidez del acto de aplicación sino también de la disposición general, cuando el vicio de esta determina la nulidad de aquel acto. Además de las facultades que señala el apartado 3 del citado artículo 27 para este Tribunal Supremo. A tales consideraciones no obsta que estemos ante la impugnación directa de una norma -plan parcial- por la nulidad de la norma de cobertura -el plan general-. Es decir, la relación se produce no entre un acto administrativo y la norma de cobertura, sino entre dos normas relacionadas jerárquicamente. Al respecto debemos señalar que si bien el artículo 26 de la LJCA 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. Dicho de otra forma, la disposición general que se impugna de manera directa -plan parcial- puede estar viciada de ilegalidad porque la norma de superior rango -plan general- a cuyo amparo se dicta el plan parcial es nula y, en tal medida adolece del mismo vicio de invalidez.»

Por último, es importante añadir que un requisito exigible a priori para que los efectos de la nulidad de un Reglamento se comuniquen a los instrumentos jerárquicamente subordinados, al igual que a sus actos de aplicación, es la firmeza de la sentencia que estime tal grado de afección, como se indica en la citada anteriormente

³¹ La dicción literal es de la STS de 4 de febrero de 2011 (rec. casación 194/2007), que comparte la misma razón de decidir que, entre otras, las de 4 de noviembre de 2011 (rec. casación 6062/2010); de 16 de junio de 2011 (rec. casación 6207/2007); y de 25 de septiembre de 2009 (rec. casación 553/2005). Sobre los perfiles específicos del régimen de la impugnación indirecta se pueden consultar también las SSTs de 17 de octubre de 2002 (rec. casación 3458/2010); y de 9 de abril de 2003 (rec. casación 3565/2000).

sentencia de 30 de enero de 2014 (rec. casación 3045/2011); que deja al albur de la Administración seguir aplicando el planeamiento anulado entre tanto adquiera firmeza la resolución invalidante.

VI.- LA JERARQUÍA DEL PLANEAMIENTO TERRITORIAL SOBRE LA PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA.

Después de haber delimitado los contornos de la controversia existente sobre la nulidad de los instrumentos de planeamiento como disposiciones de carácter general, y los efectos que tal declaración lleva aparejada, para centrar así los términos en los que se ha de plantear su puesta en práctica cuando la invalidez se proclama de un plan de ordenación territorial, es esencial realizar una rápida aproximación a su naturaleza jurídica y analizar su vinculación con el planeamiento urbanístico, y así exponer cuál es el grado de afección sobre este último cuando las determinaciones de carácter territorial son expulsadas del ordenamiento jurídico bajo la sanción de nulidad.

Al socaire del conflicto surgido sobre la participación en el procedimiento de elaboración de la planificación territorial de órganos consultivos, en función de considerarlos reglamentos ejecutivos³² de la ley o independientes, la jurisprudencia ha afirmado colateralmente su naturaleza reglamentaria; a lo que se añade que la «vinculatoriedad» de los planes de ordenación del territorio sobre los planes urbanísticos confirma idéntica naturaleza en ambos instrumentos de planificación. Y en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de marzo de 2005

³² Como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, en Sentencia de 23 de diciembre de 2010 (recurso 620/2007) al afirmar «La jurisprudencia del Tribunal Supremo, según se refiere en su sentencia de 24 de junio de 2003, para perfilar la noción de Reglamento ejecutivo, ha utilizado, esencialmente, dos concepciones: una material, comprendiendo en el concepto aquellos Reglamentos que de forma total o parcial “completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan” una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia; y otra formal, dando cabida a los Reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material. (...) Ha de tenderse, por tanto, a una interpretación no restrictiva del término “ejecución de leyes” teniendo en cuenta que hay, incluso, una mayor necesidad de control interno en la elaboración de los reglamentos, precisamente, a medida que es mayor la desconexión con la ley y dado que, en todo caso, han de respetar el bloque de la legalidad. Consecuentemente, y mientras subsista la necesidad de distinguir a efectos del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente unos reglamentos específicamente “ejecutivos” porque la categoría esté formalmente consagrada en la LOCE o en la correspondiente Ley autonómica, ha de incluirse en ella toda norma reglamentaria que desarrolle cualquier remisión normativa o reenvío legal a una ulterior normación que ha de efectuar la Administración como complemento de la ordenación que la propia ley establece, aunque ésta no incorpore una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a desarrollar o completar el reglamento; y, únicamente, estarán excluidos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente los Reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles especialmente en el organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración y los Reglamentos de necesidad (sentencias de 27 de noviembre de 1995 y 3 de julio de 1996)».

(recurso de casación), y algunas Salas territoriales como la STSJ del País Vasco de 20 de julio de 2006 (recurso 1264/2001); STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de abril de 2011 (recurso 787/2007), entre otras.

Presupuesto el carácter reglamentario del planeamiento territorial, ha de establecerse la relación internormativa con el planeamiento urbanístico al amparo del principio de jerarquía consagrado en el artículo 9.3 CE para poder valorar su grado de vinculación, y de este modo cerciorarnos de que no se rebasan los límites definidos en el actual artículo 128.3 LPACAP, que establece que las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que determinen las leyes, sin que puedan vulnerar los preceptos de otra de rango superior.

Siendo la ordenación territorial una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas *ex* artículo 148.1 3º CE, habrá que acudir a cada territorio para analizar cómo su legislación regula la dependencia entre la planificación territorial y urbanística. Excediendo el objeto de este artículo el estudio pormenorizado de toda la legislación autonómica en la materia, citaremos varios ejemplos que consideramos significativos del distinto tratamiento que recibe el vínculo de dependencia normativa, lo que nos permitirá vislumbrar el distinto grado de intensidad con el que se concibe e incluso constatar cierta tendencia unificadora.

Así la Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de Política Territorial, de Cataluña, que evita mencionar en su preámbulo los títulos competenciales autonómicos dispuestos en la Constitución del Estado español, se remite a los artículos 40 y 45 CE para recoger así el mandato constitucional a los poderes públicos para que promuevan las condiciones favorables para el progreso social y económico, y para una distribución más equitativa de las rentas regionales y personales; y velar por la utilización racional de todos los recursos naturales a fin de proteger y mejorar la calidad de la vida, y defender y restablecer el medio ambiente.

En Cataluña el Plan Territorial General se complementa con los Planes Territoriales Parciales³³ y Sectoriales; y los Planes Directores Territoriales concretan las directrices generales de los planes territoriales generales y parciales, y son la referencia para los planes de ordenación urbanística, que han de ser coherentes con aquéllos y facilitarán su cumplimiento.

En las Islas Baleares, la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial, en su artículo 15, declara la vinculación para el planeamiento urbanístico de los instrumentos de ordenación territorial en «*todos aquellos aspectos en que sean predominantes los intereses públicos de carácter supramunicipal*». Y en el ejercicio pleno de la potes-

³³ Los planes territoriales parciales cuentan con un Reglamento propio que regula el procedimiento de elaboración, tramitación y aprobación, aprobado por Decreto 142/2005, de 12 de julio.

tad de ordenación el municipio, a través de la revisión del planeamiento urbanístico, debe adaptarse a las determinaciones fijadas en los instrumentos de ordenación territorial, «sin perjuicio de que aquellas determinaciones se integren, por razón de su prevalencia, dentro de la ordenación urbanística vigente». Subrogando el consejo insular en el ejercicio de las competencias municipales si se superan los plazos fijados por el instrumento de ordenación territorial para la adaptación del planeamiento urbanístico.

El Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, en el Principado de Asturias, dispone en su artículo 27 que «los planes y otros instrumentos de ordenación urbanística están vinculados jerárquicamente a las determinaciones de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales que resulten aplicables, así como a las Directrices de Ordenación Territorial, los Programas de Actuación Territorial, los Planes Territoriales Especiales y los demás instrumentos de ordenación territorial (...)». Y en su apartado segundo se confirma el diseño como un único sistema integrado en el que los instrumentos de ordenación urbanística están llamados a desarrollar la planificación territorial, la de los recursos naturales, así como la de las actuaciones sectoriales con impacto o incidencia sobre el territorio.

La técnica legislativa de unificar la Ordenación del Territorio y Urbanística en un solo cuerpo normativo encuentra su antecedente, junto con la legislación de la Comunidad de Madrid³⁴, en la hoy derogada Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y Urbanística de Castilla La Mancha³⁵, en cuya exposición de motivos se expresaba con rotundidad que «el gobierno del territorio se traduce (...) desde la perspectiva de la dinámica de los poderes públicos en una única función, por más que el desarrollo de ésta exija intervenciones desde perspectivas distintas, más estratégicas y organizativas unas y más concretas y de directa y detallada regulación e intervención otras».

El esquema del sistema de planificación para el legislador castellano manchego se concreta en torno a la escala supramunicipal o municipal. Entre los planes de ordenación territorial y urbanística supramunicipales se hallan los Planes de Ordenación del territorio de carácter integral o sectorial, que establecen directrices de coordinación territorial para la formulación de los diferentes instrumentos de ámbito espacial menor; los Planes de Singular Interés, que tienen por objeto la ordenación y transformación del suelo en actuaciones de iniciativa pública de relevante interés social o económico en el ámbito regional; y la planificación municipal se articula a través de los Planes de Ordenación Municipal, que definen la estrategia de utiliza-

³⁴ Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo.

³⁵ En el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, se sigue manteniendo esta unificación del sistema en un mismo cuerpo normativo.

ción del territorio y su ordenación urbanística estructural, la ordenación detallada del suelo urbano y del urbanizable de ejecución prioritaria y la ordenación del suelo rústico conforme a su régimen propio; cerrándose el sistema de planificación municipal con los Planes de Delimitación del Suelo Urbano, figura que ha desaparecido en el sistema de planificación urbanística andaluza tras la entrada en vigor de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía; así como los Planes Parciales que desarrollan e incluso pueden modificar el planeamiento de ordenación municipal; y los Planes Especiales, que desarrollan y complementan el planeamiento territorial o urbanístico, pero que también pueden modificarlos cumpliendo diversos cometidos sectoriales de relevancia para la ordenación espacial.

En nuestro espacio territorial más inmediato es la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la que concreta el contenido material de la acción política en el territorio a través de la planificación. Como otros textos autonómicos parte de la definición recogida en la Carta Europea de la Ordenación del Territorio, como *«expresión espacial de las políticas económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad»*, y declara como objetivos específicos *«la articulación territorial interna y con el exterior de la Comunidad Autónoma y la distribución geográfica de las actividades y de los usos del suelo, armonizada con el desarrollo económico, las potencialidades existentes en el territorio y la protección de la naturaleza y del patrimonio histórico; todo ello con el fin de conseguir la plena cohesión e integración de la Comunidad Autónoma, su desarrollo equilibrado y, en definitiva, la mejora de las condiciones de bienestar y calidad de vida de sus habitantes»*.

El grado de vinculación de las determinaciones de la planificación territorial en Andalucía depende de la naturaleza de éstas. Reflejo del modelo legislativo de la Unión Europea, el legislador andaluz gradúa el nivel de intensidad vinculante de la ordenación del territorio según sean definidas sus determinaciones como Normas, que serán de aplicación directa y vinculantes para las Administraciones Públicas y para los particulares, en los suelos urbanizables y no urbanizables; las Directrices, que son determinaciones vinculantes en cuanto a sus fines, siendo los órganos competentes de las Administraciones Públicas a quienes corresponda su aplicación los que han de establecer con sujeción a ellas las medidas concretas para la consecución de dichos fines; y por último, las Recomendaciones, que son determinaciones de carácter indicativo dirigidas a las Administraciones Públicas que, en caso de apartarse de las mismas, deberán justificar de forma expresa la decisión adoptada y su compatibilidad con los objetivos de la Ordenación del Territorio³⁶.

³⁶ Artículo 21 de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Aunque la vinculación del planeamiento urbanístico a la ordenación territorial queda clara en este sistema normativo, debiendo desarrollarse la actividad urbanística en el marco de ésta, *ex* artículo 2 LOUA, el legislador autonómico ante el debate que se ha venido suscitando sobre el Plan de Ordenación Territorial de Andalucía en sede jurisdiccional ha pretendido zanjarlo, introduciendo para ello una modificación en el apartado 1 del artículo 22 LOTA³⁷, incluyendo a los planes de ordenación urbanística entre las normas subordinadas a las determinaciones del POTA, lo que en vez de apaciguar la cuestión ha planteado la duda sobre si con anterioridad a esta expresa reforma legislativa, el planeamiento urbanístico estaba vinculado directamente a determinaciones como la contenida en la tan cuestionada Norma 45, que como se sabe establece unos límites a los crecimientos urbanísticos al que el planeamiento municipal ha de ceñirse.

Sin embargo, esta relación entre los distintos instrumentos de ordenación territorial y de estos con el planeamiento urbanístico no impone la necesaria existencia previa de unos frente a los demás, y aunque fuera deseable, esta situación se enfrenta a la realidad de las cosas³⁸, como ha manifestado en alguna ocasión la jurisprudencia en relación al POTA, refiriéndose a *«la mayor dificultad que, sin duda, plantea la elaboración y aprobación del instrumento de ordenación de todo el territorio, evidenciada ya en los precedentes del Plan Nacional de Ordenación Urbana, contemplado en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y que nunca llegó a ver la luz, y de los Planes Directores Territoriales de Coordinación, introducidos con la reforma de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, pero de escasa o casi nula implantación, circunstancia que no supuso impedimento alguno para la aprobación de los planes de ordenación urbanística también contemplados en tales leyes y a pesar de la subordinación a aquellos otros instrumentos que allí se establecía (artículos 8 y 10.2 TRLS 1976)»*.

De ahí que haya de tener lugar un procedimiento de adaptación del planeamiento subregional a los instrumentos de ordenación territorial de rango superior³⁹, al igual que ocurre con el planeamiento urbanístico general, lo que presupone la vigencia anterior del planeamiento que ha ser adaptado.

³⁷ Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía.

³⁸ En palabras del Magistrado BAENA DE TENA, como ponente de la Sentencia de 23 de mayo de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga (recurso 1628/2006), refiriéndose a la elaboración del Plan de Ordenación Territorial de Andalucía.

³⁹ El artículo 22 LOTA dispone que el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía será vinculante para el resto de los instrumentos de planificación territorial, y asimismo el artículo 42 LOTA establece que el Plan del Corredor del Litoral de Andalucía es vinculante para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional.

Bajo este presupuesto, el legislador territorial establece que el POTA determinará los plazos de adaptación de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional y, por otro lado, el Decreto de aprobación de aquellos fijará los plazos que habrá de cumplir el Planeamiento Urbanístico General en su proceso adaptativo, lo que sin duda avala las tesis de que la planificación urbanística requiere de un nivel de concreción territorial de ámbito subregional para adaptarse a las determinaciones que no sean de aplicación directa del planeamiento territorial de ámbito regional en Andalucía, salvaguardando el principio de jerarquía normativa, y acorde con la garantía institucional de la autonomía local en el ejercicio de las competencias urbanísticas municipales.

Ante las fallas que está mostrando este sistema de producción normativa para ajustar el planeamiento urbanístico a las determinaciones de la ordenación territorial en Andalucía, el ejecutivo andaluz introdujo en el artículo 3 del Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del Litoral de Andalucía, un plazo máximo para que los Ayuntamientos se adapten al POTA so pena de prohibir la tramitación de instrumentos de planeamiento de desarrollo *«que supongan para el municipio un crecimiento superior a los límites establecidos en la Norma 45 del POTA y en los criterios para su desarrollo.»*

Esta contención a los desarrollos urbanísticos previstos en el planeamiento urbanístico no adaptado, además de tener el efecto perverso de acelerar los crecimientos, se complejiza ante la contundencia de la realidad en ámbitos en los que los planes subregionales no han sido elaborados, o no están asimismo adaptados al POTA o simplemente han sido anulados por sentencia judicial firme, como ocurre en el caso del Plan de Ordenación Territorial Subregional de la Costa del Sol Occidental mediante sendas sentencias del Tribunal Supremo que analizaremos en el siguiente apartado.

Asimismo, esta técnica utilizada por el ejecutivo autonómico andaluz puede ser interpretada como una vulneración o transgresión del principio de autonomía local⁴⁰.

⁴⁰ Los contornos de la autonomía local en materia urbanística pueden encontrarse, entre otras, en la STS de 26 de junio de 2008 (rec. Casación 4610/2004), en la siguiente línea: *«La expresada autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias, como señala la citada STC 240 /2006, recordando lo declarado en la también citada STC 40/1998. Ahora bien, en este ámbito sectorial confluyen intereses de diferente naturaleza y, por lo que aquí importa, de distinta intensidad y ámbito territorial, de suerte que únicamente cuando dichos intereses públicos a salvaguardar rebasan el ámbito puramente local, se legitima el control sobre el plan, en sus aspectos discrecionales, en los términos que seguidamente exponemos. (...) En materia urbanística, única que hace al caso, la competencia autonómica de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento municipal tiene un contenido preciso, derivado de la consolidación de la jurisprudencia de esta Sala desde la conocida Sentencia de Sala de 13 de julio de 1990, que distingue según se trate de los*

Sin embargo, escapando al objeto de este artículo discurrir *ad extensum* sobre este particular, lo cierto es que la incidencia de la ordenación del territorio en el urbanismo requiere de una delimitación fina entre ambas potestades⁴¹, y una definición lo más clara posible de su relación internormativa, para poder así concluir con mayor grado de acierto sobre los efectos que la nulidad del planeamiento territorial puede desplegar en la ordenación urbanística.

Como se ha expuesto, la autonomía e independencia del planeamiento urbanístico de la ordenación territorial encuentra sus límites en aquellos aspectos en los que el interés público predominante es supramunicipal, pero desde la perspectiva de la teoría de las nulidades no se puede afirmar que los instrumentos de ordenación urbanística general se elaboren en desarrollo o aplicación ejecutiva de la planificación territorial. No sólo porque lo usual es que el planeamiento urbanístico se haya elaborado y aprobado con anterioridad, sino porque requiere asimismo un proceso de adaptación a las determinaciones territoriales al tratarse de competencias de distinta índole que ejercen sujetos jurídicos públicos diferenciados, y que en casos extremos de incumplimiento por las entidades locales en el ejercicio de su potestad planificadora dará lugar a la subrogación de la Comunidad Autónoma.

No es por tanto apropiado considerar el planeamiento territorial como norma de cobertura para la planificación urbanística, tal es así que una vez realizado el proceso de adaptación se produce una integración normativa en la que se concreta

aspectos reglados o discrecionales del plan. En relación con los aspectos reglados la Comunidad Autónoma tiene un control pleno, con alguna matización respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, como señala la STS de 25 de octubre de 2006, que no hace al caso abundar ahora. Respecto a los aspectos discrecionales del plan, debemos distinguir, entre las determinaciones que afectan a un interés puramente local o municipal, o superior a este. Así, cuando el interés público concernido es municipal y no alcanza intereses que rebasen dicho ámbito, la competencia es estrictamente municipal, pues ha de prevalecer el modelo de ciudad que dibuja el Ayuntamiento, con la salvedad relativa al control tendente a evitar la lesión al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ex artículo 9.3 CE. Las determinaciones discrecionales del plan, por otro lado, cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, sí permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento. Dicho de otra forma, el posible control o modificación por la Comunidad Autónoma de todos aquellos aspectos discrecionales del planeamiento, estará en función de los intereses públicos concernidos, y aún en el caso de tratarse de intereses locales, únicamente, que no se haya lesionado la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.»

⁴¹ A este respecto resulta de principal interés la Sentencia 57/2015, de 18 de marzo de 2015, dictada por el Tribunal Constitucional en el Recurso de inconstitucionalidad 7626-2004, interpuesto en relación con la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, en la que se analizan las competencias sobre ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente, así como el principio de autonomía local con ocasión de la pretendida nulidad de los preceptos legales que imponen la dirección de los crecimientos urbanísticos, permiten al Gobierno autonómico prescindir enteramente de la clasificación urbanística del suelo en el diseño y ejecución de sus políticas sectoriales con incidencia territorial, y hacen depender el ejercicio de la potestad sancionadora municipal de la adaptación del planeamiento a la Ley; publicada en el BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015.

la conjunción de intereses públicos municipales y supramunicipales, y si se produce algún cambio o modificación en los criterios o directrices territoriales será preciso que el ajuste de la normativa urbanística se realice por el mismo procedimiento de adaptación o revisión del planeamiento general, a salvo, claro está, de aquellas determinaciones territoriales de aplicación directa, las cuales prevalecerán desde su entrada en vigor.

VII.- INCIDENCIA DE LA NULIDAD DEL POT DE LA COSTA DEL SOL EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO ADAPTADO Y REVISADO.

El Tribunal Supremo ha irrumpido en el sistema normativo territorial y urbanístico en la Costa del Sol Occidental con sendas sentencias en las que declara la nulidad del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella⁴², así como del Plan de Ordenación Territorial de la Costa del Sol Occidental (POTCSO).

Evitando repetir lo ya dicho en relación a la nulidad del planeamiento urbanístico en los apartados precedentes, a lo que nos remitimos para afirmar nuestra posición favorable al mantenimiento de los actos no afectados de nulidad durante la tramitación del instrumento urbanístico, y por consecuencia la posibilidad de retrotraer las actuaciones al momento de la infracción para su subsanación; no se nos escapa que el modelo de regularización de las infracciones urbanísticas preexistentes por el que optó el planificador municipal en Marbella hace inviable considerar esta tesis, dado que su formulación incide en la totalidad de las determinaciones urbanísticas incluida las de carácter estructural, lo que obliga necesariamente a su reformulación *ab initio*. Siendo quizás de interés en este caso los efectos que haya podido producir el planeamiento anulado durante sus cinco años de vigencia⁴³.

Sobre ser de sumo interés el desarrollo de este análisis dada las implicaciones sociales, económicas e institucionales que se dan en el caso de Marbella, la finalidad de nuestro análisis es ampliar el enfoque a una realidad jurídica que supera los límites de esta localidad aunque también le concierna, tal es así que nos centraremos en el supuesto de la nulidad declarada por el Alto Tribunal en sus Sentencias de 6 de octubre de 2015 (RC 2676/2012 y 3119/2012), que ha expulsado del ordenamiento jurídico el POTCSO.

⁴² SSTS de 27 de octubre de 2015 (recursos de casación números 313/2014 y 2180/2014), y de 28 de octubre de 2015 (RC 1346/2014).

⁴³ El PGOU de Marbella fue aprobado definitivamente por Orden del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de 25 de febrero de 2010, y cuya normativa fue publicada en el BOJA núm. 97, de 20 de mayo de 2010.

En la primera de las sentencias (RC 2676/2012) se declara nulo el POTCSO por vicios procedimentales generadores de indefensión, al haberse obviado la respuesta a las alegaciones formuladas por los interesados durante el segundo trámite de información pública al que se sometió el instrumento de ordenación territorial subregional.

Y asimismo la nulidad se fundamenta en la carencia del preceptivo informe de evaluación de impacto de género (distribución de equipamientos y servicios de carácter supramunicipal, la ordenación y compatibilidad de usos, evitar lenguaje sexista en el documento, entre otros).

Al ser el POTCSO una disposición de carácter general, equiparable a una norma reglamentaria, le era de aplicación durante su tramitación el Decreto 93/2004, de 9 de marzo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y supletoriamente la Ley 30/2003, de 13 de octubre, que modificó la Ley del gobierno del Estado, que establecen la obligación de emitir dicho informe en el trámite de aprobación de leyes y reglamentos. Hoy día esta obligación se recoge en la Ley del Parlamento de Andalucía 2/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.

En la segunda resolución judicial, aunque los motivos de oposición son diferentes, esto es, por ser contrarias a derecho las previsiones del POTCSO relativas a las «Zonas de Interés Territorial», entre las que se incluye a la finca propiedad del recurrente, y asimismo por carecer de motivación la determinación de la especial protección; el Tribunal Supremo, en una más que dudosa aplicación del principio de unidad de doctrina y congruencia en sus resoluciones, reproduce los motivos de nulidad de la primera sentencia para declarar nuevamente nulo el POTCSO, sin entrar a analizar los motivos de nulidad expresamente alegados en este procedimiento judicial, cuyos promotores se verán en la obligación de transitar por el peregrinar jurisdiccional si de nuevo se ven afectados por la ordenación territorial en los mismos términos.

Estas sentencias, junto con las que declararon días después la nulidad del PGOU de Marbella, han añadido una incertidumbre e inseguridad jurídica que en nada conviene a los municipios de la Costa del Sol Occidental, que han padecido unos crecimientos exorbitantes en una época en la que se carecía de un modelo territorial que racionalizara los usos del suelo, con un planeamiento urbanístico general netamente desarrollista y un más que atenuado ejercicio de la función pública de control y disciplina de la actividad urbanística.

Afortunadamente esta noticia llegó con el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía en vigor⁴⁴, que, aunque desde una perspectiva más amplia del modelo territorial sirve de referencia inmediata para todos los municipios andaluces, aunque también ha sido objeto de numerosas impugnaciones conforme a lo previsto en el artículo 25 LJCA, y puede por tanto ser anulado lo que supondría un retroceso sustancial en la implantación del modelo de ciudad que define.

En cualquier caso, aplicando el criterio jurisprudencial sobre la «revivificación» de las disposiciones de carácter general derogadas por el Reglamento declarado ilegal, la anulación del POTCSO supone que el Plan Especial de Protección del Medio Físico de la provincia de Málaga⁴⁵ recobre su vigencia en este ámbito.

En definitiva, vuelve a nuestro ordenamiento jurídico una norma elaborada conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y el Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 20 de junio, aún aplicable este último supletoriamente en Andalucía en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena de la LOUA.

Como es lógico, el PEPMF de Málaga, en cuya tramitación también se preveía un periodo de información pública en los términos dispuestos en la legislación urbanística preconstitucional, no atiende obviamente los actuales requisitos de valoración de su impacto de género aunque es una norma de un amplio y preciso contenido, y tampoco se sitúa jerárquicamente en un orden superior al planeamiento urbanístico general, que para el legislador urbanístico de los setenta era el «instrumento de ordenación integral del territorio».

No obstante, ante la declaración de nulidad en el orden jurisdiccional, el gobierno andaluz ha optado por la redacción *ex novo* del POTCSO⁴⁶, obviando cualquier posibilidad de conservar los trámites no afectados por las irregularidades estimadas por el Tribunal Supremo en la fase de ejecución de las sentencias anulatorias ante la instancia.

En consonancia con la tesis que venimos sosteniendo en este artículo, consideramos que es necesario seguir planteando en sede judicial la posibilidad de conserva-

⁴⁴ El POTTA fue aprobado por el Decreto 206/2006, de 28 de noviembre, y fue publicado en BOJA n.º 250, de 29 de diciembre de 2006.

⁴⁵ El PEPMF de Málaga, aunque fue aprobado por Resolución de 6 de marzo de 1987, del Consejo de Obras Públicas y Transportes, no fue publicado hasta el 9 de abril de 2007 (BOJA n.º 69), tras ser dictada por la Dirección General de Urbanismo la Resolución de 14 de febrero de 2007.

⁴⁶ Decreto 143/2017, de 29 de agosto, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga (BOJA n.º 174, de 11 de septiembre de 2017).

ción de los actos de trámite no contaminados por las infracciones del ordenamiento jurídico durante la elaboración de los Reglamentos, no ya por un prurito teórico doctrinal sino por las consecuencias prácticas nada desdeñables que le acompañan, y dotar así de una estructura más sólida a un sistema de producción normativa cada vez más complejo y por ende frágil, o en palabras del legislador común «*generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas*»⁴⁷.

Los altos niveles de complejidad y formalismos que definen el sistema de planificación territorial y urbanística con el que contamos, y que exige intensos esfuerzos públicos para aprobarlos en un contexto de conflicto permanente entre los intereses en juego, han de ser evidentemente redimensionados; entre tanto, no estará de más seguir insistiendo en una aplicación más eficiente de las normas que disciplinan el procedimiento administrativo común que relegue la rigidez dogmática.

Aunque dicho sea de paso, es comprensible que el gobierno andaluz haya optado por reiniciar de cero el procedimiento de elaboración del POTCSO no tan sólo por plegarse al sentir mayoritario de la doctrina jurisprudencial sobre la nulidades de disposiciones de carácter general, sino porque el planeamiento subregional debía de adaptarse asimismo a las determinaciones del POTA y fijar justificadamente las alteraciones que se han de producir en los planes urbanísticos; y asimismo debía de ajustarse a las previsiones del nuevo Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía⁴⁸, que es también jerárquicamente superior *ex* artículo 42 LOTA, y que no obstante ha sido anulado por una cuestión formal⁴⁹ mediante sentencia de 7 de septiembre de 2017, dictada por la sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla.

Con independencia de lo anterior, es importante analizar por último las situaciones jurídicas que se han generado durante la vigencia del POTCSO, que básica-

⁴⁷ Principios de buena regulación expuestos en el artículo 129 LPACAP, que han de regir la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones.

⁴⁸ Aprobado por Decreto 141/2015, de 26 de mayo, y publicado en BOJA n° 139, de 20 de julio de 2015.

⁴⁹ La resolución judicial recaída en el recurso 721/2015, entre otros, anula el Plan de Protección del Corredor Litoral por haber sido aprobado por el Gobierno andaluz en funciones, considerando asimismo que no concurrían motivos de interés general que justificaran la urgencia de dicho acuerdo aprobatorio, y que en todo caso tampoco había sido motivado siquiera por remisión al informe de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Cambio climático obrante en el expediente que trataba de justificar dicha urgencia. Paradójicamente conforme a la *ratio decidendi* de la sentencia, y siguiendo en este punto la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no aplicación del instituto de la caducidad en procedimientos de aprobación de disposiciones generales, se podía haber perfectamente esperado a la conformación del nuevo gobierno andaluz para la aprobación del instrumento de ordenación territorial sin que pudiera predicarse su nulidad por haberse rebasado el plazo de dos años para su elaboración.

mente se pueden organizar en función de que el planeamiento urbanístico se hubiera adaptado a sus determinaciones o no.

Por regla general los planes urbanísticos han integrado las normas, directrices y recomendaciones del POTCSO con ocasión de su adaptación parcial a la LOUA, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda apartado 2 de la ley urbanística andaluza, y el Decreto 11/2008, de 22 de enero, por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas; correspondiendo su aprobación al pleno municipal.

Una vez efectuada la adaptación parcial del planeamiento urbanístico o revisado conforme a lo dispuesto en el artículo 37 LOUA, las determinaciones de la ordenación territorial se reflejan en su contenido material, especialmente en la categorización del suelo no urbanizable conforme a lo establecido en el artículo 46.2 b) LOUA; así como la estructura general y orgánica del modelo urbanístico-territorial propuesto definido en la ordenación estructural del PGOU.

En cuanto a la categoría del suelo no urbanizable de especial protección por la planificación territorial, que una vez declarado nulo el POTCSO ha planteado un debate sobre su anulación en cadena, ha de advertirse que no obedece a otras particularidades que las previstas en la propia ley⁵⁰, esto es, atesorar valores e intereses de carácter territorial, natural, ambiental, paisajístico o histórico; entenderse necesario para la protección del litoral; o ser objeto de previsiones o determinaciones que impliquen su exclusión del proceso urbanizador, o por haberse establecido criterios de ordenación de usos, de protección o mejora del paisaje y del patrimonio histórico y cultural, y de utilización racional de los recursos naturales en general, incompatibles con cualquier clasificación distinta a la de suelo no urbanizable.

Además ha de recordarse que, aprobada la adaptación o revisión del planeamiento urbanístico, las protecciones especiales que haya establecido en el suelo no urbanizable forman parte de su normativa, siendo necesario, en su caso, proceder a una modificación estructural del planeamiento por los cauces previstos en el artículo 36 LOUA, es decir, observando iguales determinaciones y procedimientos regulados para su aprobación, publicidad y publicación, y teniendo idénticos efectos.

Este criterio se sustenta además en la formulación independiente y autónoma de ambas figuras de planeamiento cuya relación internormativa, si bien el instrumento urbanístico ha de atender las determinaciones de la ordenación territorial integrándola en su ordenación estructural, no es de aplicabilidad y cobertura como

⁵⁰ Artículo 46.1 c), d) y e) LOUA.

se predica del planeamiento de desarrollo urbanístico, sino que tiene sus propias características que no exigen la preexistencia de la planificación territorial.

Por lo tanto, los posibles procedimientos disciplinarios que se hubieran podido incoar y finalizar en aplicación de estas normas de protección territorial no se verán afectados haya devenido firme o no su resolución, en tanto no se proceda a una modificación del planeamiento urbanístico adaptado o revisado conforme al planeamiento territorial declarado posteriormente nulo. Y en el supuesto de alcanzar firmeza la resolución disciplinaria, la innovación del planeamiento para redefinir la categorización del suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial no tendría ya ningún efecto.

Cuestión diferente ocurrirá en aquellos municipios donde no se haya adaptado ni revisado el PGOU, en los que habrá que distinguir entre las actuaciones irregulares por aplicación directa de la protección territorial⁵¹ y que no han dado lugar a un procedimiento disciplinario antes de ser declarado nulo el POTCSO, que estarán sometidas al régimen jurídico que le corresponda en función de la clasificación del suelo en el que se han ejecutado, con el plazo ordinario de caducidad para el ejercicio de restablecimiento de la legalidad establecido en el artículo 185 LOUA; y aquellas otras actuaciones contra las que se hubiera incoado el oportuno procedimiento disciplinario, que en puridad habría que finalizar conforme a la normativa territorial con anterioridad a la publicación de la sentencia anulatoria, pero que en atención al principio de legalidad y proporcionalidad sería correcto suspender su tramitación en tanto sea publicada la resolución judicial para con posterioridad proceder a su archivo, so pena de tener que proceder *sensu contrario* a revisar de oficio la resolución de restablecimiento o propiciar un procedimiento judicial revocatorio.

En los supuestos en los que se hubiera dictado una resolución firme antes del 6 de octubre de 2015, habrá que acudir necesariamente a la revisión del acto administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 106 LPACAP, pues como ya hemos analizado con anterioridad la posibilidad de revocación quedaría vedada por la nueva dicción del artículo 109 LPACAP.

⁵¹ Las disposiciones del POTCSO en relación a las protecciones ambientales, y las zonas de interés territorial tienen carácter de Norma, por lo que son determinaciones de aplicación directa vinculantes para las Administraciones Públicas y para los particulares, en los suelos urbanizables y no urbanizables (artículo 21.2 LOTA).

VIII.- CONCLUSIONES.

La rigidez con la que se ha venido aplicando la nulidad de disposiciones de carácter general, en virtud de la redacción aparentemente unívoca del contenido normativo del actual artículo 47.2 LPACAP, ha de suavizarse con base en la propia dicción de las normas del procedimiento administrativo común que permiten conservar actos de trámite no afectados de nulidad.

Esta posición cobra especial relevancia cuando nos encontramos ante Reglamentos urbanísticos o territoriales, que pueden ver bloqueada su eficacia y validez plena por errores o irregularidades en su tramitación en supuestos en que su subsanación no lleva aparejada una modificación sustancial de sus determinaciones, siendo elevadísimo el coste y la carga para la Administración actuante y para el conjunto de la sociedad una interpretación que no permita su conservación, dotando de mayor celeridad al proceso de rectificación necesaria; máxime si consideramos que en la mayoría de los casos la declaración de nulidad supondrá paradójicamente la «revivificación» de unas normas menos o nada respetuosas con las formalidades del procedimiento de elaboración, y con las nuevas exigencias de la ordenación urbanística y territorial.

Aunque consideramos que cabe este tipo de interpretaciones en los casos que no sea necesario iniciar el procedimiento *ab initio* porque el vicio de nulidad se remonte a ese momento, sería oportuno que el legislador común zanjara definitivamente esta situación, al igual que ocurrió en Alemania tras una masiva anulación de planeamiento durante los años setenta y ochenta que dio lugar a una reducción de la eficacia anulatoria de determinadas infracciones del procedimiento para su elaboración. Siendo también deseable una reducción de la complejidad que hoy día tiene nuestro sistema de elaboración de normas reglamentarias y que, sin duda, se va a ver incrementado con la nueva regulación contenida en la LPACAP.

Simplicidad y flexibilidad no son sinónimos de permisividad y falta de sustantividad o rigor, antes al contrario, son la base sobre la que solidificar la planificación territorial y urbanística como instrumentos eficaces para la consecución de los fines que legalmente tienen encomendados los poderes públicos; y sobre todo, contar con un planeamiento menos vulnerable incrementará la certidumbre en un escenario en el que el desorden y los vacíos normativos simplemente favorecen los procesos especulativos y el aumento de las irregularidades, añadiendo mayor seguridad jurídica y fomentando un crecimiento sostenible en torno a un modelo territorial estable y económicamente viable.

Lo contrario es aceptar una variopinta aplicación de diferentes regímenes jurídicos a situaciones de idéntica naturaleza, generando desigualdades de difícil explicación ante los ciudadanos, y que restan legitimidad a los instrumentos de ordenación, agudizada por la más que frecuente imposibilidad legal o material de ejecución de las resoluciones judiciales anulatorias frente a posiciones jurídicas ya consolidadas.

9.-BIBLIOGRAFÍA.

AGOUES MEDIZABAL, M.C. «*Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general*». Revista Vasca de Administración Pública, número especial 99-100, mayo-diciembre 2014.

ALONSO MAS, M.J. «*La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: Una injustificada restricción jurisprudencial*», en Revista de Administraciones Públicas, número 157, 2002.

BAÑOS LEÓN, J. M^a. «*Derecho Urbanístico Común*», 1^a Ed. Iustel. Madrid. 2009.

BERMEJO VERA, J. «*La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*» en REDA, número 30, 1981.

BOUGUERA OLIVER, J.M. «*Derecho Administrativo*». Civitas, Madrid, 1996.

DIEZ-PICAZO, L. «*Problemas jurídicos del Urbanismo (1)*». Revista de Administración Pública, n^o 43 Enero-Abril 1964.

DOMENECH PASCUAL, G. «*La invalidez de los reglamentos*». Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO. «*Lecciones de Derecho Urbanístico I*», Madrid, Civitas, 1979.

GARCIA DE ENTERRÍA, «*Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*». Revista de Administración Pública, n^o 29. Mayo-agosto 1959. Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «*Curso de Derecho Administrativo, 7^a ed.*», Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA LUENGO, J. «*La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante la elevación del rango*», en REDA, número 111, 2001.

GARRIDO FALLA, F. «*Tratado de Derecho Administrativo, I, 12^a ed.*», Tecnos, Madrid, 1994.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. «*Nulidad de los reglamentos y actos dictados durante su vigencia*», en REDA, número 14, 1977.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. «*Comentarios a la Ley del Suelo*», Madrid. Civitas, 1976.

MILLÁN HERRANDIZ, A. «*Doctrina del Tribunal Supremo sobre ejecución de sentencias firmes en materia de planeamiento*». Práctica Urbanística, n^o 141, Sección Estudios, Ed. La Ley.

MUÑOZ MACHADO, S. y CARRO MARINA, M. «*La eficacia de las Sentencias no firmes (impugnación de una corriente jurisprudencial: desde la sentencia de 17 de septiembre de 2008 a la de 10 de octubre de 2011)*», en «*Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum*». Tomás Ramón-Fernández, Ed. Civitas, 2012.

RAMÓN FERNÁNDEZ, TOMAS. «*Manual de Derecho Urbanístico*», Madrid. Civitas-Thomson Reuters, 24ª Ed., 2016.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. «*Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes*». *Práctica Urbanística* nº 141. Julio-Agosto 2016. Ed. La Ley.

SANTAMARIA PASTOR, J.A. «*Muerte y transfiguración de la desviación de poder: Sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos*». *Revista de Administración Pública*, núm. 195, septiembre-diciembre (2014).

SANZ HEREDERO, J.D. «*Consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento sobre las licencias urbanísticas y situación jurídica de los terceros adquirentes afectados*». *Práctica Urbanística*, nº 141, Sección Estudios. Ed. La Ley.

VERA JURADO, Diego J. e ILDEFONSO HUERTAS, Rosa. «*La ordenación urbanística*». *Derecho Urbanístico de Andalucía (Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2003.

Borrado de aquí

Revista Andaluza de Administración Pública
ISSN: 1130-376X, núm. 98, mayo-agosto (2017), págs. 223-255

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional¹

Francisco Escribano López

Catedrático de Derecho Financiero
Universidad de Sevilla

Sumario General

I. Constitución.

- A. Fuerza normativa.
- B. Interpretación.

II. Derechos y libertades.

- A. Derechos fundamentales y libertades públicas.
- B. Derechos y deberes de los ciudadanos.
- C. Principios rectores de la política social y económica.
- D. Garantía y suspensión de estos derechos.

III. Principios jurídicos básicos.

IV. Instituciones del Estado.

- A. La Corona.
- B. Las Cortes Generales.
- C. El Tribunal Constitucional.
- D. La Administración Pública.
- E. El Poder Judicial.

V. Fuentes.

VI. Organización territorial del Estado.

- A. Comunidades Autónomas.
 - A.1. Autonomía.
 - B.2. Competencias.
- B. Corporaciones Locales.
 - A.1. Autonomía
 - B.2. Competencias.

VII. Economía y Hacienda.

- A. Principios generales.
- B. Presupuestos.
- C. Organización territorial.
- D. Tribunal de Cuentas.

¹ Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO LÓPEZ, Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Sevilla.

Sentencia 185/2016, de 3 de noviembre de 2016 (BOE de 12 de diciembre de 2016). Ponente González-Trevijano Sánchez. (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 1.1; 9.1; 23.2; 25.1; 72; 79; 101; 117.3; 143; 155; 164; 165

otros: 28.1; 87.1 LOTC; 24; 26.2; 32; 71; 72 EAPV; arts. 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) y 129 del Reglamento del Senado (RS)

Objeto: Interpuesto por el Gobierno Vasco en relación con la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC y AATC): STC 76/1983, FJ 12; 66/1985, FFJJ 3 y 4; 99/1987, FJ 1.a); 239/1998, FJ 12; 179/1989, FJ 7; 181/190, FJ 4; 119/1991, FJ 3; 234/2000, FJ 13; ATC 35/2001, FJ 5; STC 234/2000, FJ 13; ATC 35/2001, FJ 5; STC 34/2003, FJ 2; 48/2003, FJ 9; 331/2006, FJ 4; 49/2008, FJ 3, 4, 5, 7.a), 14, 15, 16 y 18; 103/2008, FJ 5; ATC 1/2009, FJ 2; STC 39/2011 FFJJ 2 y 3; 121/2010, FJ 7; 136/2011, FJ 10.e); 204/2011, FJ 2; STC 238/2012, 2.3.a); FJ 4; ATC 9/2012; STC 17/2013, 2; 101/2013, FJ 11; 129/2013, FJ 3; 150/2013, FJ 2.c); 197/2014, FJ 1; 1881, FFJJ 5 y 6; STC 85/2016, FJ 4; 118/2016, FFJJ 1, 3.a), 3.g), 4.a) y 4.d); 128/2016 FJ 5; FJ 5.A).a); 141/2016, FFJJ 2, 6 y 7; 143//2016, FJ 3; 170/2016 FJ 2, 6, 7 y 8.

Materias: Procedimiento legislativo y derecho de participación de los parlamentarios; modelo de justicia constitucional, principio de legalidad penal y aforamiento, control de la actividad de las Comunidades Autónomas: constitucionalidad de la regulación legal de medios de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

El Gobierno Vasco impugna, mediante este recurso, la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, por considerar que incurre en vicios de inconstitucionalidad de orden procedimental y sustantivo; la inconstitucionalidad procedimental traería causa de la inadecuación del procedimiento legislativo seguido en la elaboración de la Ley recurrida, al no concurrir los requisitos establecidos en los arts. 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) y 129 del Reglamento del Senado (RS) por haberla tramitado por el procedimiento en

lectura única, condicionando gravemente la formación de la voluntad de ambas Cámaras, con la consiguiente vulneración del derecho de sus miembros al *ius in officium* que les reconoce el art. 23.2 CE; por lo que se refiere a los motivos sustantivos se imputan al artículo único, apartado tres, en la nueva redacción que da al art. 92.4. b) y c) y 92.5 LOTC, cuyas previsiones infringen los arts. 117.3, 161, 164 y 165 CE, en cuanto desnaturalizan el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por la Constitución; vulneran el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), al no satisfacer las exigencias que la garantía material de este principio impone, así como el régimen constitucional y estatutario de los aforamientos (arts. 24, 71 y 72 CE y 26.2 y 32 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco – EAPV–); finalmente, contravienen los arts. 143 y 155 CE, al establecer mecanismos de control por parte del Estado a las Comunidades Autónomas, que atentan al principio de autonomía. La Letrada de las Cortes Generales entiende que la tramitación parlamentaria de la Ley impugnada se ha ajustado a las previsiones reglamentarias del procedimiento en lectura única, sin que los diputados hayan visto mermadas o restringidas sus facultades de participación en el procedimiento legislativo, debiendo descartarse, por consiguiente, la vulneración del art. 23.2 CE; esta opinión es compartida por la Abogacía del Estado, en cuanto al vicio de inconstitucionalidad procedimental alegado en la demanda, interesando la desestimación del recurso respecto a los motivos de inconstitucionalidad de orden sustantivo que se imputan a la nueva redacción que el art. único, apartado tres, de la Ley Orgánica 15/2015 da al art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC, al no infringir, a su juicio, ninguno de los preceptos constitucionales y estatutarios invocados por el recurrente. Considera el TC que la LO 15/2015 define en su preámbulo como uno de los principales componentes de cualquier función jurisdiccional «la existencia de instrumentos suficientes para garantizar la efectividad de las resoluciones dictadas en el ejercicio de dicha función», lo que constituye además «un elemento esencial para la existencia de un Estado de Derecho»; la finalidad que persigue la reforma es la de introducir «en sede constitucional, instrumentos de ejecución que dot[en] al Tribunal», que tiene encomendada la función de supremo intérprete y garante de la Constitución mediante el ejercicio de su función jurisdiccional, «de un haz de potestades para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones»; el legislador deja constancia en el preámbulo de la ley de la conveniencia de completar los principios generales en materia de ejecución contenidos hasta ahora en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de desarrollar «los instrumentos necesarios» para que la garantía de la efectividad de aquellas resoluciones sea real, por «la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad»; subrayará el TC que entre las novedades

que introduce la Ley Orgánica 15/2015 cabe destacar la aplicación supletoria de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de ejecución de resoluciones constitucionales (art. 80 LOTC); la posibilidad de que el Tribunal pueda acordar su notificación personal a cualquier autoridad o empleado público que considere necesario (art. 87.1 LOTC); la atribución a las mismas del carácter de título ejecutivo (art. 87.2 LOTC); el mandato de que el Tribunal ha de velar por su cumplimiento efectivo, pudiendo disponer en ellas de las medidas de ejecución necesarias (art. 92.1 LOTC), así como recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar su efectividad (art. 92.2 LOTC); por su parte se señalará cómo la Ley recurrida en la nueva redacción que da al art. 92.4 LOTC, cuyos apartados b) y c) han sido impugnados, establece un régimen específico para los supuestos de incumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional; en estos casos prevé que, de «*advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se le fije informen al respecto*», de modo que «*si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes: a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado; b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal; c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones; d) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder*». Por su parte, según el TC, el nuevo apartado 5 del art. 92 LOTC, también impugnado en este proceso, dispone que «*[s]i se tratara de la ejecución de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas y concurrieran circunstancias de especial trascendencia constitucional, el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adoptará las medidas necesarias para asegurar su debido cumplimiento, sin oír a las partes. En la misma resolución dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de tres días, tras el cual el Tribunal dictará resolución levantando, confirmando o modificando las medidas previamente adoptadas*». Subrayará, asimismo, el TC la peculiaridad del presente recurso por cuanto se somete a su juicio, precisamente, la norma a las que el propio Tribunal está sometido,

como ya ocurriera con las SSTC 49/2008 y 118/2016; en la citada STC 49/2008, cuya doctrina se reitera en la STC 118/2016, ya se hayan presentes consideraciones en torno a las peculiaridades que reviste el control de constitucionalidad de la LOTC que ahora, sucintamente, se traen a colación. Recordará el TC que ya se dijo que legislador orgánico del Tribunal Constitucional *goza de una libertad de configuración que no sólo se deriva del principio democrático, sino que también está protegida a través de las diversas reservas de ley orgánica previstas en el texto constitucional respecto a esta institución [arts. 161.1.d), 162.2 y 165 CE]*, cuyo contenido (STC 66/1985, FJ 4) es disponible para el legislador; esta libertad, por exigencias del principio de supremacía constitucional (art. 9.1 CE), *no es absoluta, sino que tiene límites materiales y formales que tienen su origen no sólo en dichas reservas y en los restantes preceptos que integran el título IX de la Constitución, sino en una interpretación sistemática de todo el texto constitucional*; aquellos límites constitucionales que se imponen al legislador *no proceden únicamente de una interpretación literal del precepto aducido en cada caso, sino del modelo de Tribunal Constitucional que se deriva de una interpretación conjunta de nuestra Norma Suprema y de los principios constitucionales que se proyectan sobre el mismo*; consiguientemente, *dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, [el legislador] puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales [FJ 3; en el mismo sentido, STC 118/2016, FJ 3 a)]*. Recordará el TC que al legislador le corresponde respetar los límites materiales y formales del texto constitucional, y al TC controlar, en su función de intérprete supremo, el cumplimiento de estos límites. Lo contrario supondría *no sólo admitir una zona inmune al control de constitucionalidad, sino también hacer dejación de nuestra función en el ámbito tan decisivo para la propia supremacía de la Constitución como la jurisdicción de este Tribunal*»; de modo que *[d]ejar en manos del legislador orgánico la concreción [del modelo constitucional de nuestra jurisdicción] y renunciar a controlarla no se correspondería, en efecto, con la pretensión del constituyente de crear un órgano de control de constitucionalidad con amplias competencias y de garantizar su eficacia*; la doble vinculación del Tribunal Constitucional al texto constitucional y a su Ley Orgánica *no puede interpretarse en el sentido de impedir el control de constitucionalidad de nuestra ley reguladora, puesto que ello supondría rechazar la vigencia del principio de supremacía constitucional en la fase creativa del Derecho, es decir, frente al legislador (FJ 3)*. En tercer lugar, reconocerá el TC que el alcance del control de constitucionalidad sobre su LO presenta ciertas especificidades: al margen de los límites del concreto proceso utilizado, se habrá de *extremar las consideraciones institucionales y funcionales que siempre acompañan al control del legislador democrático*, siendo evidente, en primer lugar,

*que nuestro enjuiciamiento es exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica, debiendo limitarse a contrastar con carácter abstracto y, por lo tanto, al margen de su posible aplicación práctica los concretos preceptos impugnados y las normas y principios constitucionales que integran en cada caso el parámetro de control, asimismo, tratándose del legislador democrático, no podemos perder de vista que la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en el desarrollo de dicho control, correspondiendo al recurrente no sólo ponerlo en marcha mediante el ejercicio de su legitimación, sino concretar los motivos de la pretendida inconstitucionalidad y colaborar con la jurisdicción constitucional; consierará, además, el TC que ha de tener presente, como cuestión de principio, que el legislador no debe limitarse a ejecutar la Constitución, sino que está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquellas medidas que, en el marco caracterizado del pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la Norma fundamental» (FJ 4; en el mismo sentido, STC 118/2016, FJ 1). Se referirá el TC al posible resultado de este control de constitucionalidad, al señalar cómo, ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto que en la medida que la vinculación de este Tribunal a su LO se proyecta sobre la propia legitimidad de este órgano, el control de la Ley Orgánica del Tribunal debe limitarse a los supuestos en que existe un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional»; en consecuencia, advertirá de los riesgos de realizar un control más intenso... no sólo supondría debilitar la presunción de constitucionalidad de cualquier norma aprobada por el legislador democrático, sino que situaría al Tribunal en una posición que no se corresponde con el papel que cumple la reserva contenida en el art. 165 CE para que sea el legislador quien, a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, desarrolle directamente y con vocación de plenitud el título IX CE, el desarrollo legal al que este Tribunal está íntegramente vinculado (FJ 4). Sobre esas tres grandes premisas el TC afrontará las dudas de constitucionalidad presentadas en relación con la LO 15/2015. Los recurrentes considerarán que al haberse tramitado por el procedimiento en lectura única se han infringido los Reglamentos del Congreso de los Diputados (art. 150 RCD) y del Senado (art. 129 RS), condicionado gravemente la formación de la voluntad de las Cámaras y vulnerado el derecho fundamental de los Diputados y Senadores al *ius in officium* que garantiza el art. 23 CE; en opinión de los recurrentes, el procedimiento en lectura única puede utilizarse sólo para la tramitación de textos legislativos [c]uando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita», circunstancia que en su opinión, en este caso no concurrirá: la reforma que la Ley Orgánica 15/2015 lleva a cabo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional presenta una indudable relevancia constitucional, en cuanto afecta a principios y valores constitucionales de primera magnitud y a aspectos esenciales relativos a un órgano constitucional que repercuten*

en las relaciones con otros órganos constitucionales; nada resulta más alejado de la simplicidad exigida por aquellos preceptos reglamentarios que las modificaciones introducidas en la LOTC por la Ley recurrida, cuya complejidad técnica exige el análisis de la posición institucional del TC y de la naturaleza de la jurisdicción constitucional; en conclusión, se pone de manifiesto la falta de consenso entre los grupos parlamentarios en la tramitación de la proposición de ley, que fue presentada, impulsada y aprobada con los votos de un único grupo, y con la oposición y el rechazo de todos los demás. Por parte de la Letrada de las Cortes, sin embargo, se considera que la decisión de utilizar el procedimiento en lectura única ha sido válidamente adoptada por los órganos competentes y de conformidad con las previsiones del Reglamento de la Cámara; los requisitos exigidos por el art. 150 RCD son requisitos alternativos y no acumulativos; basta, por lo tanto, con la concurrencia de uno de ellos; la apreciación de la naturaleza del proyecto o de la proposición de ley es un concepto abierto, que concede a los órganos de la Cámara un amplio margen de interpretación, pero que en ningún caso excluye el procedimiento en lectura única en razón de la relevancia especial del texto legislativo, como lo acredita el hecho de que se hayan tramitado por este procedimiento una iniciativa de reforma constitucional y el proyecto de ley orgánica por el que se hizo efectiva la abdicación de su Majestad el Rey Juan Carlos I de Borbón. Por su parte, el concepto de «simplicidad en su formulación» está referido al análisis de la estructura interna del texto, si éste es comprensible e inteligible y estructuralmente sencillo, no teniendo nada que ver con su trascendencia jurídica. En este caso, las reformas que se introducen en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no son especialmente complejas, ni incurren en infracciones sintácticas, ni utilizan un lenguaje incomprensible, sino que, por el contrario, los artículos modificados precisan de una simple lectura para conocer su alcance. Y la ausencia de consenso no invalida una decisión que ha sido adoptada por quienes reglamentariamente están legitimados para ello y contaban con la mayoría suficiente. En definitiva, se considera los diputados no han visto limitadas ni restringidas sus posibilidades de participación en el proceso de elaboración de la norma, cuyo desarrollo se atuvo a las previsiones reglamentarias, por lo que no puede entenderse vulnerado el art. 23.2 CE. A igual conclusión llegará el Abogado del Estado porque no aprecia en la tramitación y aprobación de la Ley recurrida infracción alguna de los reglamentos parlamentarios; desde su punto de vista, no existe materia vedada a la tramitación por el procedimiento en lectura única, hasta el punto que ni siquiera lo está una iniciativa de reforma constitucional (ATC 9/2012, de 13 de enero); el requisito de la *simplicidad de*

la formulación del texto legislativo del art. 150 RCD hace referencia a textos normativos que en su redacción no resulten técnicamente complejos, extensos o muy interrelaciones o imbricados en cuanto a su regulación material; en este caso concreto, la brevedad, concisión y claridad del texto de la Ley recurrida justifican su tramitación por el procedimiento en lectura única, sin que se haya constatado en su desarrollo ninguna infracción ni la inobservancia de algún trámite, por lo que será su criterio que no cabe deducir la existencia de una lesión del derecho de participación política de los grupos parlamentarios que el art. 23 CE reconoce; establecida así la pauta de interpretación de las partes, el TC considera que este motivo de inconstitucionalidad requiere sendas precisiones para determinar en sus exactos términos su verdadero alcance. El TC advierte que el debatido procedimiento de lectura única sólo sólo se tramitó por este procedimiento en el Congreso de los Diputados, no en el Senado; en consecuencia, el motivo de inconstitucionalidad ha de quedar limitado a la posible vulneración del *ius in officium* de los diputados *ex* art. 23.2 CE por haberse tramitado la proposición de ley en la Cámara baja por dicho procedimiento. La segunda precisión viene determinada porque los Letrados del Gobierno Vasco no cuestionan que aquella tramitación por el procedimiento en lectura única en el Congreso de los Diputados fuese propuesta y decidida por los órganos competentes, ni que en el transcurso del procedimiento se hubiese prescindido de alguno de sus trámites o se hubiera privado a los Diputados o a los grupos parlamentarios de las facultades reglamentariamente previstas, lo que no ha acontecido; en definitiva, el motivo de inconstitucionalidad se funda exclusivamente en que a su juicio no concurría ninguno de los requisitos exigidos por el art. 150 RCD para la tramitación de la proposición de ley por el procedimiento en lectura única; esto es, cuando *su naturaleza... lo aconsej[e] o la simplicidad de formulación lo permita*; considera el TC, por consiguiente, que a este concreto extremo se ciñe el motivo de inconstitucionalidad que por razones procedimentales se aduce en la demanda y estrictamente a él se ha de circunscribir su enjuiciamiento. Recordara el TC que es doctrina reiterada que aunque el art. 28.1 LOTC no menciona a los reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la ley, no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el pluralismo político (art. 1.1 CE); la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley, cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las

Cámaras [STC 99/1987, FJ 1 a); doctrina que reitera, entre otras, STC 103/2008, FJ 5]; considerará el TC que esa doctrina citada se ha de coherer con la JC, a tenor de la cual, *la autonomía parlamentaria garantizada constitucionalmente (art. 72 CE) y la propia naturaleza del art. 23.2 CE como derecho de configuración legal también obligan a otorgar a los Parlamentos y, significativamente, a sus órganos rectores, un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que este Tribunal no puede desconocer*»; específicamente, en relación con las decisiones parlamentarias referidas al acortamiento de los trámites y plazos del procedimiento legislativo –bien derivadas de la declaración de la tramitación por la vía de urgencia, bien por el procedimiento en lectura única, bien por la concurrencia de causas excepcionales, o por el mero incumplimiento de los plazos establecidos reglamentariamente– el TC tiene declarado que: (i) *no está constitucionalizado ningún procedimiento legislativo abreviado para la tramitación de proyectos normativos caracterizados por la urgencia, salvo una regla temporal para la tramitación en el Senado de los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados (art. 90.3 CE), por lo que dicha regulación queda, entonces, encomendada a los reglamentos de las Cámaras [STC 136/2011, FJ 10 e)]; (ii) que una reducción del tiempo de tramitación no priva a las Cámaras del ejercicio de su función legislativa, ya que incide sólo sobre su cronología, ni tiene por qué traducirse en merma alguna de los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de voluntad del órgano (STC 234/2000, FJ 13); (iii) que una decisión de estas características debe tener una aplicación tal que afecte por igual a todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria en evitación de que se ocasione un tratamiento desigual o discriminatorio (ATC 35/2001, FJ 5); y (iv) que tal reducción del tiempo de tramitación sólo podrá llegar a tener relevancia constitucional cuando su alcance sea de tal magnitud que haya alterado, no de cualquier manera, sino de forma sustancial, el proceso de formación de la voluntad de una Cámara, habiendo afectado, en consecuencia, al ejercicio de la función representativa inherente al estatuto del parlamentario [SSTC 136/2011, FJ 10 e); y 44/2015, FJ 2] (STC 143/2016, FJ 3); en tercer lugar, considerará el TC que el art. 150 RCD establece como requisitos para la tramitación de un proyecto o de una proposición de ley por el procedimiento en lectura única que su naturaleza lo aconseje o que la simplicidad de su formulación lo permita; requisitos ambos definidos mediante cláusulas o conceptos abiertos que confieren a los órganos de la Cámara un amplio margen de apreciación o de interpretación en su aplicación; de modo que la valoración sobre la oportunidad de acudir a este tipo de procedimiento, así como sobre la concurrencia de los elementos de simplicidad del texto normativo o de una naturaleza que justifique la tramitación parlamentaria de un proyecto o de una proposición de ley por el procedimiento en lectura única corresponde al Pleno del Congreso de los*

Diputados, a propuesta de la Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces (STC 238/2012, FJ 4). Aplicará el TC esta doctrina al caso concreto: el Pleno del Congreso de los Diputados ha adoptado por mayoría la decisión de tramitar la proposición de ley por el procedimiento en lectura única, manifestando así su criterio de que concurría al menos alguno de los presupuestos a los que el Reglamento de la Cámara supedita la utilización de este procedimiento parlamentario; al tiempo reclamará, desde perspectiva de control que le corresponde de tales decisiones parlamentarias para desestimar la denunciada infracción del art. 150 RCD, considerando, además, que no le es dado, por respeto a la autonomía de las Cámaras sobre los procedimientos que se desarrollan en su seno (STC 49/2008, FJ 15), reemplazar la voluntad y el criterio de oportunidad de la Mesa del Congreso de los Diputados al proponer la tramitación de la proposición de ley por el procedimiento en lectura única, ni la del Pleno de adoptar dicha decisión; la especial relevancia o la trascendencia constitucional de un texto normativo, a la luz del citado precepto reglamentario, no es incompatible con su tramitación por el procedimiento en lectura única, ni suficiente por sí misma, como pretenden los Letrados del Gobierno Vasco, para excluir la utilización de este procedimiento parlamentario, al que no le está vedada materia alguna, incluida la reforma constitucional (STC 238/2012, FJ 4, que reproduce la doctrina del ATC 9/2012); tampoco resulta arbitraria la consideración de que la simplicidad de la formulación de la proposición de ley, que tampoco puede confundirse con su relevancia material o trascendencia constitucional, pudiera justificar en este caso su tramitación por el procedimiento en lectura única, atendiendo a su estructura, contenido y lenguaje; sin que pueda olvidarse que, como permite apreciar su lectura, la proposición de ley consta de un único artículo, con cuatro apartados, y una disposición final que modifican o dan nueva redacción parcial a cuatro artículos LOTC, con una estructura y un lenguaje, desde la perspectiva de cualquier observador razonable (ATC 141/2016, FJ 6), comprensibles, sencillos e inteligibles, sin perjuicio de su incidencia en una materia de indudable calado constitucional; será criterio del TC que la decisión ha sido adoptada por el órgano competente, a propuesta de los órganos facultados para ello, y por la mayoría reglamentariamente establecida; el consenso político que pudiera suscitar el proyecto o la proposición de ley es algo totalmente ajeno a la concurrencia de los requisitos de simplicidad de formulación o naturaleza del texto normativo que permitan o aconsejen su tramitación por el procedimiento en lectura única (STC 129/2013, FJ 9); en suma, la decisión de recurrir a este procedimiento parlamentario ha de adoptarse por mayoría simple y no por unanimidad o mayoría cualificada

alguna, tal y como se deduce de lo dispuesto en el art. 79 CE y de la interpretación realizada por el TC del juego de las mayorías descrito por la norma fundamental, al reconocer que la norma generalmente seguida en los procedimientos parlamentarios es el recurso a la mayoría simple, siendo la excepción la previsión de mayorías cualificadas en aras de obtener un mayor consenso para proteger más eficazmente los derechos e intereses de las minorías o con otro objetivo razonable (SSTC 179/1989, FJ 7, y 238/2012, FJ 4); en consecuencia, ha de desestimarse la denunciada vulneración del art. 23 CE y, por consiguiente, el vicio de inconstitucionalidad procedimental que se imputa a la Ley recurrida. El primero de los motivos de orden sustantivo en los que el Gobierno Vasco funda la inconstitucionalidad del artículo único, apartado 3, de la Ley Orgánica 15/2015, en la nueva redacción que da al art. 92. 4 b) y c) y 5 LOTC, radica en la vulneración de los arts. 161, 164 y 165, en relación con el art. 117.3 CE. Se impugnan de manera conjunta el art. 92.4 b) y c) y 92. 5 LOTC al estimar, por una parte, que el legislador orgánico se ha excedido de la habilitación que le confiere el art. 165 CE, y, por otra, que las medidas que introduce aquel precepto suponen un cambio cualitativo en la naturaleza, posición y funciones del Tribunal Constitucional, que altera gravemente el equilibrio de poderes del Estado, lo que implica, más que la infracción de uno o varios preceptos de la Constitución, la negación de cláusulas esenciales de la misma y la instauración de un sistema de justicia constitucional en contradicción con el diseñado en el título IX CE; aprecia el TC que lo que se cuestiona en este caso es la atribución de determinadas facultades de ejecución al Tribunal Constitucional en cuanto viene a alterar su posición y funciones, pues deja de ser *un órgano de participación en la dirección política del Estado*, para ocupar una posición prevalente a la que quedan subordinados los demás órganos constitucionales, de manera que el Tribunal interfiere en sus actuaciones y les puede llegar a sustituir en el ejercicio de sus poderes de decisión; así los impugnantes, afirman que el significado del art. 92 LOTC es el de atribuir al Tribunal Constitucional, como *señor de la ejecución de sus decisiones*, la competencia general para exigir a todos los órganos del Estado y a todos los ciudadanos el cumplimiento de las mismas; será su opinión, que esta genérica atribución de competencia no puede llevar consigo la puesta a disposición del Tribunal de un procedimiento de ejecución forzosa que pueda dirigirse contra los altos órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, porque ello excede de *la esencia de la Constitución*, en cuanto tal aparato de ejecución únicamente es pensable frente a los particulares. Así pues, bajo una apariencia formalmente jurídica, el art. 92.4 b) y c) y 92.5 LOTC introduce *medidas políticas destinadas a ejecutar decisiones políticas*, que exceden

claramente de las posibilidades que al Tribunal Constitucional le confiere el título IX CE. El Tribunal puede adoptar en los conflictos constitucionales la decisión que corresponda y de esta forma culmina su función como máximo intérprete de la Constitución, de modo que la realización, la aplicación y la consumación de dicha decisión no pueden depender y quedar sometidas al ejercicio por el propio Tribunal de las medidas que introduce la Ley recurrida; en definitiva, la previsión de las medidas contempladas en el art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC excede de las funciones que el art. 161.1 CE reserva al Tribunal, no resultando, además, idóneas para alcanzar la finalidad que se afirma perseguir; se concluye su extensa alegación respecto a este motivo de inconstitucionalidad con un reproche, no menos genérico, dirigido singularmente a cada una de las medidas del art. 92.4 b) y c) y 92.5 LOTC: así, respecto a la suspensión en sus funciones de autoridades o empleados públicos responsables del incumplimiento [art. 92.4.b) LOTC], sostienen que es una medida que puede afectar tanto a autoridades de órganos ejecutivos como legislativos y que el principio de división de poderes impide que, excepto a través del mecanismo del art. 155 CE, pueda un órgano constitucional suspender a un cargo político de una Comunidad Autónoma o del propio Estado; no menos contrarias resultan al principio de división de poderes las medidas contempladas en el art. 92.4.c) [ejecución sustitutoria, pudiendo requerir la colaboración del Gobierno de la Nación] y 5 LOTC [adopción de las medidas necesarias para asegurar la ejecución de resoluciones que acuerden la suspensión de disposiciones, actos o actuaciones impugnados], toda vez que la sustitución en sus decisiones de determinados órganos constitucionales resulta imposible dentro del sistema constitucional democrático, pudiendo llegar a afectar a la actividad parlamentaria desarrollada en el seno de las Cámaras, protegida por la prerrogativa de la inviolabilidad. Por su parte, la Abogacía del Estado, comienza sus alegaciones resaltando que el Tribunal Constitucional es un órgano de carácter jurisdiccional, el único del orden jurisdiccional constitucional en España, no un órgano político; se afirmará que la Constitución no excluye que la potestad de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional pueda ser encomendada al propio Tribunal, tratándose de una cuestión que el constituyente ha dejado abierta a lo que determine la ley orgánica prevista en el art. 165 CE; tras referirse a la evolución legislativa de la LOTC en materia de ejecución de resoluciones constitucionales, el Abogado del Estado entiende que el título que se pretende defender con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2015 es el principio general de dotar de efectividad a las resoluciones judiciales como garantía del art. 24 CE, que abarca, en este punto, también a las resoluciones del TC (ATC 1/2009, de 12 de enero,

FJ2); lo que se persigue es la defensa del derecho al cumplimiento y efectividad de las resoluciones del Tribunal Constitucional, que no pueden quedar abocados exclusivamente a una represión de carácter penal; el título legitimador de las medidas del art. 92.4.b) y c) y 5 LOTC es su articulación y regulación como medios de ejecución y aplicación en garantía de la efectividad de las resoluciones del Tribunal Constitucional, que es lo mismo que decir de su función como garante de la Constitución y, por consiguiente, los arts. 161 y 165 CE son los que legitiman su previsión. Antes de entrar en la materia de la demanda, el TC se ve en la necesidad de realizar una serie de puntualizaciones. El TC comienza recordando que el control constitucionalmente encomendado es exclusivamente de constitucionalidad, de carácter jurídico, no político, ni de oportunidad, ni de calidad técnica, ni de idoneidad; las intenciones del legislador, su estrategia política o su propósito último no constituyen, como es evidente, objeto de su enjuiciamiento, que ha de circunscribirse a contrastar los concretos preceptos impugnados y las normas y principios constitucionales que integran en cada caso el parámetro de control, sin que pueda convertirse la legítima crítica o discrepancia política en argumento de constitucionalidad [SSTC 49/2008, FF JJ 4 y 5; 197/2014, FJ 1; 118/2016, FJ 4 a), y 128/2016, FJ 5 A) a)]; en segundo lugar, considera el TC preciso advertir asimismo, que el Tribunal en un recurso de inconstitucionalidad, procedimiento a través del cual se ha articulado la impugnación del precepto recurrido de la Ley Orgánica 15/2015 que ahora nos ocupa, *garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados* (art. 27.1 LOTC); el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional en este tipo de procedimiento es un control de carácter abstracto de la norma impugnada, desvinculado de cualquier consideración concreta sobre su aplicación a un específico supuesto de hecho; el control de constitucionalidad de nuestra Ley se ha promovido a través de un recurso de inconstitucionalidad, por lo que su pronunciamiento debe estar al margen de cualquier posible o hipotético acto de aplicación de dicho precepto, debiendo limitarse a contrastar de manera abstracta el precepto recurrido y las normas y principios constitucionales que se estiman infringidos [SSTC 49/2008, FF JJ 3 y 4, y 128/2016, FJ 5 A) a)]. Considerará preciso este recordatorio del TC sobre el tipo de control que es propio de un recurso de inconstitucionalidad ante las extensas consideraciones que se efectúan en la demanda respecto del alcance de una hipotética actividad de ejecución del Tribunal en relación con los posibles pronunciamientos que pudieran recaer en los diferentes procesos constitucionales. Precisaré el TC que de lo que se trata aquí, y ahora, es de enjuiciar la existencia o no de contradicción de las medidas o

instrumentos impugnados, que el legislador ha puesto a disposición del Tribunal para garantizar el cumplimiento y efectividad de sus resoluciones, con los preceptos constitucionales alegados en el recurso, al margen, por lo tanto, de su aplicación a casos concretos y de la viabilidad de su adopción en los distintos procesos constitucionales. Será con ocasión de las específicas medidas que se pretendan o se soliciten tomar en un determinado proceso constitucional para la ejecución de las resoluciones recaídas en el mismo, cuando procederá examinar su viabilidad y, en su caso, la constitucionalidad de su aplicación en dicho proceso constitucional, pues es evidente que las potestades de ejecución del TC habrán de modularse, dentro de los instrumentos o medidas que para ello ha dispuesto el legislador, según el tipo de procedimiento y el contenido del fallo. Por último, lamentará el TC la generalidad de las alegaciones en las que se sustenta el primero de los motivos de inconstitucionalidad de orden sustantivo en los que se funda la demanda, insistiendo en que no basta para cuestionar la constitucionalidad de una disposición legal con imputarle una u otra vulneración, sino que es imprescindible argumentar sobre la efectividad de la vulneración cuya concurrencia se denuncia. Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan; por ello es justo, pues, hablar de una carga del recurrente y en los casos en que ésta no se atiende, de una falta de diligencia procesalmente exigible, como es la de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar [SSTC 44/2015, FJ 4, y 118/2016, FJ 3 g)]. En suma, la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente, no siendo admisibles impugnaciones globales carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente [STC 101/2013, FJ 11; en el mismo sentido SSTC 204/2011, FJ 2 b), y 100/2013, FJ 2 c)]. La Constitución de 1978 configura al TC, como un órgano jurisdiccional al que le confiere en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Los preceptos que integran este título IX, junto con otros preceptos que lo complementan, diseñan los elementos nucleares de un modelo de jurisdicción constitucional que «*el constituyente no quiso [que fuera] un modelo cerrado... petrificado y congelado en el tiempo e incompatible con el carácter evolutivo del Derecho, sino que dejó al legislador orgánico su determinación última*; citará en su apoyo el TC su propia doctrina al respecto: *[b]asta con acudir a los arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE, para constatar la existencia de una amplia habilitación al legislador orgánico para su ulterior configuración* [STC 118/2016, FJ 4 d)]. Este carácter no cerrado del modelo de jurisdicción constitucional

diseñado principalmente en el título IX CE se constata prácticamente respecto a cada uno de sus elementos definidores; en relación con la designación de los Magistrados que componen el Tribunal, hemos declarado que *la regulación detallada de la elección de los miembros del Tribunal Constitucional que se contiene en el art. 159.1 CE no cierra las puertas de modo absoluto a que otras normas puedan desarrollar una regulación constitucional que, entre otras cosas, guarda silencio sobre el procedimiento a seguir en dicha elección de modo que no existe impedimento constitucional para que la regulación constitucional sea desarrollada y concretada siguiendo los requisitos formales y materiales que se derivan del texto constitucional*» [STC 49/2008, FJ 7 a)]. En la misma línea, sostiene el TC, no ha sido distinta la conclusión alcanzada en relación con la regulación de la figura del Presidente del Tribunal Constitucional contenida en el art. 160 CE; será doctrina del TC que desde *una perspectiva comparada se trata de una regulación más extensa que la de la mayor parte de países de nuestro entorno, de la que se deriva un modelo de Presidencia y de Tribunal Constitucional que otorga a su autonomía orgánica un papel ciertamente relevante, puesto que la Presidencia no sólo debe corresponder necesariamente a uno de sus miembros, sino que la única voluntad que concurre en su elección es la del conjunto de Magistrados; sin embargo, seguía su razonamiento, ni del art. 160 CE ni de dicho modelo organizativo se colige una regulación constitucional exhaustiva de la figura de la Presidencia del Tribunal Constitucional, pues, sin ir más lejos, no se definen constitucionalmente ni sus funciones, ni sus concretas competencias, ni el modo de ejercerlas, aspectos todos ellos que están desarrollados en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en las normas que la desarrollan* (STC 49/2008, FJ 18); ese carácter de modelo no cerrado, se extenderá a la consideración de los procesos a través de los cuales el Tribunal ejerce la jurisdicción constitucional; así los arts. 53.2, 95.2, 161 y 163 CE no acogen una lista exhaustiva de los procesos constitucionales de los que puede conocer este Tribunal Constitucional, sino que, antes al contrario, los arts. 161.1.d) y 165 CE legitiman al legislador orgánico para delimitar qué otras “materias” pueden ser del conocimiento y jurisdicción de este Tribunal, de lo que es buena prueba la atribución hasta la fecha de procesos constitucionales no contemplados expresamente por la Constitución [STC 118/2016, FJ 4 d)]; el TC considerará que en virtud de las reservas de ley orgánica de los arts. 162.2 y 165 CE, el legislador llamado a cumplirlas se encuentra habilitado para determinar, más allá de las específicas legitimaciones reconocidas en los citados preceptos constitucionales, las personas y órganos legitimados para acudir al Tribunal Constitucional en los diferentes procesos constitucionales; finalmente, tras ordenar el art. 164 CE la publicación de las Sentencias del Tribunal y, en su caso, la de los votos particulares, declarar el valor de cosa juzgada de aquellas y determinar sus efectos, previsiones que también han sido desarrolladas por

el legislador orgánico del Tribunal Constitucional (arts. 38 a 40 y 86 LOTC), el artículo 165 cierra el título IX CE disponiendo que *[u]na ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones*; reserva de ley orgánica que, según el TC, resulta expresiva, sin duda, del carácter no cerrado o petrificado del modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente, cuya amplitud y vocación de plenitud hemos destacado como manifestación de la estrecha relación que existe entre la Norma Suprema y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; presentara, si doctrina al respecto el TC recordando su doctrina al respecto: este Tribunal tiene declarado que *los términos en que se formula esta reserva específica (“una ley orgánica...”), la amplitud de las materias (“el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”), su posición de cierre del título IX y el hecho de proyectarse sobre un órgano como el Tribunal Constitucional le otorgan una vocación de plenitud que debe llevarnos a rechazar una interpretación restrictiva de tales materias*; si bien se llega a reconocer que aunque no se ha excluido que otras leyes orgánicas incidan en el alcance de la jurisdicción constitucional atribuyéndole nuevas competencias [art. 161.1 d) CE], sí se ha descartado la traslación a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de la doctrina sobre el carácter estricto de las reservas de ley orgánica, pues se trata de un supuesto enteramente diferente, dado que *[a]quellas reservas pueden ser interpretadas estricta o incluso restrictivamente porque el ordenamiento tiene a su disposición otro instrumento (la ley ordinaria) para regular aquello que se le veda a la ley orgánica*, lo que no sucede con la reserva prevista en el art. 165 CE, ya que únicamente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no cualquier otra ley puede desarrollar la institución del Tribunal Constitucional en todos los ámbitos en que quepa tal desarrollo, bien por requerirlo la Constitución, bien porque no esté constitucionalmente impedido [STC 49/2008, FF JJ 3 y 16, en el mismo sentido, STC 118/2016, FJ 4 d)]. No obstante esta clara doctrina del TC, éste reconoce que la CE no contiene previsión alguna en materia de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin embargo, es obvio, que esta falta de previsión no puede interpretarse, en el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente en los términos antes indicados, como un desapoderamiento al TC de la potestad de ejecutar y velar por el cumplimiento de sus resoluciones. El TC ha sido configurado en el texto constitucional como un verdadero órgano jurisdiccional que tiene conferido en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de modo que, en cuanto cualidad inherente a la función de administrar justicia, también de la justicia constitucional, ha de postularse del Tribunal la titularidad de una de las potestades en que el ejercicio de la

jurisdicción consiste, cual es la de la ejecución de sus resoluciones, pues quien juzga ha de tener la potestad de obligar al cumplimiento de sus decisiones; si ello no fuera así, el Tribunal, único en su orden, carecería de una de las notas esenciales del ejercicio de la función jurisdiccional y con ello de la potestad necesaria para garantizar la supremacía de la Constitución (art. 9.1 CE), en tanto que supremo intérprete y garante último de la misma (art. 1.1 LOTC). Cuestión distinta a la de la titularidad de la potestad de ejecución de sus propias resoluciones es la de la forma o el modo en que se pueda articular dicha ejecución, que, por razones de efectividad o, incluso, de oportunidad, puede llegar a reclamar el auxilio de otros órganos públicos, así como la de los instrumentos o medidas puestas a su disposición para garantizar el cumplimiento y la efectividad de aquellas resoluciones. Como el Abogado del Estado señala en sus alegaciones, estas son cuestiones que el constituyente ha dejado a disposición del legislador orgánico del Tribunal Constitucional *ex art. 165 CE*. Así pues, en principio, sin perjuicio de las tachas que puedan llegar a dirigirse o merecer sus concretas previsiones o los singulares instrumentos o medidas destinados a garantizar la efectividad de las resoluciones del Tribunal Constitucional, la regulación de la ejecución de sus resoluciones es materia que encuentra cobertura en la reserva de ley orgánica del art. 165 CE, reserva a cuya amplitud y vocación de plenitud ya se ha subrayado. La redacción originaria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su título VII, que lleva por rúbrica «de las disposiciones comunes sobre procedimiento», materia esta expresamente incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica del art. 165 CE, contenía tres preceptos relacionados con la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. El primero, siguiendo un orden numérico, cuyo contenido reproduce el vigente art. 87.1 y 2 LOTC, proclamaba ya que todos los poderes públicos están obligados «al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva», y preveía también que los jueces y tribunales debían prestar «con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste necesite» (art. 87 LOTC). En materia propiamente de ejecución, el art. 92 LOTC establecía que «[e]l Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quien ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución». El contenido de este precepto se recoge en la actual redacción del apartado primero del art. 92.1 LOTC, con los añadidos de que «[e]l Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones» y que puede adoptar «las medidas de ejecución necesarias». Por último, se contemplaba la posibilidad de imponer multas coercitivas «a cualquier persona, investida o no de poder público, que incumpla los requerimientos del Tribunal dentro de los plazos

señalados y reiterar estas multas hasta el total cumplimiento de los interesados, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad a que hubiera lugar» (art. 95.4 LOTC). Recordará, asimismo, el TC cómo la LO 6/2007, de reforma de la LO 2/1979, del TC, además de modificar la cuantía de las multas coercitivas establecidas en el art. 95.4 LOTC (art. 29), introdujo un párrafo segundo en el art. 92 LOTC, que reproduce el vigente art. 92.1 LOTC, en el que, en coherencia con la nueva redacción que dio al inciso final del art. 4.1 LOTC, faculta al Tribunal para *declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó* (art. 28); de otra parte, sostendrá el TC que la reforma de la LO 15/2015, cuyo art. único, apartado 3, que se recurre en el presente proceso en la nueva redacción que da al art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC, tiene como finalidad introducir *en sede constitucional, instrumentos de ejecución que dot[en] al Tribunal de un haz de potestades para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones*. En concreto, el art. 92.4 b) [suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos responsables del incumplimiento] y c) LOTC [ejecución sustitutoria, pudiendo requerir la colaboración del Gobierno de la Nación], recogen sendas medidas que forman parte del elenco de las contempladas en el citado art. 92.4 LOTC, que el TC, previa sustanciación del trámite de audiencia legalmente previsto, puede adoptar en los supuestos de incumplimiento de sus resoluciones; del contenido literal e íntegro de este elenco de medidas se ha dejado constancia en el FJ 2; al igual que en el citado FJ se ha reproducido el contenido del art. 92.5 LOTC, objeto igualmente de este proceso constitucional, que atribuye al TC, de oficio o a instancia del Gobierno, la facultad de adoptar *las medidas necesarias para asegurar* las resoluciones que acuerden la suspensión de disposiciones, actos o actuaciones impugnadas. Tras este completo planteamiento de las funciones constitucionales de su función, el TC considerará que la denunciada desnaturalización del modelo de jurisdicción constitucional diseñado por la Constitución, con la consiguiente alteración de la posición y funciones de este Tribunal, de la que hacen derivar la vulneración de los arts. 161, 164 y 165, en relación con el art. 117.3, CE no se sostiene, en atención a que se considera que el modelo de jurisdicción constitucional que el constituyente no ha querido que fuese cerrado ni petrificado, confiando al legislador orgánico del TC [arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE] una amplia habilitación, en los términos expuestos, para la determinación última de los distintos elementos que lo configuran; en la reserva de ley orgánica del art. 165 CE, cuya amplitud y vocación de plenitud impide una interpretación restrictiva de su ámbito material, encuentran cobertura, con carácter

general, la regulación de la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional y, en particular, de las medidas previstas para garantizar su cumplimiento y efectividad; las concretas medidas contempladas en el art. 92.4 b) y c) y 92.5 LOTC constituyen, al igual que el resto, instrumentos o potestades puestos a disposición del TC por el legislador para garantizar el debido y efectivo cumplimiento de sus sentencias y demás resoluciones, al que están obligados todos los poderes públicos, incluidas las Cámaras legislativas (ATC 170/2016, FJ 2); la finalidad perseguida con ellas, como también con las medidas ahora impugnadas, tiene un fundamento constitucionalmente legítimo, cual es el de *garantizar la defensa de la posición institucional del Tribunal Constitucional y la efectividad de sus sentencias y resoluciones, protegiendo su ámbito jurisdiccional frente a cualquier intromisión ulterior de un poder público que pudiera menoscabarla* (ATC 170/2016, FJ 2), que es lo mismo que decir, preservar la supremacía de la Constitución, a la que todos los poderes públicos están subordinados (art. 9.1 CE), y cuyo supremo intérprete y garante último es este Tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional; en consecuencia, ha de descartarse que el legislador orgánico del TC con la introducción de las medidas previstas en el art. 92.4 b) y c) y 92.5 LOTC se haya excedido, por las razones que el demandante aduce en este motivo de inconstitucionalidad, en la habilitación que el constituyente le ha conferido con la reserva de ley orgánica del art. 165 CE, siendo precisamente este precepto constitucional, el que da cobertura a aquellas medidas; considerará el TC que afirmarse que estas medidas que el legislador, en su libertad de configuración, pone a disposición del Tribunal en el precepto impugnado para los supuestos de incumplimiento de sus resoluciones alteren, por sí mismas, con base en los razonamientos ofrecidos en este primer motivo de inconstitucionalidad, las funciones del TC, quien continúa ejerciendo en exclusiva la función jurisdiccional encomendada *ex constitutione* mediante el conocimiento de los procesos constitucionales atribuidos bien por el constituyente (arts. 53.2, 95.2, 161.1 y 2 y 163 CE), bien por el legislador orgánico *ex arts.* 161.1 d) y 165 CE, sin que, por consiguiente, pueda apreciarse tampoco una alteración de la posición institucional del TC. Es justamente en ejercicio de su función jurisdiccional a través de los correspondientes procesos constitucionales, de la que es un componente esencial la potestad de ejecución, cuando el Tribunal, con respeto a los requisitos y garantías establecidos por el legislador, puede llegar a adoptar las medidas legalmente previstas, entre ellas las contempladas en el citado art. 92.4 a) y b) y 92.5 LOTC, para garantizar la efectividad y el cumplimiento de sus resoluciones, de modo que no resultan alteradas ni sus funciones ni su posición institucional. Afirmará, en esta línea, el TC que ningún precepto

constitucional impide explícitamente, ni una prohibición de tal índole cabe inferir de los principios que informan nuestro modelo de jurisdicción constitucional, que el legislador orgánico *ex art. 165 CE* pueda establecer un proceso incidental que tenga por objeto velar por la efectividad y cumplimiento de las resoluciones del Tribunal y pueda poner a disposición de éste instrumentos o medidas destinados a dicha finalidad, así como que aquel proceso pueda dirigirse y que estos instrumentos o medidas puedan adoptarse en hipótesis en relación con altos órganos del Estado y de las Comunidades Autónomas cuando sean los destinatarios del cumplimiento de aquellas resoluciones; considerará el TC necesario precisar que al TC no sólo le corresponde decidir las controversias que se susciten en los procesos constitucionales que ante él se promueven, sino también, en cuando componente esencial de la función jurisdiccional que tiene atribuida *ex constitutione*, la titularidad de la potestad de ejecutar sus resoluciones, velando por el cumplimiento y la efectividad de las mismas, sin la cual aquella función jurisdiccional devendría huera; insistirá el TC en que todos los poderes públicos, y por ende sus titulares, están obligados al debido cumplimiento de las resoluciones de este Tribunal (art. 87.1 CE), lo que es consecuencia de su sumisión a la Constitución (art. 9.1 CE) [AATC 141/2016, FJ 2, y 170/2016, FF JJ 2 y 8], sin que el contenido de las disposiciones, resoluciones o actos emanados de los poderes públicos, cualquiera que sea, pueda menoscabar la integridad de las competencias que la Constitución encomienda a este Tribunal, que ejercerá cuando proceda (ATC 170 /2016, FJ 8, con cita de los AATC 189/2015, FJ 3, y 141/2016, FJ 7). Sobre las medidas de la LO impugnada lue presuntamente vulneran el principio de separación de poderes, a lo que añaden, en relación con las medidas contempladas en el art. 92.4 c) y 92.5 LOTC, que pueden llegar a afectar a la actividad de las Cámaras parlamentarias, que gozan de la prerrogativa de la inviolabilidad, argumentos spstenmido por los recurrentes, considera el TC que ha rechazarse, antes de nada, la posible existencia de la vulneración de la Constitución denunciada sobre la base de imputaciones genéricas, como las efectuadas al respecto en la demanda, supuestamente atentatorias de principios constitucionales, como en este caso el principio de división de poderes, pues la invocación genérica de tales principios no puede sustentar en un recurso de inconstitucionalidad la pretensión de que este Tribunal invalide normas con rango de ley [STC 238/2012, FJ 6 a) y jurisprudencia allí citada]; así, respecto a la hipotética incidencia que pudiera tener en la actividad de las Cámaras parlamentarias las medidas que con base en el art. 92.4 c) y 92.5 LOTC pudieran llegar a adoptarse en orden a obtener el debido cumplimiento de resoluciones del TC, se reitera que el control de

constitucionalidad que se ha de llevar a cabo en este proceso es un control abstracto, que tiene por objeto exclusivamente contrastar los preceptos impugnados, en los que se incluyen medidas que el legislador ha puesto a disposición del Tribunal para garantizar con carácter general la efectividad de sus resoluciones, con los mandatos y principios constitucionales supuestamente vulnerados, al margen, por lo tanto, de su aplicación a casos concretos y de la viabilidad o no de las posibles medidas que se pudieran llegar a adoptar en los distintos procesos constitucionales; será con ocasión de la aplicación concreta de alguna o algunas de estas medidas a fin de velar por el efectivo cumplimiento de la resolución recaída en un determinado proceso constitucional, cuando procederá examinar entonces su viabilidad; no obstante el TC lejos de formular ningún pronunciamiento preventivo sobre hipotéticas aplicaciones de los preceptos recurridos, que, según reiterada doctrina constitucional, ni se debe ni se puede efectuar (STC 85/2016, FJ 4), no resulta le ocioso traer a colación que ya se tiene declarado que *la autonomía parlamentaria no puede erigirse en razón para soslayar el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, sin que la admonición a cumplir sus resoluciones suponga «*n modo alguno una restricción ilegítima de aquella autonomía ni comprometa el ejercicio del derecho de participación de los representantes políticos garantizado por el art. 23 CE, pues es la consecuencia obligada de la sumisión a la Constitución de todos los poderes públicos (art. 9.1 CE)*»; recordará así el TC su doctrina, a tenor de la cual, se ha señalado también que la interpretación de las disposiciones reglamentarias de las Cámaras, que no pueden contradecir el imperio de la Constitución como norma suprema, ha de cohererse con el debido cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional, al que vienen obligados todos los poderes públicos (art. 87.1 LOTC), de modo que aquella interpretación no entre en contradicción con los pronunciamientos del TC (ATC 170/2016, FF JJ 6, 7 y 8); el Tc, en atención a los precitados argumentos jurídicos, desestima la denunciada desnaturalización del modelo de jurisdicción constitucional diseñado en la Constitución, y, por consiguiente, la vulneración, que a ella se anuda, de los arts. 161 y 165 CE; idéntica suerte ha de correr la lesión del art. 164 CE, puesto que, además de carecer de argumentación alguna, este precepto nada dispone sobre la ejecución de las resoluciones del TC; y, en fin, la infracción del art. 117.3 CE, cuyas previsiones se refieren al alcance de la función jurisdiccional de los órganos que integran el Poder Judicial, del que aquél, como resulta del propio texto constitucional y tiene declarada una pronta y reiterada doctrina constitucional, no forma parte (ATC 83/1980, de 5 de mayo, FJ 2). Como segundo motivo de inconstitucionalidad de orden sustantivo, los recurrentes, imputan al art. único, apartado 3, de la LO 15/2015, en la redacción que da

al art. 92.4 b) y c) y 92.5 LOTC, la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), así como del régimen constitucional y estatutario en materia de aforamiento (arts. 24, 71 y 72 CE y 26.2 y 32 EAPV); se argumenta en la demanda que las medidas contempladas en el art. 92.4 b) y c) y 92.5 LOTC no son meras medidas coercitivas o cautelares, sino que tienen verdadero carácter punitivo, revistiendo tal carácter la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento [art. 92.4 b) LOTC], que es claramente una medida ineficaz, en cuanto por definición la suspensión imposibilita que la autoridad o empleado público suspendido pueda desplegar actividad alguna encaminada a ejecutar la resolución judicial, lo que revela, a su vez, que se trata en realidad de una medida destinada a castigar o sancionar la conducta de la autoridad o empleado público concernidos. Dado el carácter sancionador de las medidas del art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC, el precepto no satisface las exigencias de previsibilidad en la definición de las conductas y de las sanciones que requiere la garantía material del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), (*sic* de tipicidad); además, la suspensión de funciones constituye también una pena privativa de derechos (arts. 39 y 43 del Código penal: CP), que puede ser impuesta por el TC como respuesta al incumplimiento de sus resoluciones, con total inobservancia, por lo tanto, de la garantía del aforamiento que les pueda corresponder a las autoridades y empleados públicos; hasta aquí las objeciones de los recurrentes. Se opondrá a estos los del Abogado del Estado, al entender que la suspensión de funciones prevista en el art. 92.4 b) LOTC no es una medida sancionadora, dado que no está diseñada para sancionar un comportamiento con carácter represivo, sino para evitar la persistencia en el incumplimiento de una resolución del TC. Se trata de una suspensión evitable, ya que el TC no puede imponerla sino tras la constatación, con la tramitación del incidente en el que se da audiencia a las personas afectadas, de la voluntad incumplidora de su destinatario y sólo a la autoridad o el empleado público responsable del incumplimiento. La ausencia del carácter sancionador de la medida excluye la aplicación del principio de legalidad (art. 25 CE), así como la infracción de la normativa constitucional y estatutaria en materia de aforamiento, puesto que su imposición no implica una actividad de enjuiciamiento penal de sus posibles destinatarios. El motivo de inconstitucionalidad cuyo examen procede ahora afrontar se sustenta exclusivamente en el carácter punitivo de las medidas previstas en el art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC, lo que conllevaría la vulneración de las garantías de orden material que exige el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), así como la infracción de los preceptos constitucionales y estatutarios que regulan la figura del aforamiento; ello no

obstante, apreciará el Tc que sólo se argumenta sobre el carácter punitivo de la medida de suspensión en sus funciones de autoridades o empleados públicos del art. 92.4.b) LOTC, sin que nada digan al respecto en relación con las contempladas en el art. 92.4.c) y 92.5 LOTC, de modo que únicamente aquella medida puede ser objeto de nuestro enjuiciamiento con base en el motivo de inconstitucionalidad aducido, al no haber satisfecho la demanda, conforme a una reiterada doctrina constitucional de la que ya se ha dejado constancia, la carga de ofrecer una fundamentación suficiente sobre la posible vulneración por las otras dos medidas de los preceptos constitucionales y estatutarios invocados, no siendo admisibles impugnaciones globales carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente. Es doctrina constitucional reiterada que las garantías que la Constitución prevé para los actos de contenido punitivo no resultan, sin más, exigibles a los actos restrictivos de derechos (SSTC 34/2003, FJ 2 y 181/2014, FJ 5); en relación con el principio de legalidad en materia penal el TC tiene declarado que *«los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica ... a supuestos distintos o a actos por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del ius puniendi del Estado o tienen un verdadero sentido sancionador»* (STC 48/2003, FJ 9 y doctrina allí citada); como ya se dijo en esta última Sentencia, para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico; de modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena o sanción en sentido material, pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa. Así, hemos negado la existencia de una función retributiva porque las medidas impugnadas tenían la finalidad de constreñir a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta (STC 239/1988, FJ 2), perseguían la simple aplicación del ordenamiento por la Administración competente (STC 181/1990, FJ 4) o, en fin, tenían como único objetivo restablecer la legalidad conculcada (STC 119/1991, FJ 3); no basta, en consecuencia, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para la ejecución de un determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que

de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho; el carácter penal o administrativo sancionador de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente (STC 48/2003, FJ 9; en el mismo sentido, SSTC 331/2006, FJ 4; 121/2010, FJ 7; 39/2011, FF JJ 2 y 3, y 17/2013, FJ 12); puesto en cuestión ese pretendido carácter sancionador, se aprestará el Tc a indagar acerca de la naturaleza jurídica de la medida de suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos prevista en el art. 92.4.b) LOTC a efectos de afirmar o descartar su carácter punitivo, para lo que sí es determinante, de conformidad con la doctrina constitucional referida, la función o finalidad que pretende conseguirse con aquella medida [STC, por todas, 181/2014, FJ 6; SSTEDH de 21 de febrero de 1984, asunto *Öztürk*, serie A, núm. 73 (53 y 70); de 22 de mayo de 1990, asunto *Weber*, serie A, núm. 177 (31-33) y de 27 de agosto de 1991, asunto *Demicoli*, serie A, núm. 210 (33)]. Los razonamientos en los que los Letrados del Gobierno Vasco sustentan el carácter punitivo de la medida de suspensión de funciones no son concluyentes para dilucidar su naturaleza, según el TC; el que su adopción no permita la ejecución de la resolución jurisdiccional por la autoridad o empleado público suspendido en sus funciones y responsable del incumplimiento nada dice sobre el carácter punitivo de la medida; la constatación por el Tribunal de la voluntad deliberada y persistente de la autoridad o empleado público de no cumplirla es el presupuesto legal para la aplicación de la medida, con la que precisamente se pretende, no instar de nuevo a su cumplimiento por aquella autoridad o empleado público, sino remover el obstáculo que su manifiesta voluntad incumplidora supone para la efectividad de dicha resolución, de modo que el hecho de que la autoridad o empleado público suspendido no pueda en ejercicio de sus funciones llevarla a término no resulta revelador de su condición punitiva; tampoco deviene determinante de esta condición su consideración como sanción en la legislación disciplinaria en materia de función pública o como pena en el Código penal, ya que justamente de lo que se trata ahora es de dilucidar si la concreta medida de suspensión de funciones, que el legislador orgánico ha puesto a disposición del Tribunal, tal y como aparece configurada en el art. 92.4.b) LOTC, tiene o no naturaleza punitiva; considerará el TC que lo queha de enjuiciar es su cuestionada viabilidad constitucional como potestad conferida al Tribunal para garantizar la ejecución de sus resoluciones; parece evidente al TC que, en principio, en modo alguno cabe descartar que una misma institución o

medida pueda obedecer o atender a finalidades diferentes y pueda presentar, en consecuencia, una distinta naturaleza jurídica; apreciará el Tc cómo la medida ahora controvertida forma parte del elenco de instrumentos que el legislador orgánico ha puesto a disposición del Tribunal en el art. 92.4 LOTC para los supuestos de incumplimiento de sus resoluciones; medidas, entre ellas la suspensión de funciones, que sólo pueden adoptarse, como ya se ha señalado, una vez advertido que una resolución dictada por el Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida; esto es, de advertirse tal incumplimiento, el TC de oficio o a instancia de una de las partes del proceso en las que hubiera recaído aquella resolución, *requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto*; si una vez recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, *el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas que se recogen en el art. 92.4 LOTC*, entre ellas, la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento [b)]. Considerará el TC que esta medida de suspensión de funciones, como se explicita en la preámbulo de la Ley y resulta de una interpretación sistemática del precepto, sólo puede recaer sobre las autoridades o empleados públicos responsables del incumplimiento de la resolución dictada por el Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción, una vez advertido tal incumplimiento y si, sustanciado el trámite de audiencia previsto en el art. 92.4 LOTC, el TC aprecia el incumplimiento total o parcial de la misma, a la vista de informe recibido de las autoridades o empleados públicos a los que corresponde llevar a cabo el cumplimiento de la resolución o transcurrido el plazo fijado sin que hubieran emitido dicho informe; es obvio que sólo podrá aplicarse, cuando esté en la esfera de actuación de la autoridad o empleado público concernidos el cumplimiento de la resolución de que se trate y se acredite su voluntad deliberada y persistente de no atender al mismo; el ámbito subjetivo de aplicación de la medida es exclusivamente el de las autoridades o empleados públicos responsables del incumplimiento, sin que pueda extenderse a autoridades, empleados públicos u otras personas ajenas a dicho ámbito de responsabilidad; afirmará el TC que la suspensión, además, como se desprende del inciso final del art. 92.4 b) LOTC, sólo se puede acordar *durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal*, de modo que la duración temporal de la medida queda circunscrita necesariamente a ese periodo, no pudiendo extenderse ni prolongarse más allá de ese lapso de tiempo; asimismo habrá de ajustarse, en la medida en que resulte factible, a las funciones que guarden relación directa con la ejecución de la sentencia;

concluirá, por eso, el TC dado que la medida está orientada a *asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal*, hay que concluir que en su adopción no sólo habrán de respetarse los límites subjetivos y temporales ya señalados, sino que, además, únicamente podrá acordarse cuando resulte idónea para la finalidad para la que ha sido prevista por el legislador, esto es, para garantizar la efectividad y el cumplimiento de las resoluciones dictadas por el Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción; eso implica que deberá contraerse al ejercicio de aquellas atribuciones cuya suspensión resulte imprescindible para asegurar la ejecución de la resolución dictada; finalmente, considera el TC que es una medida que habrá de levantarse tan pronto como cese la voluntad incumplidora de la autoridad o empleado público responsable del cumplimiento de la resolución. La medida de suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos del art. 92.4.b) LOTC es, desde luego, una consecuencia jurídica gravosa para la autoridad o empleado público al que se le aplique, pero ello no la convierte sin más en un medida punitiva, pues en otro caso habría que conceder *que toda consecuencia jurídica desfavorable... encerraría un componente sancionador* (STC 48/2003, FJ 9). Concluirá el TC la función de la medida no es la de infligir un castigo ante un comportamiento antijurídico o ilícito, como podría ser la desatención de la obligación de todos los poderes públicos y los ciudadanos de cumplir las resoluciones del TC, consecuencia de la sujeción de todos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE); para la exigencia de las responsabilidades penales que pudieran derivarse del incumplimiento de aquella obligación, el legislador ha previsto otro tipo de medida como es la deducción del oportuno testimonio de particulares [art. 92.4.d) LOTC], que el preámbulo de la LO 15/2015, manifestando la voluntad del legislador, refiere como medida distinta. El legislador orgánico del TC, en ejercicio de la amplia habilitación que le confiere la reserva de ley del art. 165 CE, ha configurado en el art. 92.4.b) LOTC la medida de suspensión de funciones de las autoridades o empleados públicos como una medida para facilitar la plena ejecución de las resoluciones del TC mediante la remoción de quien obstaculiza su debida observancia, esto es, la autoridad o empleado público que siendo responsable de su cumplimiento, sin embargo, se muestra renuente al mismo y persiste en esta actitud; aquella remoción necesaria para que cese el obstáculo al cumplimiento de la resolución permitirá al Tribunal adoptar las medidas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar su efectividad; por más que la medida de suspensión controvertida tenga una consecuencia gravosa para la autoridad o empleado público al que se le imponga durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal, no responde a una

finalidad propiamente represiva, retributiva o de castigo, características de las medidas punitivas, sino a la finalidad de garantizar la efectividad y cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional, al que todos los poderes públicos y ciudadanos están obligados; será criterio del TC que no hay, por tanto, componente punitivo alguno en la medida de suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos prevista en el art. 92.4.b) LOTC; se trata, por el contrario, de una medida que el legislador ha concebido, en el ejercicio de su libertad de configuración, directamente vinculada a la ejecución efectiva de las resoluciones del TC, en garantía, por consiguiente, de uno de los componentes esenciales de su función jurisdiccional, que únicamente se puede adoptar previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que dispone el citado art. 92.4.b) LOTC; considera el TC que al margen de la finalidad justificativa apuntada, no cabe apreciar en la configuración que el legislador orgánico ha hecho de la medida de suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos del art. 92.4.b) LOTC una pretensión de causar un perjuicio añadido en el círculo de sus bienes y derechos como consecuencia de la realización de una supuesta conducta ilícita; descartado el carácter punitivo de la medida de suspensión de funciones del art. 92.4.b) LOTC, han de desestimarse las denunciadas infracciones del art. 25.1 CE y de los preceptos constitucionales y estatutarios que regulan la figura del aforamiento. El último motivo de inconstitucionalidad de orden sustantivo en el que los Letrados del Gobierno Vasco sustentan la impugnación del artículo único, apartado 3, de la Ley Orgánica 15/2015, en la nueva redacción que da al art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC, consiste en la infracción de los arts. 143 y 155 CE; argumentan que la LO 15/2015 supone una alteración del sistema de controles de las CCAA por el Estado proscrito por el TC, en cuanto no se ajusta al principio de autonomía el establecimiento de controles genéricos e indeterminados que implican una posición jerárquicamente subordinada de las CCAA respecto de la Administración del Estado (STC 76/1983, de FJ 12); en concreto, las medidas previstas en el art. 92.4.b) y 92.5 LOTC quedan configuradas como mecanismos equivalentes al previsto en el art. 155.2 CE, es decir, se convierten en realidad en presupuesto de aplicabilidad de este precepto constitucional; de otra parte, la medida contemplada en el art. 92.4.c) LOTC supone una actuación subsidiaria que implica una forma de control sobre la actuación de la Administración autonómica incompatible con el principio de autonomía, al sustituirse a la Comunidad Autónoma en el ejercicio de su competencia. Se opone también a la estimación de este motivo de inconstitucionalidad la Abogacía del Estado, pues entiende que las medidas recogidas en el art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC no son controles que el Estado

realiza sobre las Comunidades Autónomas con vulneración del principio de autonomía (art. 143 CE), sino medidas que se adoptan por el propio TC ante el incumplimiento de sus resoluciones, con el objetivo de satisfacer el mandato constitucional de sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE); en su criterio no existe la alegada subordinación jerárquica entre el Estado y las CCAA por la posible adopción de aquellas medidas, ya que también el TC puede acordarlas en relación con el Estado. Considera el TC que el enjuiciamiento de este motivo de inconstitucionalidad requiere distinguir, de una parte, el reproche que de manera conjunta se dirige a las medidas del art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC por posible alteración del sistema de controles del Estado sobre las CCAA, en particular, del mecanismo previsto en el art. 155 CE; y, de otra, la queja que se formula en relación con el art. 92.4.c) LOTC, en cuanto puede implicar la sustitución de la Comunidad Autónoma por el Estado en el ejercicio de sus competencias. Considera el TC que los recurrentes parten del presupuesto de considerar equivalentes las nuevas medidas de ejecución que el legislador ha puesto a disposición del TC, en concreto las previstas en el art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC, y el mecanismo del art. 155 CE; no lo considerará así el TC, quien parte de la premisa de que aquellas medidas y este mecanismo descansan en diferentes títulos legitimadores, sin perjuicio de que puedan resultar coincidentes algunas de las medidas que puedan llegar a adoptarse en uno y otro supuesto; en la resolución de la cuestión acudirán, de nuevo el TC, a su tesis en relación con el significado de la reserva de ley orgánica del art. 165 CE: encuentran cobertura, con carácter general, la regulación de la ejecución de las resoluciones del TC y, en particular, las medidas impugnadas en este proceso constitucional, cuya finalidad no es otra que la de garantizar el debido y efectivo cumplimiento de las resoluciones del TC, al que están obligados todos los poderes públicos (ATC 170/2016, FJ 6), protegiendo su posición institucional y su ámbito jurisdiccional; es al propio TC, titular de la potestad de ejecución, al que le corresponde adoptar en caso de incumplimiento de sus resoluciones, tras el trámite de audiencia previsto en el art. 92.4 LOTC, las medidas puestas por el legislador a su disposición que, resultando constitucionalmente procedentes o viables en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, considere conveniente en orden a garantizar la efectiva observancia de sus pronunciamientos; por su parte, el título legitimador para la adopción de «*as medidas necesarias*» a las que se refiere el art. 155 CE es el incumplimiento por una Comunidad Autónoma de *las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan* o su actuación *de forma que atente gravemente al interés general de España*; es al Gobierno de la Nación, previo

requerimiento al Presidente de la CA, y, en el caso de no ser atendido este, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado, a quien le corresponde adoptar *las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general de España*. Se trata, por consiguiente, de medidas que tienen un diferente título legitimador y que, por lo tanto, frente a lo que sostienen apodícticamente los Letrados del Gobierno Vasco, no pueden considerarse como mecanismos equivalentes. Las contempladas en el art. 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC, que también pueden llegar a adoptarse en relación con el Estado y a cuya finalidad y fundamento constitucionalmente legítimo el TC ya se ha referido en esta decisión, en modo alguno constituyen mecanismos de control del Estado sobre las CCAA, estando exclusivamente orientadas a garantizar la efectividad y el cumplimiento de las resoluciones del TC, al que, es preciso insistir de nuevo, están obligados todos los poderes públicos; dicho de otro modo, el art. 155 CE regula una vía específica de coerción directa para el cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales y para la protección del interés general de España, que se diferencia nítidamente de la regulación de las medidas de ejecución de que pueda disponer el TC en orden a la efectividad de sus resoluciones, que encuentra cobertura en la reserva de ley orgánica del art. 165 CE. Es interpretación del TC que el art. 92.4.c) LOTC recoge la ejecución sustitutoria como medida que el Tribunal puede adoptar para instar al cumplimiento de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales; en ese caso, el precepto contempla la posibilidad de que el Tribunal pueda requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por aquél, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones; considera el TC que es el Tribunal quien, entre el elenco de medidas puestas a su disposición por el legislador para hacer frente a los supuestos de incumplimiento de sus resoluciones, puede decidirse, tras el trámite de audiencia del art. 92.4 LOTC, por la ejecución sustitutoria de la resolución de la que se trate y, de optar por esta medida, puede requerir la colaboración del Gobierno de la Nación, colaboración que ha de desarrollarse en los términos que fije el propio Tribunal; en consecuencia, no es el Gobierno quien discrecionalmente decide intervenir en la ejecución sustitutoria, ni quien decide qué medidas concretas implica la ejecución; el título legitimador de esta medida de ejecución no es, como parece desprenderse de la demanda, un supuesto título competencial del Estado, sino, como el resto de medidas previstas en el art. 92.4 LOTC, la garantía de la efectividad y cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional; en consecuencia, ninguna tacha de constitucionalidad puede hacerse al legislador orgánico por haber

recogido explícitamente en la LOTC la ejecución sustitutoria como medio de ejecución de las resoluciones jurisdiccionales del TC, que responde a un fin constitucionalmente legítimo y que sólo puede adoptarse *ex art. 92.4 LOTC* una vez constatada la voluntad deliberada y persistente de incumplir la resolución por quien está obligado a su cumplimiento. Finalmente, tampoco cabe inferir del tenor del precepto impugnado que la ejecución sustitutoria implique necesariamente, como sostienen los Letrados del Gobierno Vasco, que el Estado sustituya a la CA en el ejercicio de sus competencias con la consiguiente vulneración del principio de autonomía. Para desestimar esta alegación ha de tenerse en cuenta, de un lado, que se podrá recurrir a la ejecución sustitutoria cuando pueda resultar una medida de ejecución idónea y procedente para el cumplimiento de las resoluciones del TC, lo que éste habrá de valorar en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes en el mismo; de otro lado, que la aplicación de esta medida, al igual que las demás instrumentos de ejecución del art. 92.4 LOTC, ha de cohonestarse y respetar siempre las previsiones constitucionales y nunca podrán dar lugar a la alteración de la posición institucional del Estado y de las CCAA, conforme a la Constitución y a los EEAA, y sí sólo a la circunstancial adopción de las medidas necesarias y, por tanto, proporcionadas para la ejecución del fallo; y, en fin, que, como con alguna reiteración ya se ha indicado, al TC no le corresponde pronunciarse en este proceso constitucional sobre hipotéticas aplicaciones del precepto legal recurrido, debiendo limitarse a contrastar su contenido con los preceptos constitucionales cuya vulneración se alega; en base en las razones expuestas, ha de desestimarse también este último motivo de inconstitucionalidad.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

Voto particular que formula la Magistrada Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 229-2016.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 229-2016.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 229-2016.

Dada la extraordinaria extensión de los tres VVPP de esta Sentencia 185/2016, nos limitamos a señalarlos, aunque recomendamos vivamente su lectura.

Con este número se da fin a la reseña de la Jurisprudencia Constitucional de 2016. Se han consultado las SSTC 179 a 228 de este 2016. Entre ellas, amén de las comentadas *in extenso*, son reseñables las relacionadas a continuación, acompañadas de la nota resumen del propio BOE.

Sentencia 183/2016, de 03 de noviembre de 2016 (BOE núm. 299, de 11 de diciembre de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 4530-2012. Interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias respecto del artículo 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Límites de los decretos-leyes y competencias en sanidad y función pública: nulidad de la previsión legal estatal que impide la adscripción de personal funcionario sanitario a instituciones sanitarias públicas autonómicas.

Sentencia 195/2016, de 16 de noviembre de 2016 (BOE núm. 311, de 25 de diciembre de 2016).

Recurso de inconstitucionalidad 5951-2014. Interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en relación con los artículos 4 y 7 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Límites a los decretos-leyes, competencias en materia de comercio interior: constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a las zonas de gran afluencia turística (STC 18/2016). Votos particulares. (Ver nuestro comentario en el n° 96 de esta Revista de la citada 18/2006)

Sentencia 200/2016, de 28 de noviembre de 2016 (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2017).

Recurso de amparo 4960-2015. Promovido por Sporafrik, S.L., en relación con el Auto de un Juzgado de Primera Instancia de Orihuela, que denegó su solicitud de nulidad de actuaciones en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento mediante edictos de la demandada sin agotar los medios de conocimiento de su domicilio real (STC 122/2013).

Sentencia 203/2016, de 01 de diciembre de 2016 (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2017).

Cuestión prejudicial sobre normas forales fiscales 1042-2016. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el artículo 30.2 de la Norma Foral 10/2006, de 29 de diciembre, reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas del territorio histórico de Gipuzkoa.

Sistema tributario de los territorios históricos: nulidad de las modificaciones introducidas en el método de estimación objetiva de determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Sentencia 202/2016, de 01 de diciembre de 2016 (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 4972-2013. Interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Derechos a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia y acceso al recurso) y a la igualdad en la ley y principio de capacidad económica: pérdida parcial de objeto del recurso (STC 140/2016), regulación del devengo de la tasa en el orden social y en el recurso contencioso-administrativo.

Pleno. Sentencia 210/2016, de 15 de diciembre de 2016 (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 4539-2012. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con el artículo único del Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía.

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, farmacia y Seguridad Social: constitucionalidad de las previsiones legales autonómicas relativas a la selección, mediante la correspondiente convocatoria pública, por el servicio de salud, de los medicamentos o productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando se prescriban por principio activo o denominación genérica.

Sentencia 215/2016, de 15 de diciembre de 2016 (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 7466-2015. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.

Procedimiento legislativo y derecho de participación de los parlamentarios; modelo de justicia constitucional; multas coercitivas, principio de legalidad penal y aforamiento, control de la actividad de las Comunidades Autónomas: constitucionalidad de la regulación legal de medios de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional (STC 185/2016). Votos particulares.

Sentencia 217/2016, de 15 de diciembre de 2016 (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2017).

Recurso de inconstitucionalidad 4621-2016. Interpuesto por el Gobierno de Aragón en relación con el artículo 2 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para 2016.

Principio de cooperación y funciones de las comisiones mixtas Estado-Comunidad Autónoma sobre asuntos económico-financieros: constitucionalidad del precepto legal que aprueba créditos para las inversiones estatales en Aragón a realizar durante el ejercicio presupuestario de 2016.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Tribunal Supremo¹

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUBVENCIONES

Si el préstamo a la empresa concesionaria inmersa en concurso de acreedores no es susceptible de reintegro, aquél adquiere la naturaleza de subvención.

“Resulta innegable que la solicitante se encuentra sometida a proceso concursal desde antes de la interposición de la demanda por lo que le afecta la prohibición de contratar (art. 60.1 .b LCSP), certeramente aducido aquí por el Abogado del Estado al contestar la demanda.

Es hecho notorio que en el desarrollo de los préstamos de tal naturaleza por los distintos organismos públicos figura la exigencia de poder contratar con el Estado para poder obtener un préstamo participativo. A título de ejemplo, ENISA , empresa pública dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a través de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, que, desde 1982, participa en la financiación de proyectos empresariales viables e innovadores.

DÉCIMO.- No dice aquí el Abogado del Estado, como si hizo en el recurso 439/2013 al contestar la demanda, que si el préstamo no es susceptible de reintegro, lo que acontece con una empresa inmersa en concurso de acreedores, aquel adquiere naturaleza de subvención lo que no contempla la tantas veces reiterada DA 41 de la Ley 26/2009 .

Se aceptó en la Sentencia de 12 de mayo de 2016 el argumento de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas expresado en el oficio de 19 de diciembre de 2012 sobre que los préstamos que se conceden a sociedades inmersas en procesos de concursos de acreedores y a empresas con pérdidas recurrentes

¹ Subsección preparada por JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide.

son considerados a efectos de contabilidad nacional como transferencias de capital, con efectos en el déficit público.

Lo relevante no es el eventual déficit público sino la consideración de transferencia de capital lo que viene a equivaler a una transferencia financiera encubriendo una subvención lo que no permite, en una situación como la de autos, ni la normativa nacional (art. 13.2.b Ley 38/2003 de 17 de noviembre) ni la comunitaria por cuanto podría vulnerar la libre competencia (art. 9 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

Si se atiende al notorio criterio del inversor privado empleado por los órganos comunitarios, Comisión y Tribunal de Justicia, permite, en el concreto caso examinado, considerar ayuda estatal el antedicho préstamo. Es patente que un inversor no público no ha considerado viable la actividad empresarial que ha devenido en situación de concurso de acreedores.

Basta con remitirse a la relevante Sentencia de 3 de abril de 2014 del Tribunal de Justicia examinando el recurso de casación 224/12 formulado por la Comisión Europea frente a la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 2 de marzo de 2012 que había anulado parcialmente una Decisión sobre una ayuda del Reino de los Países Bajos en favor de un grupo bancario.

Recuerda la Abogado General Sra. Sharpston, en el punto 27 de sus conclusiones que el Tribunal General en las reflexiones contenidas en los apartados 95 a 114 de su sentencia señaló que "para calificar una medida como ayuda estatal, entre otras cosas, debe conferir una ventaja económica a la empresa beneficiaria que ésta no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado".

Lo hasta ahora argumentado nos permite concluir la improcedencia de la obtención de los préstamos participativos interesados”

(STS de 6 de abril de 2017. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 10º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo).

(ROJ: STS 1366/2017. Nº Recurso: 870/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

IV. BIENES PÚBLICOS

RESERVA DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

El TS anula el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declaró una reserva de dominio público marítimo terrestre, situado en "Las Aletas", Puerto Real (Cádiz).

“El primero de los motivos de impugnación se concreta en sostener que el acuerdo incumple con el presupuesto esencial para la ocupación privativa de los bienes del dominio público, por cuanto no se dan los requisitos del art. 32.1 de la Ley de Costas, dado que no nos encontramos con actividades o instalaciones que por su naturaleza no puedan tener otra ubicación.

Por lo que hace referencia al concepto de "actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación", en nuestra STS de 17 de julio de 2003 nos hemos ocupado del mismo, razonando que: «Cuando el artículo 32-1 de la Ley de Costas 22/1988 dispone que "únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación", no se está refiriendo a las actividades o instalaciones, cualquiera que sea su naturaleza, que por motivos legales (v.g., determinaciones urbanísticas) o por motivos materiales (v.g. configuración de los terrenos) no puedan instalarse en otro sitio, sino, para empezar, a actividades o instalaciones de una naturaleza determinada, es decir, no a cualquiera. Y esa naturaleza determinada es aquella que impone su ubicación en el dominio público marítimo terrestre, y no en cualquier otro lugar. Esta es la única interpretación posible a la vista de la utilización por la norma del concepto de "naturaleza" de la actividad, que sobraría en otro caso.

Por eso, cuando el Reglamento de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 1471/89, de 1 de diciembre, dispone en su artículo 60 que estas actividades o instalaciones son, primero, las que por sus características requieran la ocupación del dominio público marítimo terrestre, y, segundo, las de servicio público o al público que, por la configuración física del tramo de costa en que resulte necesario su emplazamiento no puedan ubicarse en los terrenos colindantes con dicho dominio, está partiendo siempre de la base de que se trata de actividades que, por su naturaleza, requieren o bien la ocupación del dominio público o bien su emplazamiento en un tramo de costas determinado».

Por su parte, en la sentencia de veintiséis de Octubre de dos mil cinco hemos señalado que: «El segundo de los motivos de impugnación argumenta que el acuerdo recurrido incumple de forma manifiesta lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Costas y en el 60 del Reglamento General para su Desarrollo y Ejecución, aprobado por Real Decreto 1471 /1989, de 1 de diciembre, pues en este caso, no era necesaria la ocupación de terrenos del dominio público para construir una depuradora, por cuanto que existen otras alternativas para su ubicación.

Los preceptos que en ese segundo motivo se transcriben (artículos 32.1 de la Ley de Costas y 60 del Reglamento citado) y aquellos otros de la Ley y del Reglamento que consagran como regla la del uso público del dominio público marítimo-terrestre [por ejemplo, los artículos 2.b) y 20 de la Ley, antes citados; o el 27, o el 28, o el 31, etc., etc.] conducen a afirmar que sobre la Administración del Estado pesa - cuando decide reservarse la utilización de determinadas pertenencias del demanio- el deber de justificar que razonablemente no existía otro lugar, ajeno al demanio, que fuera apto para el cumplimiento del fin que es causa de la reserva. De igual manera, la presunción de legalidad de los actos administrativos no excusa a la Administración del Estado de ofrecer esa justificación cuando la misma es negada en el proceso. Procede analizar, por tanto, si ese deber y esa carga procesal han sido, o no, satisfechos».

Se trata por tanto de actividades o instalaciones que, dada su configuración y especiales características, deben estar ubicadas en el dominio público marítimo terrestre, esto es, actividades que por su naturaleza no pueden ubicarse en otro lugar, no por razones de interés o conveniencia, sino por su vinculación con el dominio público, vinculación que exige su ocupación en el desarrollo de la citada actividad.

La ocupación del dominio público marítimo terrestre, para finalidades diferentes a las específicas fijadas por la ley, tiene carácter excepcional y su admisión debe ser sumamente restrictiva, de forma tal que debe exigirse a la Administración una cumplida, cabal y rigurosa acreditación de que se cumplen los requisitos legalmente previstos, sin que cualquier otra consideración, por muy justificada que resulta desde la perspectiva de la defensa de otros posibles intereses concurrentes, pueda servir para dar sustento a una reserva como la ahora impugnada.

En el presente caso, en el Anexo II del acuerdo recurrido, se recogen los "Usos susceptibles de ser implantados en los terrenos reservados", señalando que "Las 166 ha de DPMT objeto de reserva se despliegan exclusivamente

dentro de dos zonas de actividades económicas: zona de actividades logísticas, portuarias e intermodal (ZAL) y área de logística especializada. La superficie prevista para ambas zonas asciende a 113 ha para la ZAL y 100 ha para el área de logística especializada, por lo que las 213 ha que integran estas dos zonas, 47 ha, aproximadamente no forman parte del DPMT".....

(STS de 31 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 8º y 9º. Magistrado Ponente Sr. Tolosa Tribiño)

(ROJ: STS 1185/2017. Nº Recurso: 819/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

SISTEMA CAUTELAR Y ARTÍCULO 24 CE

El artículo 24 CE ampara tanto el derecho a la efectiva tutela judicial como el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

“Por último, en el quinto motivo — artículo 88.1.d) de la LRJCA — se denuncia la infracción de la jurisprudencia dictada en interpretación del requisito jurisprudencial cautelar relativo a la apariencia de buen derecho de la pretensión principal, y del artículo 24 de la CE ya que el análisis de la causa de nulidad planteada —nulidad de pleno derecho de la resolución de nulidad dictada en el procedimiento de revisión de oficio, al haber sido notificada la resolución recurrida cuando el procedimiento se encontraba caducado, ex artículo 62.1 .e) de la LRJPA —, en ningún caso, supone efectuar un enjuiciamiento propio de la sentencia que finalice el proceso, sino que la concurrencia de dicha causa de nulidad del procedimiento administrativo tramitado para la revisión de oficio de la Autorización Ambiental Integrada aparece de modo indubitado, evidente y palmario del contenido del expediente administrativo.

También este motivo decae.

El sistema cautelar previsto en la LRJCA requiere que el juego de los criterios legales establecidos en el citado artículo 130 de la misma se realice dejando constancia del proceso seguido para la decisión sobre la medida cautelar. Esto es, de conformidad con la jurisprudencia cuya aplicación se reclama en el motivo debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general,

en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba. En dicho marco jurisprudencial es como debe tenerse en cuenta la segunda aportación jurisprudencial —no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia—, que sigue contando con singular relevancia, y que es la invocada doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

En los autos impugnados la Sala ha tomado en consideración las causas alegadas por la recurrente para conseguir la nulidad de pleno derecho de las resoluciones que anularon la Autorización Ambiental Integrada con que contaba para la industria de la que es titular, pero la Sala no ha podido extraer ese principio de prueba o convicción necesario para servir de apoyo a la medida cautelar solicitada; y así lo ha expresado. Y ello es lógico si reparamos en que las resoluciones adoptadas lo fueron tras seguirse un procedimiento de revisión de oficio, justamente, por la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho en la Autorización en su día concedida.

Debemos recordar que la jurisprudencia a la que se alude como infringida en el motivo, pone de manifiesto, en relación con las cuestiones relativas al fondo del asunto, la limitación en cuanto a su tratamiento; a tal aspecto podríamos acercarnos, efectivamente, desde la perspectiva del *fumus boni iuris*, que la Sala de instancia, con buen criterio, ha descartado, pues, sin duda, "la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar", sin embargo "la LRJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LECiv/2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728".

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".

Pues bien, basta con examinar las argumentaciones de la recurrente —y los esfuerzos jurídicos que las mismas implican— para poder comprobar que dichos requisitos materiales o de nulidad no se nos presentan con la nitidez que la doctrina jurisprudencial requiere, por lo que no podemos tomar en consideración —como con corrección hizo la Sala de instancia— para la adopción la medida cautelar que se nos reclama, los » argumentos que sobre la legalidad de fondo se nos ofrecen”

(STS de 18 de julio de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 8º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde).

(ROJ: STS 2936/2017. Nº Recurso: 2559/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

RETASACIÓN

Consiste en la fijación de una nueva valoración del bien expropiado, con arreglo a los rasgos jurídicos del mismo en el momento en que dicha retasación es solicitada.

“Y, precisamente, porque el objeto del recurso es la sentencia y no las resoluciones administrativas inicialmente impugnadas, los motivos han de ir dirigidos a combatir las respuestas que, a esas alegaciones impugnatorias de la actora, dio la sentencia de instancia, con el fin de evidenciar las infracciones jurídicas o jurisprudenciales en las que se incurrió.

Nada acaece en este sentido, sino que obviando la solvente argumentación de la sentencia con la que queda evidenciado el errado planteamiento de las actoras y, por tanto, la improsperabilidad de su pretensión de que, a efectos de la determinación del justiprecio de las fincas retasadas, se tome en consideración el PGOU de 1985 vigente en la fecha en la que se inició procedimiento de expropiación por ministerio de la ley en el seno del cual le fueron expropiadas las fincas (art. 69 del TRFLS de 1976), cuando desde 1995 está vigente la nueva revisión del Plan, que es la que ha de aplicarse en razón de que, como hemos dicho hasta la saciedad y así refleja la sentencia recurrida, la retasación no es una mera actualización del justiprecio, ni es una adaptación o reajuste de los datos entonces tenidos en cuenta a la coyuntura económica actual, sino que la retasación consiste en la fijación de un nuevo justiprecio, mediante una nueva valoración del bien expropiado, con arreglo a los rasgos jurídicos del mismo (aprovechamiento, clasificación) en el momento en que dicha retasación es solicitada, siendo las únicas características originarias del bien expropiado que deben seguir considerándose, a efectos de la retasación, las puramente físicas .

Es evidente que estos tres submotivos se han articulado defectuosamente, al margen de la fundamentación que da cobertura a la decisión jurisdiccional aquí combatida, pues la mera reiteración de los argumentos expuestos en la instancia resulta incompatible con la naturaleza del recurso de casación ya que «éste no constituye una segunda instancia sino un juicio a la sentencia; esto es, una vía singular de impugnación tendente a constatar si es o no ajustada a derecho la interpretación y aplicación de las normas realizada por el Tribunal de instancia. Y mal puede este Tribunal Supremo realizar esa labor si el recurso de casación no trata de rebatir o desvirtuar las razones dadas en la sentencia, sino que, sin mencionarlas siquiera, se limita a reproducir de forma prácticamente literal lo alegado en la demanda »(a

título de ejemplo y por citar las más recientes, sentencias de esta Sala nº 303 y 695/2016, Sección Tercera).

Procede, en consecuencia, su íntegra desestimación, en razón del momento procesal en el que nos encontramos.”

(STS de 16 de junio de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrada Ponente Sra. Huerta Garicano)

(ROJ: STS 2411/2017. N° Recurso: 252/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

MODIFICACIÓN DE ORDENANZA FISCAL REGULADORA DE TASA MUNICIPAL

En aplicación del artículo 25 LRHL el TS exige como requisito esencial de validez de la Ordenanza Fiscal, la existencia del Informe Técnico Económico incorporado al expediente.

“La cuestión real del debate es si a los efectos de lo prevenido en el art. 25 TRLHL (en su redacción vigente en el momento de aprobarse el acuerdo) es válido el Informe económico financiero emitido por la propia empresa adjudicataria del Servicio. Y, en particular, si es un requisito para la validez de la modificación de la ordenanza que el informe sea emitido o ratificado por técnicos municipales. De ser este un requisito insubsanable su falta conllevará la nulidad de la modificación de la ordenanza. Y si, por el contrario, no lo es entonces es cuando habrá que entrar a valorar si el informe de Aguas de León estaba suficientemente justificado.

La Sala considera que el Informe es un elemento esencial para la validez de la aprobación de la Tasa, un requisito insubsanable, que su falta conlleva la nulidad de la Ordenanza:

La existencia del informe técnico-jurídico se exige como garantía para el administrado, ya que a la vista del mismo es como puede determinarse si la Administración ha fijado el importe de las tasas con arreglo a derecho (STS 18/03/2010). La elaboración de este informe por empleados del Ayuntamiento que estén cualificados para ello (bien el interventor o el técnico competente) es una garantía para el administrado por su presunción de imparcialidad. En nuestro caso este informe no ha sido elaborado por técnicos municipales sino por la

propia empresa concesionaria del servicio y parte interesada. Y la Adjunta al Jefe de Asuntos Económicos ha dicho que en algunos casos no existe y que en el resto el informe es insuficiente y que debe ser reforzado. Habiéndose tomado por el Pleno el acuerdo definitivo sin tener en cuenta que el informe de Aguas de León no ha sido asumido por ningún técnico municipal.

Hay una corriente doctrinal que, incluso, exige que los datos del informe técnico-económico deberían certificarse por el Interventor, pues el Informe debe referenciarse a gastos e ingresos recogidos en la contabilidad e incluir costes como las amortizaciones y provisiones que si bien no suponen contabilidad presupuestaria deberían recogerse en la contabilidad municipal, por lo que en la medida que dichos datos son competencia de la Intervención Municipal éste debería intervenir. En nuestro caso el Interventor General del Ayuntamiento declaró que no tuvo intervención alguna en el expediente del establecimiento de nuevas tasas ni de modificación de las existentes. En este sentido los artículos 47.3.h) de la Ley 7/1985 y 173.1 .b) del ROF indicaban antes de su modificación la necesidad de elaborar un estudio técnico económico o una memoria económico financiera, que sólo pueden considerarse como el "informe técnico-económico" del artículo 25 de la Ley 39/1988 . Por lo que la participación del Interventor en el expediente se hace necesaria.

Este Tribunal Supremo se ha manifestado en este sentido. Concretamente, en sus sentencias de 12 de marzo de 1997 , de 23 de mayo de 1998 , de 6 de marzo de 1999 y 1 de julio de 2003 , se afirma que el "*estudio financiero de referencia no puede merecer la calificación de mero requisito formal que debe preceder a la aprobación de una Ordenanza y que, por tanto, es subsanable, pues, por el contrario, se trata de instrumento de principal importancia para la determinación directa de la cuantía de la deuda tributaria, como resultado de la valoración de la relación de costes globales e ingresos referente a la prestación del servicio de que se trate, de modo que tal informe o elemento que coadyuva directamente a la determinación de la deuda tributaria está sometido al principio de reserva legal (arts. 10.a) de la LGT y 31.3 de la CE)* y, por lo tanto, si falta en la Ordenanza, ha de convenirse que la misma carece de un elemento esencial determinante de su validez y no responde a los criterios legalmente establecidos para la cuantificación de la Tasa".

Los informes técnico-económicos no son simples requisitos formales sino requisitos esenciales que han de preceder siempre a los acuerdos de aprobación de las ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas, determinando su omisión la nulidad de aquellos acuerdos al no permitir esa omisión el control del cumplimiento del límite global del coste del servicio o actividad y del principio de reserva de ley, la relación existente entre cuantía de la tasa y costes provocados al ente público y el respeto de la capacidad económica de los administrados, bien

entendido que la omisión no viene determinada sólo por la total inexistencia de unos documentos calificados como tales informes sino también por la falta de un mínimo rigor en el planteamiento y formulación de los mismos.

El vicio procedimental denunciado es motivo de **nulidad de pleno derecho**, por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992 . Y ello es lógico si se tiene en cuenta que el informe técnico económico es esencial en la formación de la voluntad de los órganos de la Administración en este tipo de procedimientos. Y es que no podemos perder de vista que no nos encontramos ante una impugnación de un acto administrativo, sino ante un recurso directo contra una Ordenanza, cuya categoría es la de disposición de carácter general.

Ahondando en lo señalado anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001 (rec. cas. núm. 2810/1996), establecía que: «*estos vicios procedimentales son causas de nulidad de pleno derecho de las Ordenanzas Fiscales*». En parecidos términos, tenemos las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004 (rec. cas. núm. 2384/1999), FD Undécimo], de 18 de diciembre de 1997 (rec. apel. núm. 2179/1991), FD Tercero; y de 28 de marzo de 2007 (rec. cas. núm. 1913/2002), FD Cuarto].

En consecuencia, a la vista de los hechos y en atención a la doctrina que acabamos de sintetizar, la conclusión no puede ser otra que entender que estamos ante un vicio que comporta la nulidad de pleno derecho de la Ordenanza que es objeto de impugnación en nuestro recurso, al haberse incumplido el trámite esencial establecido en el art. 25 LRHL.”

(STS de 26 de abril de 2017. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martínez Mico)

(ROJ: STS 1600/2017. Nº Recurso: 167/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

JUICIO DE RELEVANCIA

En el escrito de preparación se ha de argumentar sobre el modo en que las infracciones que fundamentan el recurso de casación, han sido determinantes del fallo de la sentencia recurrida.

“El artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su redacción aplicable (anterior a la reforma aprobada por Ley Orgánica 7/2015), dispone que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los

apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, indicando el artículo 89.2 de la expresada Ley, a propósito del escrito de preparación, que en el supuesto previsto en el artículo 86.4 habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

En definitiva, se precisa, para que sean recurribles las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia -todas, con abstracción de la Administración autora de la actuación impugnada- que, además de ser susceptibles de casación por razón de la materia o la cuantía del asunto, concurren los siguientes requisitos: A) que el recurso de casación pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido; B) que esas normas, que el recurrente reputa infringidas, hubieran sido invocadas oportunamente por éste o consideradas por la Sala sentenciadora; C) que el recurrente justifique en el escrito de preparación del recurso que la infracción de las mismas ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

El escrito de preparación del presente recurso no se ajusta a lo que dispone el artículo 89.2, pues lo que se manifiesta en él al respecto es que el recurso se funda en la infracción de distintos preceptos constitucionales y legales, pero sin que despliegue argumentación jurídica alguna sobre el modo en que tales hipotéticas infracciones han sido relevantes y determinantes del fallo de la sentencia recurrida, omitiéndose así, por completo, el necesario *juicio de relevancia*, lo que lleva a la conclusión de que el presente recurso debe ser inadmitido, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.2.a), en relación con los artículos 86.4 y 89.2 de la Ley de esta Jurisdicción, al estar defectuosamente preparado.

No obstan a esta conclusión las alegaciones formuladas por la parte recurrente en el trámite de audiencia, que resultan completamente insuficientes e incompatibles con la doctrina expuesta, porque, como hemos dejado constancia en el anterior razonamiento jurídico, solo se citan las normas que se consideran infringidas sin más adición, con total ausencia del debido juicio de relevancia. En este sentido, se ha de notar que no se trata de articular en el escrito preparatorio del recurso el motivo o motivos que han

de servir de fundamento al recurso de casación, lo que ciertamente constituye el contenido propio del escrito de interposición, sino de anunciar la norma o normas jurídicas concretas, de Derecho estatal o comunitario europeo, o la jurisprudencia, que la parte recurrente entiende han sido infringidas por la sentencia y de justificar, eso sí, que su infracción, que en la fase de preparación hay que dar por supuesta, es relevante y determinante del fallo, cometido este del escrito de preparación que no se ha cumplido en el caso presente”.....

(ATS de 5 de abril de 2017. Sala 3ª, Secc. 1ª. F. D. 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez).

(ROJ: ATS 4357/2017. Nº Recurso: 5/2017. <http://www.poderjudicial.es>)

XVI. MEDIO AMBIENTE

EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA

Tratándose de una modificación del planeamiento que pudiera considerarse menor, no deja de exigirse en todo caso el correspondiente pronunciamiento del órgano ambiental competente acerca de la innecesariedad de la evaluación ambiental.

“En relación con los planes menores o de reducido ámbito territorial, en la mismas SSTS citadas de 17 y 20 de febrero, y 8 de junio, de 2015, se recuerda lo anteriormente expuesto en la STS de 18 de septiembre de 2013 (RC 5375/2010) -que también hemos reiterado en la STS de 16 de junio de 2015 (RC 3575/2013)-: "Como indica la exposición de motivos de la LEPP de 2006, su finalidad es precisamente adelantar la toma de decisión ambiental a la fase anterior a la aprobación del proyecto, configurando así la denominada Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) como un instrumento de prevención que permita integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos. En consonancia con tal finalidad, la LEPP, que incorpora al ordenamiento interno la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, se inspira, como aquella, en el principio de cautela y en la necesidad de protección del medio ambiente, garantizando que las repercusiones previsibles sobre el medio ambiente de las actuaciones inversoras sean tenidas en cuenta antes de la adopción y durante la preparación de los planes y programas en un proceso continuo, desde la fase preliminar de borrador, antes de las consultas, a la última fase de propuesta de plan o programa. Este proceso no ha de ser una mera justificación de los planes, sino un instrumento de integración del

medio ambiente en las políticas sectoriales para garantizar un desarrollo sostenible más duradero, justo y saludable que permita afrontar los grandes retos de la sostenibilidad como son el uso racional de los recursos naturales, la prevención y reducción de la contaminación, la innovación tecnológica y la cohesión social.

La LEPP de 2006 identifica en su artículo 3 los planes que deben ser objeto de la evaluación ambiental, que son aquellos planes y programas que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente. Y para los casos de planes menores, de reducido ámbito territorial, el artículo 4 exige un análisis previo para determinar si es posible que el plan en cuestión tenga efectos significativos para el medio ambiente, puntualizando que la decisión que se adopte debe ser motivada, pública y adoptada previa consulta a las Administraciones sectoriales implicadas. El citado artículo 3 de la LEPP, en su apartado 1 dispone, en concreto, que "Serán objeto de evaluación ambiental, de acuerdo con esta ley, los planes y programas, así como sus modificaciones, que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente", y en su apartado 2, apartado a), se añade que "se entenderá que tienen efectos significativos sobre el medio ambiente aquellos planes y programas que tengan cabida en alguna de las siguientes categorías: a) Los que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental en las siguientes materias: agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo". (...) Lo que se deduce del apartado a) del artículo 3.2 de la tan citada LEPP, es que cuando el plan o programa y sus modificaciones sean marco para futuras autorizaciones de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental, se ha de entender necesariamente que tienen efectos significativos sobre el medio ambiente cuando afecten a las materias que el precepto enumera, entre ellas, la ordenación del territorio o el uso del suelo".

En síntesis, hemos de concluir con esta cita jurisprudencial en los mismos términos en que nos expresáramos en la STS de 4 de mayo de 2015 (RC 1957/2013), en la que, tras recordar el contenido del artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRSL08), así como de los artículos 3 y 4 de la LEPP, concluíamos: "Así, pues, incluso, aun cuando se tratara de una modificación que pudiera considerarse menor, lo que tampoco ha sido acreditado, no deja de exigirse en todo caso el correspondiente pronunciamiento del

órgano ambiental competente acerca de la innecesariedad de la evaluación ambiental.

Estas exigencias legales requieren ser observadas, lo mismo que cualesquiera otras vigentes al tiempo de la tramitación y aprobación de los planes urbanísticos".

De conformidad con la anterior jurisprudencia el motivo debe ser estimado, por cuanto la sentencia de instancia no repara en que, en el presente caso, la intervención, determinante de la posible exclusión de la EAE, del órgano ambiental autonómico, prevista en el citado artículo 4 de la LEPP, no se ha producido. Como antes hemos expuesto en la cita jurisprudencial realizada lo que el artículo de referencia requiere es "un análisis previo para determinar si es posible que el plan en cuestión tenga efectos significativos para el medio ambiente, puntualizando que la decisión que se adopte debe ser motivada, pública y adoptada previa consulta a las Administraciones sectoriales implicadas", y ello no ha sido cumplido en el supuesto de autos, por lo que el recurso debe estimarse".....

(STS de 29 de junio de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 7º y 8º. Magistrado Ponente Sr. Tolosa Tribiño).

(ROJ: STS 2618/2017. Nº Recurso: 3704/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XVIII. PERSONAL

PRÓRROGA EN EL SERVICIO ACTIVO

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 (Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud), no otorga un derecho a la prórroga hasta los setenta años sino una facultad de solicitarla, condicionada al ejercicio por la Administración de su potestad de organización de acuerdo con los planes de ordenación de recursos humanos.

“La estimación del motivo segundo comporta, sin que sea preciso examinar los demás motivos, la anulación de la sentencia impugnada lo que, de acuerdo con el artículo 95.2 d) de la LJCA, obliga a resolver la controversia en los términos en que el debate se ha planteado.

En consecuencia, siguiendo lo ya razonado en las anteriores sentencias, procede pronunciarse sobre la legalidad de la decisión administrativa que, en aplicación de la Orden SAN/1119/2012, puso fin a la situación

de prolongación de la permanencia en el servicio activo que había sido previamente autorizada a la parte recurrente en el proceso de instancia.

Y para ello se ha de reiterar lo razonado en la sentencia de 23 de junio de 2016 ya citada (FJ 6º y 7º):

«[...] En efecto, nos hemos remitido a la interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 recogida en las sentencias de 8 de enero de 2013 (casación 207/2012), de 15 de febrero de 2015 (casación 2119/2012), de 9 de marzo de 2012 (casación 1247/2011), de 14 de mayo de 2015 (casación 2702/2013), de 21 de julio de 2015 (casación 2062/2014), de 9 de febrero de 2016 (casación 3934/2014). Y, de acuerdo con ella, hemos desestimado anteriormente pretensiones como las que hace valer aquí el Sr. [...] por lo que debemos rechazar también la suya.

Las razones que así lo exigen son estas.

Ese artículo 26.2 no establece un derecho a la prórroga en el servicio activo hasta los setenta años de edad sino sólo una mera facultad de solicitarla condicionada al ejercicio por el Servicio de Salud -la Administración recurrida- de su potestad de autoorganización en función de sus necesidades articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. A esa conclusión conduce la comparación de este precepto con el artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y con lo que disponía el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública, en la redacción que le dio el artículo 107 de la Ley 13/1996. Mientras que ese artículo 33 consagraba un derecho del funcionario, el artículo 67.3 y, antes, el artículo 26.2 se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora, por tanto, de normas de reconocimiento de un derecho, sino, de una facultad sobre cuyo ejercicio ha de pronunciarse motivadamente la Administración.

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de conceder la prórroga en el servicio activo de quien la solicite y cumpla los requisitos de capacidad exigidos hasta el límite máximo de los setenta años. Puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior y condicionarla a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación.

Así, pues, esa facultad del personal estatutario de solicitar la permanencia en el servicio activo con el límite máximo de los setenta años de edad está condicionada a lo que resulte del Plan de Ordenación de Recursos Humanos que apruebe la Administración en función de las necesidades del Servicio de Salud. De acuerdo con dicho Plan, es decir, de las necesidades a que

atiende, la Administración puede autorizar la permanencia en el servicio activo hasta que el interesado que lo haya pedido cumpla los setenta años de edad. De ahí que sea el Plan el que, teniendo en cuenta la previsión del artículo 26.2, es decir la posibilidad, en principio, genérica de la prórroga, deba establecer su duración siempre respetando el límite o tope máximo de los setenta años de edad.

En fin, hemos de añadir que, tal como indica el auto del Tribunal Constitucional 85/2013, la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años es la regla general, mientras que la prórroga en el servicio activo es la excepción y está supeditada a varios condicionantes”.....

(STS de 9 de mayo de 2017. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Rodríguez-Zapata Pérez).

(ROJ: STS 1806/2017. Nº Recurso: 693/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

XX. RESPONSABILIDAD

PRISIÓN PREVENTIVA NO SEGUIDA DE SENTENCIA CONDENATORIA

De conformidad con el artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, el derecho de indemnización en caso de prisión preventiva no seguida de sentencia condenatoria, tiene como presupuesto la inexistencia de hecho punible.

“Invirtiendo el orden de los motivos enjuicamos el tercero en que se aduce lesión del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no haber otorgado una indemnización tras una absolución por falta de pruebas.

La respuesta nos viene dada por la propia STC 8/2017, de 19 de enero cuyo FJ Quinto pone de relieve que

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución, por lo que no resulta incompatible con el Convenio -con el art. 6.2, que consagra el derecho a la presunción de inocencia, ni con ninguna otra cláusula- un régimen jurídico que la excluya o la limite a determinados supuestos [S TEDH de 25 de marzo de 1983 (Mineilli c. Suiza), § 35-36, de 25 de agosto de 1987 (Nólkenbockhoff c. Alemania), § 36, de 25 de agosto de 1987 (Englert c. Alemania), § 36, de 25 de abril de 2006 (asunto Puig Panella c. España), § 52, de 7 de julio de 2010 (asunto Tendam c. España), § 36, y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España), § 39]. En esta línea afirma el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el simple rechazo de una indemnización no es contrario, en sí mismo, a la presunción de inocencia [SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (Minelli c. Suíza) y de 25 de agosto de 1987 (Nölkenbockhoff c. Alemania), antes citadas], y reafirma que la interpretación del campo de aplicación de los artículos de la LOPJ relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde a los Tribunales internos [STEDH de 23 de marzo de 2000 (asunto Dinares Peñalver c. España), § 2]. De ahí que el Tribunal Supremo, en la interpretación del art. 294 LOPJ, haya declarado que nuestro sistema normativo "no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quien hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio" [SSTS de 9 de abril, 23 de julio y 23 de diciembre de 2015 (recursos de casación núm. 1443-2014, 3300-2014 y 153-2015)].

Y, por la reproducción en su Fundamento Jurídico Séptimo del parágrafo 39 de la STEDH de 16 de febrero de 2016, más arriba mencionada:

"...ni el artículo 6 § 2 ni ninguna otra cláusula del Convenio da derecho a compensación por una detención provisional legal cuando se levanta el procesamiento o se llega a una absolución,..."

Se constata, pues, que del art. 6.2. del Convenio Europeo de Derechos Humanos no nace una indemnización automática, por lo que habrá que volver al contenido del art. 294 LOPJ .

• Nos hemos de centrar, pues, en el primer motivo, quebranto del art. 294 LOPJ por inexistencia objetiva del hecho, conforme recuerda el fundamento sexto de la STC 8/2017 .

Como reiteradamente ha dicho la Sección Sexta de esta Sala (así lo refleja entre otras la Sentencia de 8 de mayo de 2017, recurso 3753/2015 y la antes citada de 10 e abril de 2015, recurso de casación unificación de doctrina 2495/2013) la interpretación y aplicación del artículo 294.1 LOPJ ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador.

No se contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria, planteamiento que según se desprende de las sentencias del TEDH antes citadas, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos .

El recurrente mantiene que su caso ha de enmarcarse dentro de la "inexistencia objetiva del hecho imputado" asimilándolo a "inexistencia de hecho punible".

La sentencia de instancia analiza las conclusiones de la sentencia penal dictada por la Audiencia Provincial de Almería.

Ya hemos expresado que, el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no exige que los Estados miembros indemnicen todo supuesto de absolución acordada tras la medida cautelar de prisión provisional, como pretende el recurrente. Y también hemos dicho que no solo existe la vía del art. 294 LOPJ sino también la del art. 293 LOPJ .

Estamos ante la interpretación y aplicación del precepto tal y como ha sido establecido por el legislador estatal y sujeto a una interpretación razonable.

En el caso del que dimana la pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia la relación de hechos probados, que esta Sala debe respetar, resulta que no existe inexistencia del hecho en su sentido objetivo en atención al relato que efectúa la Audiencia Provincial de Almería sobre lo acontecido el día 4 de junio de 2003 en el que se aprehendió una sustancia”.....

(STS de 12 de julio de 2017. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 5º y 6º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo).

(ROJ: STS 2862/2017. Nº Recurso: 2360/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

ACTUACIONES DE DOTACIÓN Y ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN

La distinción entre Actuaciones de Dotación (que excluiría la reserva de suelo para viviendas públicas) y Actuaciones de Urbanización, se construye hoy sobre la base de la existencia o no de una nueva ordenación urbanística (reforma de la urbanización) y no un reajuste de dotaciones.

“La tesis de la sentencia de instancia —tras realizar un detallado estudio de los artículos 10 y 14 del TRLS08— es que la actuación a desarrollar "no se puede calificar como de dotación" por las razones que expone, ya que las mismas, según señala la sentencia, "son el resultado de la adición de las que eran de titularidad pública más la de resultado de las obligaciones de cesiones de los titulares promotores", añadiendo que "[n]o hay un reajuste de dotaciones sino aplicación legal de las determinaciones propias de la nueva ordenación" y que "la Modificación requiere la reforma o renovación íntegra de la urbanización de éste" (ámbito), poniendo de manifiesto que "de hecho el ámbito se crea *ex novo* con la finalidad fijada en la Memoria. En realidad la actuación tiene por objeto reformar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado reconvirtiendo los usos"

Por todo ello —esto es, considerando que nos encontramos ante una "actuación de urbanización", y no ante una "actuación de dotación"— la sentencia llega a la conclusión de que, por ello, resultaba obligado el establecimiento por el PPRI de la reserva de viviendas sujeta a un régimen de protección pública a que se refiere el artículo 10.1 .b) del TRLS08, en los términos y con las excepciones que en el precepto se establecen, de conformidad, por otra parte, con lo establecido en la Disposición Transitoria del TRLS08, según el cual "se aplicará a todos los cambios de ordenación cuyo procedimiento de aprobación se inicie con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo".

En síntesis, pues, lo que se nos plantea es que revisemos la conclusión alcanzada por la Sala de instancia, que ha considerado que nos encontramos en presencia de una "actuación de urbanización" —con su obligación derivada de reserva de viviendas—, y no ante una "actuación de dotación", cual es la pretensión de las recurrentes. Estos fundamentan su pretensión, en síntesis, en la reiterada jurisprudencia de la Sala acerca de la imposibilidad de la imposición de nuevas cargas — en esta caso, la reserva de viviendas— a un suelo que ya contaba en el planeamiento con la consideración de Suelo Urbano Consolidado.

Desde ahora procede aclarar que la norma de aplicación al supuesto de autos, por razones temporales, es el TRLS08 (hoy derogado por el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, TRLS15)-, cuyos artículos 14.1 .a), 14.1 .b) y 10.1 .b) —en relación con la Disposición Transitoria Primera del mismo TRLS08— son los citados como infringidos por las recurrentes; y, por otra parte, también debemos dejar constancia de que la jurisprudencia que se cita por los recurrentes en relación con el SUC— se produjo en aplicación de los preceptos — fundamentalmente los artículos 8.a) y 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV)—, esto es, en relación con unas normas anteriores al citado TRLS08, que es el de aplicación (y el denunciado como infringido), en el supuesto de autos.

Es cierta, por tanto, la jurisprudencia que citan los recurrentes, y que esta Sala iniciara en la STS de 23 de septiembre de 2008 (RC 4731/2004, Asunto Guanarteme); de ella —dictada en relación con la normativa de las Islas Canarias— recordamos los siguientes aspectos:

"La legislación estatal no define los conceptos de suelo urbano consolidado y no consolidado, habiendo reconocido el Tribunal Constitucional la

competencia de las Comunidades Autónomas a la hora de trazar los criterios de diferenciación entre una y otra categoría de suelo urbano -sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional STC 164/2001, de 11 de julio, y 54/2002, de 27 de febrero -, si bien esa misma doctrina constitucional se encarga de precisar que esa atribución habrá de ejercerse "en los límites de la realidad", y, por tanto, sin que pueda ignorarse la realidad existente.

En ocasiones anteriores hemos señalado que, dado que la diferenciación entre las dos categorías de suelo urbano, consolidado y no consolidado, está prevista en la legislación estatal, que además impone a los propietarios de una y otra un distinto régimen de deberes, la efectividad de esas previsiones contenidas en la normativa básica no puede quedar obstaculizada ni impedida por el hecho de que la legislación autonómica no haya fijado los criterios de diferenciación entre una y otra categoría - pueden verse en este sentido nuestras sentencias de 28 de enero de 2008 (casación 996/04), 12 de mayo de 2008 (casación 2152/04) y 19 de mayo de 2008 (casación 4137/04), así como otras anteriores que en ellas se citan-. Pues bien, en esta misma línea de razonamiento, los criterios de diferenciación que en el ejercicio de sus competencias establezca el legislador autonómico habrán de ser interpretados en términos compatibles con aquella normativa básica y teniendo en todo momento presente que la delimitación entre una y otra categoría de suelo urbano, con el correspondiente régimen de deberes, habrá de hacerse siempre en los límites de la realidad".

Doctrina que, entre otras, hemos continuado en la STS de 10 de mayo de 2012 (RC 6585/2009), ésta en relación con las normas urbanísticas de Andalucía:

"No son atendibles las razones que alegan las Administraciones recurrentes, especialmente el Ayuntamiento de Sevilla, quien hace recaer la categorización del suelo urbano consolidado, o no, en las determinaciones del planeamiento, considerando ajustado a derecho que el Plan delimite ámbitos de actuación —en los que resulta aplicable el régimen de deberes y cargas previsto en el artículo 14.2 de la LRSV —, cuando se trata de realizar actuaciones de reforma interior y, lo que es más importante, haciendo abstracción de las características de los terrenos, siendo legalmente posible -y habitual— que en tales ámbitos se incluyan terrenos "históricamente consolidados".

Pues bien, esa tesis es contraria a la jurisprudencia de esta Sala, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la legalidad en la categorización del suelo urbano en consolidado y no consolidado y, con ello, su inclusión en ámbitos de actuación sometidos al régimen de deberes del suelo urbano no

consolidado previsto en el artículo de la LRSV, pronunciamientos en los que, a pesar de estar también concernidos preceptos de derecho autonómico, como en el caso presente, hemos resuelto sobre el fondo de la cuestión en la medida en que se afecta al régimen de deberes y cargas urbanísticas del suelo urbano, cuya regulación se contienen en el citado artículo 14 con el carácter de básico (ex Disposición Final de la LRSV) y lo ha hecho porque, como hemos dicho en la reciente Sentencia de 10 de febrero de 2012, RC 1153/2008, "cuando se cuestiona la cualidad de suelo urbano, consolidado o no consolidado, pueden resultar afectadas normas básicas relativas al estatuto del derecho de propiedad, contenidas en los artículos 8 y siguientes de la estatal Ley 6/1998, de 13 de abril. La indicada circunstancia nos ha llevado examinar este tipo de cuestiones para evitar que el contenido de la norma básica pueda ser obviado o quedar subordinado al ordenamiento urbanístico de la Comunidad Autónoma, singularmente a los deberes urbanísticos previsto en el artículo 14 de la misma Ley 6/1998".

(..) Como explica la STS de 14 de julio de 2011, RC 1543/08, lo anterior significa, en el plano de la gestión urbanística, la imposibilidad de someter al régimen de cargas de las actuaciones sistemáticas, que son propias del suelo urbano no consolidado, a terrenos que merecían la categorización de urbano consolidado conforme a la realidad física preexistente al planeamiento que prevé la nueva ordenación, la mejora o la reurbanización; y ello porque no procede devaluar el estatuto jurídico de los propietarios de esta clase de suelo exigiéndoles el cumplimiento de las cargas y obligaciones establecidas para los propietarios del suelo no consolidado. Como indica la misma STS antes citada de 23 de septiembre de 2008 (RC 4731/04)"... Tal degradación en la categorización del terreno por la sola alteración del planeamiento, además de resultar ajena a la realidad de las cosas, produciría consecuencias difícilmente compatibles con el principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento, principio éste que, según la normativa básica (artículo 5 de la Ley 6/1998), las leyes deben garantizar".

Especialmente significativas — como punto final de esta línea jurisprudencia continuada en innumerables SSTS- fueron las SSTS de 27 y 28 de octubre de 2015, en relación con el PGOU de Marbella.

En la STS de 21 de julio de 2011 (RC 201 /2008) explicamos el tránsito de nuestra jurisprudencia, consumado en la citada STS de 23 de septiembre de 2008, superando la doctrina que, hasta entonces, habíamos mantenido en las siete sentencias, que en esta se citan, y que "admiten el sometimiento al régimen de cargas previsto en el artículo 14.2, aunque los terrenos en su origen y atendiendo a sus características de

urbanización y edificación, debieran merecer la categorización de suelo urbano consolidado". Fueron las SSTS de 31 de mayo de 2006 (RC 1835/2003), 26 de octubre de 2006 (RC 3218/2003), 4 de enero de 2007 (RC 4839/2003), 31 de enero de 2007 (RC 5534/2003), 20 de marzo de 2007, 30 de enero de 2008 (RC 615/2004), 6 de noviembre de 2008 (RC 5648/2006), y 6 de noviembre de 2008 (RC 7618/2004). En la misma STS de 21 de julio de 2011 (RC 201/2008) se citan otro grupo de sentencias que consideran "que aunque es posible actuar sistemáticamente en suelo urbano por unidades de actuación y a cargo de los propietarios, sin embargo, no puede exigirse a estos, que ya cedieron y costearon la urbanización, mejoras y reformas sucesivas y reiteradas, a modo de " *urbanización inacabable* ", es decir, mediante la imposición de actuaciones de mejora de servicios que no responden a nuevas concepciones globales urbanísticas, sino a cambios y mejoras puntuales de los servicios urbanísticos (sentencias 10 de mayo de 2000 todas dictadas en los recursos de casación nº 5289/1995 , 5290/1995 , 5291/1995 , 7533/1995)".

Por dejar constancia de todo lo acontecido debemos hacer referencia a tres pronunciamientos significativos:

En la STS de 6 de julio de 2012 (RC 1531/2009, Asunto Refinería Cepsa Santa Cruz de Tenerife), tras justificar desde una perspectiva constitucional nuestra posibilidad de conocimiento de la cuestión pese a las connotaciones autonómicas con que contaba, utilizamos la citada doctrina del Tribunal Constitucional para proceder a casar la sentencia de instancia (que entendía se estaba en presencia de un SUC) porque "[n]o toma la sentencia en la debida consideración, sin embargo, el dato de la extensión desmesurada de la parcela, 587.000 m² que determina en ese *plano de la realidad* que las infraestructuras urbanísticas perimetrales, aunque se aprecian como probadas, resulten adecuadas para el funcionamiento de una refinería de una extensión superior a cincuenta manzanas de suelo y que no sean idóneas para ser eximidas del régimen de cesiones que se predicen normalmente para el suelo urbano consolidado, conforme al sentido objetivo y teleológico del artículo 14.1 LRSV "

En la STS de 16 de junio de 2014 (RC 525/2012) tuvimos la oportunidad de encarar, por primera vez la cuestión que ahora se nos suscita por cuanto al planeamiento enjuiciado (PGOU de Santiago de Compostela) le era de aplicación la Ley de Suelo de 2007 y el TRLS08, pero la vía casacional impidió nuestro pronunciamiento, pues, "[a]unque se trata de una materia relacionada con las anteriores, lo cierto es que en el proceso no hubo la menor alusión al alcance con el que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008,

de 20 de junio, contemplan las actuaciones de transformación urbanística, incluidas las referidas a suelos ya urbanizados. Nada de ello fue objeto de debate, ni mencionado siquiera en el curso del proceso, por lo que se trata de una cuestión nueva que pretende introducirse ahora en casación. Y, como ya hemos señalado, no se trata de que en el recurso de casación se hayan esgrimido algunos preceptos y argumentos nuevos sino que a través del motivo de casación que estamos examinando el Ayuntamiento recurrente intenta introducir en el debate una cuestión que en el proceso de instancia no se había suscitado y sobre la que, claro es, la sentencia no se pronuncia".

Por su parte, en la STS de 4 de mayo de 2016 (RC 39/2013, Sentencia 988/2016, Andoain), pese a la aplicación de la normativa citada de 2007/2008, no se llevó a cabo pronunciamiento alguno relacionado con esta normativa, limitándonos a decir lo siguiente:

"Interesa con carácter previo señalar -en relación con la declaración contenida en la sentencia recurrida en orden a que el legislador estatal ha dejado en manos del legislador autonómico todo lo referente a la clasificación del suelo, dado que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, no dispone nada sobre la clasificación del suelo ni sobre las categorías del suelo urbano- que ésta Sala, partiendo desde luego de la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar los criterios de categorización del suelo urbano en consolidado y no consolidado, tiene declarado -así sentencias de 8 de octubre de 2014 (recurso de casación 484/2012) y 15 de julio de 2015 (recurso de casación 3118/2013)- que la delimitación entre una y otra categoría habrá de realizarse siempre no sólo *"en los límites de la realidad"* a que se refieren las sentencias del Tribunal Constitucional 164/2011, de 11 de julio, y 54/2002, de 27 de febrero, sino también en términos comparables con la normativa básica estatal, establecida, en lo que ahora interesa, en el Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio, y disposiciones posteriores, en cuanto regulador de las condiciones básicas del suelo y, por ende, de las condiciones esenciales que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales- artículo 149.1.1ª-.

Efectuada ésta precisión, sucede en el caso de autos que las actuaciones realizadas en la instancia han venido a disipar las dudas que pudieran existir en orden a la consideración urbanística del terreno del recurrente, de unos 2.600 m², en el área controvertida. Basta para ello, tal como señala la resolución recurrida, ver el testimonio gráfico acompañado por la propia recurrente a la demanda como nº 10, en el que claramente se aprecia la condición urbanística de dicho terreno.

Por otra parte, ni consta que se haya producido una degradación en la categorización del suelo basada en las previsiones del nuevo planeamiento objeto de impugnación, ni consta tampoco que el recurrente hubiera efectuado con anterioridad cesiones o urbanización alguna en relación con el referido terreno".

Pues bien, en los términos en que aparecen formulados los motivos, han de ser rechazados.

La *ratio decidendi* de la sentencia de instancia, para proceder a la estimación el recurso, por no haberse llevado a cabo la reserva de vivienda protegida contemplada en el artículo 10.1 .b) del TRLS08, no es otra que la relativa a la clase de "Actuación de transformación urbanística" (artículo 14) que se va a desarrollar, a través del PPRI impugnado en el Área de Planeamiento Remitido (APR) 02.01 "Mahou- Vicente Calderón"; considera la sentencia que tal actuación se incluye en la clase de las denominadas "Actuaciones de Urbanización", y, por ello (*ex* artículo 10.b, párrafo 2º *in fine*), la sentencia le impone la obligación de la reserva de suelo con destino a viviendas con protección. Para llegar a tal conclusión —y negar, como pretenden los recurrentes que se está ante una "Actuación de Dotación" (artículo 10.1 .b)— la sentencia, en su Fundamento Jurídico Séptimo, con independencia de una interpretación gramatical y sistemática del artículo 14, lleva a cabo una doble motivación o consideración:

En síntesis, la Consideración a) parte de la naturaleza de los terrenos a desarrollar en un nuevo ámbito urbanístico, entendiéndose que se está en presencia de SUC (204.218 m²), de los que 92.297 m² corresponden a titularidad privada (integrado por un suelo industrial con instalaciones demolidas y por el estadio Vicente Calderón), y 111.921 m² son de titularidad pública y carácter dotacional. Analiza los destinos previstos para las distintas zonas, así como la incorporación de las redes públicas afectadas (M-30 en la parte no soterrada) y dos colegios públicos. En síntesis, pues, en esta primera motivación se concluye señalando que las dotaciones previstas "son el resultado de la adición de las que eran de titularidad pública más la de resultado de las obligaciones de cesiones de los titulares promotores", añadiendo que "[n]o hay un reajuste de dotaciones sino aplicación legal de las determinaciones propias de la nueva ordenación".

La segunda motivación (Consideración b) de la sentencia, esgrimida con la finalidad de considerar la actuación de transformación urbanística a desarrollar en el PPRI como Actuación de Urbanización, y no como Actuación de Dotación (que excluiría la reserva de suelo para viviendas

públicas), es que "la Modificación requiere la reforma o renovación íntegra de la urbanización de éste" (ámbito), poniendo de manifiesto que "de hecho el ámbito se crea *ex novo* con la finalidad fijada en la Memoria. En realidad la actuación tiene por objeto reformar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado reconvirtiendo los usos"

Esto es, la sentencia ha llegado a la conclusión de que lo que se va a realizar es una **reforma o renovación de la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado** (artículo 14.1.a.2 TRLS08), y, por el contrario, que tal actuación (que la sentencia describe) no tenía —solo— por objeto **incrementar las dotaciones públicas en un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos**, actuación **que, por otra parte, no hubiera requerido la reforma o renovación de la urbanización** (artículo 14.1.bTRLS08).

Las partes, sin embargo, no han desvirtuado la conclusión alcanzada por la sentencia en el sentido de que la actuación —de urbanización y no de dotación— implicaba una reforma o renovación de la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado, por cuanto, en síntesis, se han limitado a intentar contrastar nuestra clásica jurisprudencia —producida al calor de la LRSV— con los nuevos conceptos contemplado en el TRLS08 (y hoy en el TRLS15).

Los antiguos —y autonómicos— conceptos de SUC y SUNC no cuentan ya con el papel de elementos determinantes de las nuevas exigencias derivadas de una actuación de transformación urbanística, ya que estas miran al futuro, juegan a transformar la ciudad con mayor o menor intensidad —quizá sin romperla como ciudad compacta—, y se presentan como mecanismos de transformación urbana, sin anclajes ni condicionamientos derivados de la clase de suelo de que se trate. Esto es, el nivel de la actuación —y sus correspondientes consecuencias— no viene determinada por el nivel o grado de pormenorización del suelo a transformar, sino por el grado o nivel de la transformación que se realice sobre un determinado suelo, y que, en función de su intensidad, podrá consistir en una reforma o renovación de la urbanización, o, simplemente, en una mejora de la misma mediante el incremento de las dotaciones, en un marco de proporcionalidad, y sin llegar a la reforma o renovación; la reforma o renovación (Actuación de urbanización) es "hacer ciudad" — cuenta con un plus cualitativo—, y el incremento de dotaciones (Actuación de dotación) es "mejorar ciudad", con un componente más bien cuantitativo. La primera se mueve en un ámbito de

creatividad urbanística en el marco de la discrecionalidad pudiendo llegar a una "ciudad diferente", mientras que la actuación de dotación consigue una "ciudad mejor" que no pierde su idiosincrasia.

Por último, si bien se observa, el TRLS08 no identifica o anuda la clase de actuación urbanística con la tradicional pormenorización del suelo como SUC o como SUNC, pues, contempla la posibilidad de tales transformaciones sobre suelo urbanizable (Actuaciones de nueva urbanización, 14.1.a.1), sobre suelo urbano consolidado (Actuaciones de reforma de urbanización, 14.1.a.2), y, posiblemente, sobre suelo urbano no consolidado (Actuaciones de dotación) aunque este supuesto es difícil de caracterizar.

Insistimos, pues, en que las recurrentes no han desvirtuado la valoración y conclusión -ampliamente motivada de la sentencia de instancia-, sin que, por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala que se pretende contraponer, se ajuste -hoy- a los nuevos parámetros o conceptos que hemos examinado, estando construida, más bien, sobre otros conceptos que hoy carecen de relevancia”.....

(STS de 20 de julio de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 7º y 8º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde).

(ROJ: STS 2971/2017. Nº Recurso: 2168/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

X PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.- CONTRABANDO.

Tipos infractores; diferencias y análisis de la letra b) del apartado 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de un lado, y la letra d) del apartado 1 de ese artículo 2, de otro.

Constituye el objeto de esta resolución judicial valorar la conformidad a Derecho de la Resolución de 13 de mayo de 2016 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía desestimatoria de la reclamación, tramitada con el número NUM000 , deducida por D. Adrián frente a la Resolución de 3 de agosto de 2015 del Jefe de la Dependencia Regional Adjunto de Aduanas e II.EE. de Andalucía de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se le consideraba responsable de una infracción administrativa leve de contrabando tipificada en el artículo 2.1.d) en relación con el artículo 11 de la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando , se le imponía una sanción de 1.000,00 euros de multa, y se declaraba el comiso de la mercancía.

La pretensión actora se sustenta en síntesis en los siguientes argumentos: A) El acta -diligencia de aprehensión- no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 23 RD 1649/1998, careciendo de presunción de certeza, pues habiéndose impugnado los datos fácticos que contiene e interesada en sede administrativa la declaración de los firmantes de la misma no se ha accedido a ello, no constando por tanto su ratificación. B) La falta de descripción de los hechos constitutiva de la infracción que se denuncia - artículo 23.3.d) RD 1649/1998 - se hace más evidente al aparecer que el titular del vehículo donde se denuncia que se encuentra el objeto aprehendido no es quien se sanciona -ahora recurrente- sino su hermano, diciéndose que el objeto se encuentra en la zona del copiloto sin mayor detalle, lo que no excluye que el recurrente desconociera la existencia del mismo; infringiéndose así el artículo 23.c) y d) del citado +RD 1649/1998 pues ante tales circunstancias

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo, Univesidad de Sevilla.

era preciso describir minuciosamente el lugar en el que se encontraba lo que se dice aprehendido, pues el hallazgo de un objeto en el vehículo propiedad de otra persona no coloca a su conductor como autor de una infracción administrativa de contrabando si no hay un relato de hechos completo en el acta-denuncia como así ocurre, no gozando por tanto ese acta de presunción de certeza y no derivándose de ella la autoría del recurrente en la infracción por la que se le sanciona. C) La firma del acta por parte del recurrente no supone reconocimiento de lo que en ella se denuncia teniendo en cuenta que la firma como interesado y no como denunciado y que la firma sólo al pie en unos cajetines en blanco y tachados con un aspa, sin que haya firmado en la otra hoja, lo que era imprescindible para su regularidad formal; por lo que no puede tenerse por cierto lo recogido por los denunciados como presuntamente manifestado por el mismo dado que la hoja que se le presentó no contenía dichas manifestaciones. D) Las diligencias no fueron remitidas -como exige el artículo 22.5 párrafo segundo RD 1649/1998 - dentro del plazo de cuarenta y ocho horas al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador ni se pusieron a su disposición los bienes aprehendidos, lo que revela que no existe una verdadera valoración de esos bienes, sin que conste además la fecha en que se hiciera la valoración, con lo que no es posible saber si se ha cumplido con lo que dispone el artículo 10.5 de la Ley Orgánica 12/1995 que prescribe que la valoración se haga en el momento del descubrimiento del ilícito o de aprehensión de los géneros o efectos. E) Se ha infringido el procedimiento pues la respuesta a sus alegaciones se hizo mediante publicación en el BOE, y conteniendo el acto notificado una puesta de manifiesto por quince días antes de dictar la propuesta de resolución se dicta directamente la resolución que pone fin al expediente con anterioridad a dicha notificación que abría el trámite de puesta de manifiesto antes de la propuesta de resolución, infracción de las normas del procedimiento que han producido verdadera y efectiva indefensión al recurrente. F) El expediente se inicia por una presunta infracción del artículo 2.3.b) de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando y la resolución sanciona por infracción del artículo 2.1.d) de dicha Ley, lo que entraña también indefensión y vulneración del derecho de defensa.

El Abogado del Estado, tras remitirse a los razonamientos de la resolución impugnada, opone que obran en el expediente la diligencia de aprehensión con expresión de las circunstancias del hecho, reconocimiento de los mismos por el interesado y expresión de las labores incautadas, cuyo número, además, se reproduce y coincide con el acta de recepción por Logista, firmada por ésta y por la propia fuerza pública, por lo que decaen las alegaciones referidas a

los hechos dado que no se han desvirtuado los que figuran en el documento público levantado por la autoridad y con firma y reconocimiento del actor. Añade que obran en el expediente tanto la valoración como las alegaciones del interesado, sin que exista por lo demás vicio o irregularidad alguna que puedan entrañar indefensión.

El procedimiento sancionador que culmina con la resolución impugnada, confirmada en vía económico-administrativa por el TEARA, tiene su origen en la Diligencia de aprehensión de labores de tabaco de contrabando de 2 de marzo de 2015 suscrita por la fuerza actuante (miembros de la Comandancia de la Guardia Civil de Sevilla USECIC) y por el propio interesado.

Frente a lo sostenido en la demanda en sus dos primeros motivos de impugnación, esa diligencia se ajusta fielmente a las previsiones contenidas en el artículo 23 del Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12-12-1995, sobre represión del contrabando, en lo relativo a las infracciones administrativas de contrabando. Y así, se consignan en ella de acuerdo con el apartado 3 de dicho artículo 23: el lugar, día, hora y circunstancias en que se efectuó la aprehensión de bienes, efectos e instrumentos (12:10 horas del 2-3-2015 en la c/ San Lorenzo s/n de El Arahal); la relación de los hechos ocurridos (realizando un punto de verificación de vehículos se para al turismo reseñado, encontrando en el interior del vehículo (zona copiloto) el tabaco de contrabando reseñado; las cajetillas carecen de las leyendas sanitarias sobre contenido en nicotina y alquitrán. Carecen de las precintas fiscales obligatorias en España acreditativas del pago de los Impuestos Especiales. No consta la legal importación de estas labores a la U.E); los datos identificativos y domicilio del presunto infractor (se consignan el nombre del actor, su filiación, fecha y lugar de nacimiento, vecindad y domicilio); la descripción de los bienes, efectos e instrumentos aprehendidos (Labores de tabaco aprehendidas: marca Winston 31 cajetillas, Golden Gery 20 cajetillas, The Best 66 cajetillas); la descripción del vehículo en que se contienen o transportan los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando (vehículo Audi A4 blanco TI-....-WB propiedad de Hipólito); la identificación de los funcionarios actuantes en la aprehensión (mediante su código de identificación); el precepto o preceptos que se consideran infringidos (contenidos en la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando y en el Real Decreto 1649/98); el órgano al que se remite la diligencia (Director- Administrador de Aduanas e Impuestos Especiales de la Aduana de Sevilla, quedando depositado el tabaco intervenido en la representación de Logista, S.A. de Sevilla); y las manifestaciones del presunto

responsable (el denunciado manifiesta que vende dicho tabaco para ganarse la vida).

Téngase en cuenta además, que la letra c) de ese artículo 23.3 que la parte actora estima infringido se refiere a la consignación de los datos, indicios o sospechas fundadas de quienes pudieran ser los sujetos infractores "si es que no fueron hallados en el momento de la aprehensión o descubrimiento", situación que no concurre en el caso examinado dada la presencia del presunto infractor, el aquí demandante, al tiempo de verificarse la actuación de aprehensión.

Por lo expuesto, los hechos que se consignan en la diligencia de referencia están dotados de la presunción de certeza que les atribuye el artículo 23.6 del Real Decreto 1649/1998, a tenor del cuál " *Las diligencias formalizadas observando los requisitos señalados en el apartado 3 de este artículo tendrán el carácter de documento público y valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan señalar o aportar los propios interesados .*".

Finalmente, la ratificación de los agentes actuantes que el demandante reclama no resultaba pertinente, como bien resolvió el instructor del expediente en respuesta a sus alegaciones al entenderla innecesaria e improcedente y no poder alterar la resolución final a favor del presunto responsable de acuerdo con lo establecido en los artículos 80.3 y 137 de la Ley 30/1992 y 32.2 del Real Decreto 1649/1998 , destacando al efecto que se interesaba "que las Fuerzas actuantes se pronuncien sobre aspectos que resultan evidentes y que han sido reconocidos por el propio denunciado en el acta", como efectivamente así era de acuerdo con lo más arriba expuesto.

Téngase en cuenta, además, que esas alegaciones del actor al acuerdo de inicio en la que se pedía como prueba la declaración de los agentes que aparecen en el expediente, aludía junto a particulares relacionados con ese acuerdo de Inicio (no con la diligencia de aprehensión), incluida la falta de determinación de los hechos que en él se narran, o con la valoración de los efectos (ajena a los agentes intervinientes) a la falta de descripción fáctica de los hechos o de descripción detallada de lo que se dice aprehendido, extremos éstos que, según ha quedado razonado, se cumplieron con suficiencia en la diligencia de aprehensión. Y a todo ello se añade, en fin, que tampoco en sede judicial ha pedido la práctica de prueba alguna coincidente con la que sostiene indebidamente rechazada.

En este punto, y en respuesta a lo señalado en el tercer motivo de impugnación de la demanda, debe recordarse que el demandante firmó la diligencia de aprehensión al final de la misma, y que sus manifestaciones (recogidas en el

apartado previsto para ello) no dejan lugar a la duda en torno a la tenencia por su parte del tabaco aprehendido, a la realidad del mismo detallada en las casillas que anteceden, a las circunstancias relacionadas con su localización, y al destino que pretendía darle, su venta "para ganarse la vida".

Sobre la pretendida infracción, en lo que se refiere a la valoración de la mercancía, del plazo previsto en el artículo 22.5 párrafo segundo RD 1649/1998 ha de responderse: que lo que prevé el precepto es la puesta a disposición del órgano al que corresponda iniciar el procedimiento sancionador los bienes, efectos o instrumentos aprehendidos; que esa puesta a disposición del tabaco intervenido tuvo lugar nada más finalizada la intervención, quedando depositado al efecto en la representación de Logista, S.A. de Sevilla; y que según acta de valoración obrante en el expediente la valoración de la mercancía se efectuó en fecha 19 de marzo de 2015 de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica 12/1995 . Por lo demás, el apartado 5 de ese artículo 10 no prescribe que la valoración se haga en el momento del descubrimiento del ilícito o de aprehensión de los géneros o efectos, sino que "el valor se *determinará en relación con la fecha de realización del ilícito o, de no conocerse ésta, en relación con el descubrimiento del ilícito o aprehensión de los bienes, géneros o efectos*", que es cosa bien distinta; a lo que ha de adicionarse que el recurrente no ha aportado prueba pericial que desvirtúe la pertinencia de la referida valoración administrativa.

En lo que se refiere al plazo dado tras la respuesta a alegaciones, consta en el expediente que a través de ella, y con carácter previo a la Propuesta de Resolución, se le pone de manifiesto el expediente al recurrente "dándole audiencia para que pueda acceder a las actuaciones a fin de ejercitar su derecho y/o formular alegaciones y pueda presentar los documentos e informaciones que estime oportunas, concediéndole un plazo de quince días hábiles a partir del recibi de la presente notificación". Tras dos intentos de notificación infructuosa por ausencia del destinatario los días 15 y 17 de junio de 2015 se verificó la misma mediante en el "Boletín Oficial del Estado", con número de anuncio 2015/022 y fecha 20-7-2015 según certificado obrante en el expediente en el que se concluye el transcurso del plazo dado de quince días en fecha 5-8-2015.

Ciertamente la Resolución sancionadora se dictó antes del transcurso de ese plazo, concretamente el 3 de agosto de 2015, pero tal circunstancia ninguna indefensión material causó al recurrente realmente debilitadora de su derecho de defensa, pues notificada esa resolución mediante correo certificado con acuse de recibo el 18 de agosto de 2015 (sobrepasado ampliamente

el señalado plazo de quince días) es lo cierto que hasta entonces no había presentado escrito alguno de alegaciones.

En definitiva, y como esta Sala y Sección ha tenido ocasión de afirmar repetidamente (así, Sentencias de 27-7-2007 dictada en recurso de apelación 358/06 , o de 20-12-2005 dictada en recurso de apelación 384/2005), la jurisprudencia viene reiteradamente diciendo que la nulidad por la nulidad no tiene amparo jurídico y los defectos formales sólo son determinantes de nulidad cuando de los mismos se colige una merma o quiebra de los derechos y garantías del administrado que causen una real y material indefensión o imposibilitan una efectiva defensa; no existiendo en nuestro caso, por cuanto se ha expuesto, el menor resquicio de indefensión.

En lo que respecta, por último, al alegado cambio de tipificación de la infracción.

Según el acuerdo de inicio de 19 de marzo de 2015 los hechos que en él se recogen constituyen una presunta Infracción Administrativa de Contrabando tipificada en el art. 2.3 letra b), en relación con el art. 11, de la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando: "Tenencia, importación, exportación, comercio o circulación de géneros estancados (labores de tabaco) sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes."

En dicha tipificación insiste la respuesta a alegaciones formulada por el instructor del expediente en fecha 30 de abril de 2015. Se dice concretamente que "El supuesto de hecho sancionado esta tipificado como infracción administrativa de contrabando en el artículo 2.3.b) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (B.O.E. 297 de 13/12/1995), según la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2011 (B.O.E. 156 de 01/07/2011), en relación con lo dispuesto en el artículo 11 de la misma, establecido para los que importaren, exportaren, produjeran, comerciaren, poseyeran, circularen, elaboraren o rehabilitaren géneros estancados sin autorización. Pues bien, el tabaco constituye género estancado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la citada Ley Orgánica y, por tanto, su tenencia sin autorización o sin acreditar su legítima procedencia forma parte del tipo sancionado anteriormente."

Esa tipificación se altera sin embargo sustancialmente en la Resolución sancionadora por la que se declara cometida una "infracción administrativa de contrabando, comprendida en la letra d) del apartado 1 del artículo 2, en relación con el artículo 11, de la ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando."

Es claro que una y otra norma citadas como infringidas en una y otra actuación (la letra b) del apartado 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995 , de un lado, y la letra d) del apartado 1 de ese artículo 2, de otro), responden a presupuestos de hecho y conductas infractoras diferentes, pues mientras que la primera se refiere a la conducta consistente en realizar "operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes", la segunda alude sin embargo a quienes "Importen o exporten, mercancías sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito .".

Resulta claro a la vista de los hechos denunciados y que constituyen el sustrato fáctico de la resolución sancionadora que es el primero de los preceptos reseñados el que describe la conducta infractora, integrando los elementos objetivos del tipo que en él se definen en cuanto se refiere a operaciones de tenencia o circulación de géneros estancados -entre los que se encuentra el tabaco- sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes. Resultando sin embargo ajena al tenor de los hechos denunciados y sancionados la infracción definida en el artículo 21.1 .d) de la Ley Orgánica 12/1995 aplicada por la resolución sancionadora a efectos de tipificación.

Por ello cabe concluir que esa resolución no es ajustada a Derecho, procediendo por ello -con estimación del recurso- su anulación, junto a la de la resolución del TEARA que la confirmó.

Conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer a la parte demandada las costas procesales causadas.

(St de uno de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla. Ponente Arenas Ibañez)

X PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-

Sanción por impago de deuda a la SS. debidamente domiciliada bancariamente. Improcedencia.

“Recorre la Sra. Carolina la resolución de 20 de marzo de 2015, de la Jefe de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial en Sevilla de la TGSS, desestimatoria del recurso de alzada deducido frente a resolución

de 27 de noviembre de 2014 por la que se la excluía del Régimen General Sistema Especial Agrario por "no abono de dos meses seguidos inactividad".

La actora ha demostrado cuanto estaba en su mano, a saber, que tenía domiciliado el pago de las cuotas en una entidad bancaria, que se venían pagando por ese procedimiento y que se siguieron pagando de la misma forma los meses posteriores a esos dos (enero y febrero de 2014) en que no se produjo el cobro, aun teniendo efectivo suficiente en la cuenta bancaria, como también prueba.

Se cierra en banda la TGSS y acude al más que discutible, por decirlo de manera suave, argumento de que bien pudo la actora percatarse de la falta de abono de las cuotas si hubiera estado pendiente de los movimientos de la cuenta. Eso es inadmisibile. Sólo caben dos posibilidades, tras la acreditación por la actora de los anteriores extremos antes señalados: o hubo un fallo de la TGSS o hubo un fallo de la entidad bancaria. En ninguno de esos casos pueden proyectarse sobre la actora las consecuencias negativas de una circunstancia de la que ninguna culpa tuvo. Si el fallo fue de la TGSS, que dirima las responsabilidades oportunas; si lo fue del banco, que acuda la TGSS al art 30.4 de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo.

Procede, pues, estimar el recurso y anular las resoluciones recurridas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa procede imponer las costas procesales causadas a la Administración demandada, si bien limitamos a 1.500 euros la suma total a percibir por concepto de honorarios profesionales de la parte actora”.

(St de uno de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla Ponente Salas Gallego)

XI.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJERÍA.

Repercusión y criterios de aplicación de la existencia de condenas penales en los procesos de expulsión en extranjería. No puede ser considerada más que en la medida en que las circunstancias que les han dado lugar pongan de relieve la existencia de una conducta personal que constituya una amenaza actual para el orden público .."

Alega en síntesis la parte apelante que conforme al artículo 27.2 de la Directiva 2004/38/CE , de 29 de abril, y a la jurisprudencia comunitaria, la tarjeta solicitada sólo se puede denegar cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, entendida como una

amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la existencia de condenas penales anteriores constituya por sí sola razón para dicha denegación; por lo que en este caso la pendencia de un juicio penal no denota por sí ningún tipo de amenaza ni peligrosidad, mientras que la mera detención de 28 de junio de 2014 que consta en informe policial es jurídicamente inocua a los efectos de denegar la tarjeta en tanto no se averigüen las resultas del procedimiento, cosa que la Administración no ha hecho, sin que estas detenciones deban prevalecer frente al resto de circunstancias probadas por el demandante.

El Abogado del Estado opone que el demandante ha sido condenado penalmente en dos ocasiones por conducción sin permiso y por hurto, y cuenta con antecedentes policiales por actos contra la seguridad del tráfico, robo y atentado, malos tratos familiares y robo, por lo que hay una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad y que justifica la denegación de la tarjeta solicitada de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007. Añade que frente a estos datos negativos no se acredita un especial arraigo salvo el matrimonio con una ciudadana española con respecto al cuál constan antecedentes penales por malos tratos familiares; no acreditándose medios de vida ni actividad laboral, salvo la desempeñada en centro penitenciario, lo que pudiera hacer pensar que los medios de vida los obtiene precisamente de actividades ilícitas.

La resolución administrativa impugnada da respuesta a la solicitud formulada por el recurrente en fecha 21 de octubre de 2015 ante la Subdelegación del Gobierno en Sevilla a fin de que tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE con amparo en lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Al efecto, identifica como ciudadano de la Unión que da derecho a la aplicación del régimen comunitario a su cónyuge, la ciudadana de nacionalidad española Dña. Pilar (se aporta su DNI), con quien según resulta de la documentación aportada (certificado literal de inscripción registral del matrimonio) contrajo matrimonio en fecha 22 de julio de 2010, y con quien está también empadronada en el mismo domicilio de la ciudad de Sevilla desde enero de 2009 conforme al certificado de inscripción padronal colectivo igualmente aportado. De dicha unión nació una hija de nacionalidad española en fecha 11 de mayo de 2009 empadronada también en el mismo domicilio.

La Administración demandada deniega esa tarjeta con amparo en lo dispuesto en el artículo 15.1 .b) del citado Real Decreto 240/2007, en cuya virtud" *Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:...b) Denegar...la expedición... de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto."*

A tal efecto toma principalmente en consideración los antecedentes que constan en el informe elaborado por la Inspectora Jefa de la UDEX obrante al folio 15 del expediente. De dicho informe, así como del certificado del Registro Central de Penados aportados por la defensa de la Administración en el acto de la vista, resulta:

1º) Que al demandante le constan los siguientes antecedentes penales:

-una condena a la pena de cuatro meses de responsabilidad personal subsidiaria-prisión como autor de un delito de conducción sin permiso o retirado cautelar o definitivamente según Sentencia firme de 11 de abril de 2012 del Juzgado de Instrucción número siete de Sevilla por hechos ocurridos ese mismo día, encontrándose la condena en situación de suspensión desde el 10 de julio de 2013; y

-otra condena a la pena de seis meses de prisión como autor de un delito de hurto según Sentencia firme de 8 de enero de 2013 del Juzgado de Instrucción números dos de Moguer, por hechos ocurridos ese mismo día.

2º) Que al demandante le constan los siguientes antecedentes policiales:

-una detención en fecha 29 de abril de 2012 por presuntos delitos de robo con fuerza en las cosas, atentado a agente de la autoridad y delito contra la seguridad del tráfico. De la misma derivó una causa penal que dio lugar al Procedimiento Abreviado 185/2015 del Juzgado de lo Penal número seis de Sevilla señalándose el día 22 de septiembre de 2016 para la celebración del juicio (folio 28 del expediente en que consta la citación a juicio) cuyo resultado desconocemos; una detención en fecha 12 de junio de 2013 por un presunto delito de malos tratos físicos en el ámbito familiar apareciendo como perjudicada Dña. Pilar . La misma dio lugar al procedimiento de Juicio de Faltas 42/2013, seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Sevilla que concluyó con el dictado de Sentencia -absolutoria firme, archivándose la causa el 23 de agosto de 2013 (folio 29 del expediente consistente en copia de la Diligencia de Ordenación acordando el archivo del procedimiento); y -una detención el 28 de junio de 2014 por un presunto

delito de robo con violencia/intimidación por la que se desarrollaron las diligencias policiales 5275/14 que se remitieron al juzgado de instrucción, desconociéndose el estado de la causa judicial que se hubiera abierto en su virtud.

Conforme a lo previsto en el artículo 15.5.d) del Real Decreto 240/2007, cuando medidas como la denegación de la expedición de las tarjetas de residencia previstas en él se adopten por razones de orden público o de seguridad pública, tal es nuestro caso, " *deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.*"

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 8 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/279485) en su apartado 82 dispone: Así pues, las medidas justificadas por razones de orden público o seguridad pública sólo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Y en su apartado 83 expresa: en consecuencia, dichas medidas no pueden adoptarse de un modo automático a raíz de una condena penal o con una finalidad de prevención general para disuadir a otros extranjeros de que cometan infracciones (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2010 Bozkurt apartado 58).

Y en este mismo sentido manifestaba el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en las Sentencias de 4 de diciembre de 1974 (asunto 41/1974, van Duyn) y 27 de octubre de 1977 (asunto 30/1977, Regina contra Pierre Bouchereau), que " *.. la simple existencia de condenas penales no puede ser considerada más que en la medida en que las circunstancias que les han dado lugar pongan de relieve la existencia de una conducta personal que constituya una amenaza actual para el orden público ..*", y en que " *.. el concepto jurídico indeterminado de "orden público" en el contexto comunitario y en cuanto a restricción del principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, ha de ser integrado de forma estricta ..*", requiriendo " *.. la existencia, aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la ley, de una amenaza real y suficiente grave, que afecta a un interés fundamental de la sociedad*" (STJCEE de 27 de octubre de

1977)..". La misma doctrina se recoge también en las Sentencias de 10 de julio de 2008 (Jipa; C-33/07), de 24 de marzo de 2010, y de 22 de mayo de 2012 (asunto C-348/2009).

Pues bien, en relación con los antecedentes policiales que le constan al demandante, ha de indicarse como razonara esta Sala (Sección 4ª) en Sentencia núm. 1209/2014 de 22 diciembre, dictada en Recurso de Apelación núm. 484/2013, que "*si la existencia de una condena previa no puede, por sí misma, justificar la denegación de la autorización solicitada, con mayor razón los antecedentes policiales no pueden justificar la decisión de conceder o denegar la tarjeta de residencia familiar de ciudadano comunitario, ni aún en el caso de que estos antecedentes, concretados en detenciones, hubieran dado lugar a la condena posterior por los hechos de los que era acusado pues fueron ulteriores al dictado de la resolución impugnada y, en su caso, a lo que podrán dar lugar es a la revocación de la autorización que debió ser concedida, pero no a su denegación inicial*". Más en este caso en el que, de las tres detenciones que le constan al actor, una concluyó con el dictado de Sentencia absolutoria en causa penal, y respecto de otra ni tan siquiera aparece documentada la instrucción de un procedimiento criminal.

Y por lo que respecta a los antecedentes penales es manifiesta la falta de motivación de la resolución administrativa impugnada -tanto la inicial como la de alzada- en cuanto se refieren de forma genérica y en pura teoría a que se trata de conductas tipificadas en el Código Penal, a los valores y principios básicos tutelados por éste, y a la necesidad de ponderar los antecedentes penales y en su caso policiales a la luz del concepto de orden público o seguridad pública atendiendo al efecto a la naturaleza del comportamiento y su gravedad en relación a la seguridad y al orden público y a la actualidad del peligro que representa. Esto es, al afirmarse a partir de lo anterior que la conducta del demandante supone una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, no se toman en consideración alguna, valorándolos: los concretos hechos por los que se condenó al demandante; el específico bien jurídico afectado por la comisión de los señalados delitos para ponerlos en relación con los conceptos de orden y seguridad públicos; la circunstancia de que una de las condenas ha sido objeto de suspensión por parte del órgano judicial competente; la gravedad de los delitos cometidos; la data de los hechos objeto de condena de abril de 2012 y enero de 2013; y en fin el comportamiento del demandante reflejado en las Sentencias condenatorias o en los atestados policiales de los que traían causa.

Téngase presente que medidas como la aquí acordada por la Administración deben basarse en un examen individual de cada caso, razonando en este sentido la STJCE de 10-7- 2008, C-33/2007, que: "24. Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que *las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general*".

En definitiva, no queda justificado, descendiendo a las circunstancias del caso concreto, que la conducta personal del demandante puesta de relieve en esas condenas penales y antecedentes policiales citados sea reveladora de una amenaza real, actual y suficientemente grave para la sociedad, condicionante establecido por la normativa aplicada por la Administración para denegar la autorización de residencia solicitada.

Por todo lo expuesto procede, con estimación del recurso de apelación y revocación de la Sentencia de instancia, anular la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho y reconocer el derecho del demandante a obtener la tarjeta solicitada.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no ha lugar a hacer expresa imposición respecto a las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

(St de uno de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla Ponente Arenas Ibáñez).

XI.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. EXTRANJERÍA.

Completa doctrina sobre retorno de nacionales de terceros Estados.

Con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida ésta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales. De acuerdo con las previsiones de la citada Directiva comunitaria -en particular con lo establecido en su artículo 6- y con los objetivos que persigue la situación irregular de cualquier nacional de un país tercero ha de llevar aparejada como medida principal el retorno a su país de origen salvo que

concurran las circunstancias o situaciones excepcionales contempladas en la propia norma europea que justifican su no retorno o devolución.

Alega en primer término la parte apelante que no procedía la elección del procedimiento preferente -que le limita su capacidad de defensa ante la notable diferencia de plazos- en lugar del ordinario, y ello teniendo en cuenta que desde el inicio del expediente consta aportado el pasaporte y designado un domicilio no existiendo por tanto riesgo alguno de incomparecencia, a lo que se suma que ningún riesgo entrañaba el demandante para el orden público, seguridad pública o seguridad ciudadana desde el momento en que no consta antecedente en tal sentido y han sido archivadas las diligencias previas que se le incoaron, sin que pueda sustentar esa elección su prolongada estancia en nuestro país, más cuando ha justificado que estaba reuniendo la documentación necesaria para solicitar una autorización de residencia por arraigo; concluyendo que no concurre ninguno de los supuestos establecidos para la tramitación del procedimiento preferente ni las específicas circunstancias que los justificarían en el caso de la infracción establecida en el artículo 53.1.a) LO 4/2000. Aduce en segundo lugar que en el caso de autos no hay dato negativo de tal entidad que justifique la expulsión careciendo por ello la resolución administrativa impugnada de la debida motivación impuesta por el artículo 53.1 LO 4/2000 en caso de que se opte por la sanción de expulsión en lugar de la multa; habiéndose aportado documentación que demuestra que estaba reuniendo los documentos necesarios para solicitar la autorización de residencia por arraigo, encontrándose pendiente de formalizar una oferta de trabajo para regularizar su permanencia, y contando en España con un hermano con el que convive que es residente de larga duración.

El Abogado del Estado, tras referirse a los hechos básicos del recurso (de los que destaca la caducidad de la carta de invitación que permitió la entrada del recurrente en España y que no ha realizado trámite alguno para regularizar su situación en nuestro país) y a lo dispuesto en los artículos 53.1 .a) y 57.1 LO 4/2000 , niega en primer lugar el arraigo social del demandante en España teniendo en cuenta que no lo constituye su empadronamiento o el no haber cometido delito y que no ha regularizado su situación ni dispone de ingresos propios y medios de vida. Expone seguidamente que procedía tramitar el procedimiento preferente de expulsión conforme a lo previsto en el artículo 63 de la citada Ley Orgánica pues el recurrente inicialmente no facilitó su domicilio y se identificó con la copia compulsada de un pasaporte del que no era titular. Y sobre la proporcionalidad de la expulsión se refiere a la conformidad de la resolución judicial apelada con el criterio establecido por

la Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 en el asunto C-38/14 la cuál ha supuesto un cambio de criterio que están adoptando mayoritariamente las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia.

Las alegaciones del apelante no desvirtúan los razonamientos expuestos por el Magistrado a quo en la Sentencia que aquí se impugna, debidamente ajustados a la normativa de aplicación y a las circunstancias concurrentes en el caso de autos; razonamientos que por tanto hacemos nuestros y damos por reproducidos a fin de evitar innecesarias reiteraciones.

En efecto, en lo que se refiere al primero de los motivos de la apelación (relativo a la improcedencia de la elección del procedimiento preferente de expulsión) y teniendo en cuenta que la infracción que se imputa al demandante es la tipificada en el artículo 53.1 .a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, es de aplicación a estos efectos lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 63.1 de dicho cuerpo legal, a tenor del cuál "Igualmente, *el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 7 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) *Riesgo de incomparecencia.*
- b) *El extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.*
- c) *El extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional."*

En el caso de autos, como pone de relieve el acuerdo de iniciación, es de apreciar el supuesto de la letra a) de dicho precepto ("riesgo de incomparecencia"). Su aplicación no implica de acuerdo con su tenor la previa constatación por parte de la Administración de que el extranjero tiene la intención de no acudir ante el órgano encargado de tramitar el expediente cuando fuera citado para tal fin, o incluso de abandonar nuestro país, como parece sostener el apelante; sino únicamente la comprobación de que concurren en él determinadas circunstancias que pudieran poner en riesgo esa comparecencia, como así sucede en nuestro caso teniendo en cuenta: la presentación inicial, a efectos identificativos, de un documento perteneciente a persona distinta (en el momento de su detención presentó una copia cotejada por notario a nombre de Armando , siendo su pasaporte presentado posteriormente por su abogada en dependencias policiales); el dato de que al momento de ese acuerdo carece de domicilio conocido; el hecho de que para entonces no le consta ningún vínculo familiar o

económico en España al que pudiera acudir en aras a su localización en cualquier momento; la imputación de un delito de usurpación de estado civil; y en fin, la caducidad desde hacía ocho meses (el 19-6-2015) de la carta de invitación a su nombre que habilitó su entrada y estancia en España. Son éstos motivos más que suficientes para plantear a priori un temor fundado en que el extranjero, en estas condiciones, no pueda ser localizado, citado o notificado en cualquier momento que se precise en alguna de las distintas fases de que consta el expediente.

Por lo demás, la alegación del apelante adolece de un razonamiento fundamental, cual es en qué medida el hecho de haberse tramitado un procedimiento de expulsión por el trámite preferente, y no por el ordinario, ha comportado indefensión material para su derecho de defensa. Lo cierto es que en el curso del expediente evacuó trámite de alegaciones, con aportación de diversa documental en apoyo de las mismas, que obtuvieron respuesta por parte del órgano instructor.

En este sentido, esta Sala y Sección manifestó en Sentencia de 27-7-2007 dictada en recurso de apelación 358/06, que debe recordarse que la jurisprudencia viene reiteradamente diciendo que la nulidad por la nulidad no tiene amparo jurídico y los defectos formales sólo son determinantes de nulidad cuando de los mismos se colige una merma o quiebra de los derechos y garantías del administrado que causen una real y material indefensión o imposibilitan una efectiva defensa; no existiendo en nuestro caso el menor resquicio de indefensión. Lo cierto, como se ha dicho, es que los trámites esenciales se han cumplido y que la indefensión no posee carácter formal sino material, y la parte actora prescinde absolutamente de señalar cómo de le ha impedido o dificultado la defensa (Sentencia de esta Sala y Sección de 20-12-2005). Por lo demás, como tiene declarado el Tribunal Supremo, si a pesar de la omisión procedimental, el Tribunal enjuiciador cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto (STS de 10 de octubre de 1991); ello es así porque la teoría de la nulidad de los actos administrativos, ha de aplicarse con cautela, siendo necesario siempre ponderar el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declaran nulas (STS de 20 de julio de 1992), pues es evidente que si la garantía del administrado se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo (SSTS de 14 de junio de 1985; 3 de julio y 16 de noviembre de 1987; y 22 de julio de 1988),

por ello si el interesado en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo, ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo, y que excluye actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento (SSTS de 6 de julio de 1988; y 17 de junio de 1991).

El segundo argumento de la apelación ha sido debida y correctamente rechazado en la Sentencia de instancia. Ésta, después de traer a colación la posición que había mantenido el Tribunal Supremo ante supuestos como el de autos (en los que la parte apelante sustenta su posición), expone que la misma se ve superada a partir de la Sentencia de 25 de abril de 2015 de la Sala cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que transcribe. Y efectivamente así es, pues la decisión de expulsión queda avalada por la normativa comunitaria y la más reciente jurisprudencia que la interpreta, como bien destaca el Magistrado a quo.

En particular, esa Sentencia de 23 de abril de 2015, nº C-38/2014, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ya valorada, entre otras muchas, en Sentencias de esta Sala de 7 de mayo de 2015 dictada en recurso de apelación nº. 111/2015, de 14 de mayo de 2015 dictada en recurso de apelación nº 242/2015, o de 4 de junio de 2015 dictada en recurso de apelación nº 304/2015) no abriga duda alguna respecto a que la sanción de multa no puede imponerse en casos como el presente.

Dicha Sentencia declara en su parte dispositiva que " La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1 y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2y3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí."

Para alcanzar esa conclusión la referida Sentencia, tras consignar en síntesis la cuestión prejudicial a la que da respuesta ("si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3 , debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión , siendo ambas medidas excluyentes entre sí"), y aludir también sintéticamente al estado de la cuestión en la legislación y jurisprudencia españolas ("con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal -Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales"), recuerda en sus sucesivos considerandos que de acuerdo con las previsiones de la citada Directiva comunitaria -en particular con lo establecido en su artículo 6- y con los objetivos que persigue la situación irregular de cualquier nacional de un país tercero ha de llevar aparejada como medida principal el retorno a su país de origen salvo que concurran las circunstancias o situaciones excepcionales contempladas en la propia norma europea que justifican su no retorno o devolución.

En este sentido razona la Sentencia del Tribunal Europeo:

"30. A este respecto, ha de recordarse que *el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación* . Además, en virtud de su artículo 1 , esta Directiva establece las «normas y procedimientos comunes» aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

31. Como indica el apartado 35 de la sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

32. En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia *Achughbabian*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia

permite suponer que el Sr. Gerónimo se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.

33. Asimismo, ha de señalarse que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

34. Por otra parte, debe recordarse que *tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada).*

35. De ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15.

36. *La facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115, a las normas y procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión.*

37. Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que *ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.*

38. En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que *la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva.* Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros los artículos 6, apartado 1, y

8, apartado 1, de la misma Directiva, *la citada compatibilidad no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia.*

39. A este respecto, cabe recordar que *los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner «en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil»* (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).

40. De lo anterior se desprende que *una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva* (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39)".

Conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 6 de la Directiva 2008/115 determina el dictado de la decisión de retorno, "*Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2a 5.*"

Es indudable que en el caso de autos el recurrente se encuentra en una situación que a tenor de lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 2008/115 determina el dictado de la decisión de retorno, pues como ha quedado dicho resulta acreditado e indiscutido que se encontraba en esta situación cuando fue detenido el día 19 de febrero de 2016 por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en Córdoba, careciendo de la documentación exigida para su estancia en nuestro país.

Como también lo es que no se dan en él ninguno de los supuestos de excepción establecidos en los apartados 2 a 5 del mismo artículo 6; esto es, ser titular de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro; que otro Estado miembro se haga cargo de él en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la Directiva; que se le conceda un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo (en este punto el apelante se limita a argumentar que estaba reuniendo la documentación necesaria para solicitar una autorización de residencia); o que tenga pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia.

Respecto a lo prevenido en el artículo 4 de la Directiva en sus apartados 2 ("La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país") y 3 ("La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que

sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva"), el propio Tribunal de Justicia europeo se encarga de recordar que como hemos visto: en relación con el apartado 2 que ningún precepto de la Directiva ni disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permite establecer un sistema que en casos como el aquí examinado imponga dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión; y en relación con el apartado 3, que habida cuenta del objetivo que persigue la Directiva y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros sus artículos 6.1 y 8.1 la compatibilidad con la Directiva comunitaria no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el español.

Debe recordarse por lo demás que el principio de primacía del derecho comunitario, consagrado ya en la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, obliga al Juez nacional a aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y el Tribunal de Justicia ha consagrado (Sentencias Von Colson y Harz, ambas de 10 de abril de 1984 entre otras) el llamado principio de interpretación conforme, declarando que cuando los Jueces nacionales aplican el Derecho nacional están obligados a interpretarlo ateniéndose a las normas comunitarias. En particular, en caso de falta de transposición o de transposición incorrecta de una Directiva por los poderes públicos competentes se traslada a los jueces, también órganos del Estado, la obligación de adoptar las medidas necesarias para alcanzar el resultado querido por la Directiva, alcanzando los efectos materiales de la Directiva.

Las anteriores consideraciones conducen necesariamente al rechazo de la pretensión actora al ser procedente la expulsión acordada habida cuenta la situación irregular del demandante en España, y que no concurren en él ninguna de los supuestos excepcionales antes relacionados previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/15, ni otro supuesto que, en los términos establecidos en el art. 4.2 de dicha Directiva, conforme a las disposiciones del acervo comunitario en materia de inmigración y asilo, pueda ser más favorable para el nacional de un tercer estado no miembro.

Sólo nos resta por añadir, en todo caso a los meros efectos dialécticos, al respecto de las circunstancias de arraigo alegadas, que desde la caducidad de la carta de invitación a su nombre el actor no ha hecho intento alguno de regularizar su situación en nuestro país; que no demuestra la disponibilidad de medios económicos suficientes para vivir en España, ni la cuantía, regularidad y licitud de los ingresos que pudiera tener (Sentencias de esta Sala de 6-3-2008 (dos) dictadas en recursos de apelación 719/2008 y 739/2008); que no constituye arraigo la mera permanencia en España del recurrente-aun empadronado- por prolongada que ésta sea; y que tampoco cabe deducir el mismo de la mera titularidad del derecho a la asistencia sanitaria obligatoria, derecho reconocido a todo extranjero por el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000 sin perjuicio de cuál sea su situación en España

(Sentencia de esta Sala de 12-9-2003 dictada en recurso 937/2002); no habiéndose justificado documentalmente por lo demás la relación de parentesco alegada. En fin, la apreciación de la situación de arraigo precisaba la demostración fehaciente (por virtud de circunstancias familiares, laborales, económicas o sociales) de una vinculación seria, intensa, continuada y actual con el territorio español, arraigo que debe ser profundo y de importancia como afirmara esta Sala en Sentencia de 2-11-2006 dictada en recurso de apelación nº 238/2006, extremos que aquí no han quedado debidamente probados.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer a la parte apelante las costas de esta instancia.

No obstante esta Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, fija en 300 euros la cantidad máxima a repercutir en concepto de honorarios del Abogado del Estado, atendiendo a tal efecto a las circunstancias del asunto, y a su actividad procesal en esta instancia circunscrita a la formulación del escrito de oposición a la apelación.

(St de uno de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla. Ponente Arenas Ibáñez)

XV.- JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. MEDIDAS CAUTELARES

Doctrina general sucinta y actualizada acerca de las medidas cautelares.

A la hora de dar respuesta al recurso de apelación parece conveniente hacer referencia a las notas que caracterizan el sistema de medidas cautelares en la LJ, citando al efecto la STS de 14 de octubre de 2008. Para el Tribunal Supremo son las siguientes:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 in fine, al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "numerus apertus", de medidas

innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

En el caso examinado, la Sala comparte el criterio de la Magistrada de la primera instancia y da por reproducidos sus razonamientos en orden a denegar la medida solicitada, que son correctos y que no han sido combatidos por la apelante puesto que se limita, sin más, sin crítica alguna a lo decidido, sin expresar en qué y por qué se ha equivocado -a su juicio- la Magistrada, a reproducir ad pedem litere sus alegaciones vertidas con la solicitud de la medida.

Habida cuenta la desestimación del recurso, procede hacer especial imposición de las costas a la entidad apelante, a tenor de lo dispuesto en el art 139 LJ, si bien limitamos a 300 euros la suma total a repercutir por dicho concepto por la contraparte.

(St.de 1 de junio de 2017. Sala de Sevilla. Ponente Salas Gallego).

XXII.- URBANISMO Y VIVIENDA. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE EDIFICAR

La Sala analiza el alcance de la licencia y del deber de edificar en relación con las distintas situaciones relativas a la titularidad del suelo. "...nada podrá decidirse en la licencia sobre las relaciones dominicales o sobre los problemas civiles que la obra autorizada puede ocasionar. Al Ayuntamiento le basta con una solicitud de licencia para cumplir su deber de concederla siempre que así proceda urbanísticamente. En

sentido inverso, para denegar una licencia sólo pueden ser tenidas en cuenta las razones técnico-urbanísticas, siendo indiferentes las cuestiones relativas al derecho de propiedad, y en todo caso se deberá justificar, en clave urbanística exclusivamente, tal resolución denegatoria .”. “En definitiva, si el otorgamiento de la licencia urbanística (en este caso de obras) no implica que su destinatario ostente la propiedad de los terrenos objeto de la misma, y si para esa concesión no debe comprobar y analizar esa titularidad más allá de la apariencia jurídica, ninguna razón jurídica impositiva justifica que los propietarios del inmueble al que se refiere esta litis no pudieran solicitar la preceptiva licencia de obras en orden a llevar a efecto el deber de edificar el solar de su titularidad; más cuando -sin perjuicio de la falta de inscripción registral del inmueble a su nombre- esa propiedad quedaba plenamente justificada de acuerdo con las resoluciones judiciales civiles antes referenciadas, no constando que la misma haya sido puesta en cuestión en momento alguno.” (sic)

Sostiene la parte apelante en el primer apartado de su recurso que los propietarios de la antigua casa edificada en la c/ DIRECCION000 número NUM000 - NUM001 , actualmente solar, tuvieron que recorrer un largo y complicado camino lleno de obstáculos burocráticos administrativos y judiciales para que finalmente les fuera reconocido su titularidad sobre la finca y más adelante su pleno poder de disposición sobre ella a través de la inmatriculación del solar como finca individualizada con la correspondiente anotación de sus respectivas proporciones de copropiedad, destacando al respecto: que el inmueble fue adquirido por los abuelos de sus actuales propietarios con carácter ganancial por título de contrato privado de compraventa de 1-9-1922; que esa finca no estaba inscrita como predio independiente en el Registro de la Propiedad y formaba parte de otra de mayor cabida que había sido parcelada y vendida a numerosos compradores sin que se otorgaran las correspondientes escrituras de segregación y compraventa ni por ello se llegaron a inscribir como fincas registrales individualizadas; que la finca matriz (número NUM003 del Registro de la Propiedad número 16 de Sevilla) ni siquiera se encontraba a nombre de la vendedora; que del matrimonio formado por los indicados compradores nacieron tres hijos (Pedro , Carlos Francisco y Leticia), quienes una vez fallecidos sus padres continuaron de facto con la titularidad de la vivienda; que esos hijos tuvieron a su vez dos, tres y catorce hijos frutos de sus respectivos matrimonios, siendo el demandante hijo de Pedro ; que fallecidos los adquirentes de la vivienda y sus hijos de éstos se produjeron divergencias entre los hijos de estos últimos, en cuanto herederos de la finca, que dieron lugar a que se instara la división judicial de la herencia, tramitándose ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla autos 207/2008-3E en los que se dictó Auto de 3-11-2009 aprobando el cuaderno particional elaborado pro el contador partidor

que adjudicaba la finca a los indicados herederos por su participación legal correspondiente, que hubo de ser complementado por otro Auto de 25-1-2010 subsanando determinadas omisiones en que había incurrido la primera resolución; que para entonces la antigua casa construida sobre la repetida finca ya había sido demolida, por lo que ya se trataba del solar sin edificar aún subsistente; que como quiera que pese a la adjudicación judicial de la herencia la finca que la integraba como único bien no podía ser inscrita registralmente a nombre de los herederos -pues ni se encontraba segregada como predio independiente ni estaba bajo la titularidad de sus causantes por haberse interrumpido el tracto sucesivo- se hizo necesario tramitar un expediente de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Sevilla en procedimiento 722/2010 en el que recayó Auto de 25-9-2013 declarando justificado el dominio de todos los coherederos sobre el solar en cuestión, por sus respectivos porcentajes, y asimismo segregaba el mismo de su finca matriz, ordenando su inscripción en el Registro de la Propiedad número 16 de Sevilla; que declarado firme ese Auto, y entregado testimonio de él en fecha 7-11 -2013, los copropietarios procedieron a instar la autoliquidación del Impuesto de Sucesiones el 5-12-2013 y luego solicitaron su inscripción en el Registro de la Propiedad número 16 de Sevilla el 10-1-2014, la cuál fue suspendida por calificación de 31 -12-2013, presentándose nuevamente el documento el 6-6-2014, suspendiéndose también la inscripción por calificación datada el 10-6-2014, y el 30-1-2015, siendo igualmente suspendida por otra calificación de fecha 18-2-2015; que todas estas suspensiones incidían en la deficiente identificación de la finca segregada, pues los datos de identificación catastrales no coinciden con la numeración de la finca (en el catastro era el número NUM000 de gobierno de la DIRECCION000 , coincidente con el consignado en el Auto judicial, y en los certificados emitidos por la GMU se correspondía con el número NUM000 - NUM001), incidencia que retrasó considerablemente la inscripción de la finca que finalmente se produjo (una vez certificado por el Negociado municipal de Estadística la concordancia de esas fincas NUM000 - NUM001 y NUM000) por calificación favorable del Registro de la Propiedad de Sevilla de 11 de septiembre de 2015; y que no fue por tanto hasta esta última fecha cuando la finca se inmatriculó registralmente como finca independiente a nombre del recurrente y resto de copropietarios, por lo que sólo a partir de ese momento pudieron tener su pleno poder de disposición. Mantiene a partir de lo anterior que el demandante y restantes copropietarios actuaron con la máxima diligencia debiéndose el retraso en la edificación del solar a causas ajenas a su voluntad e imputables a los trámites burocráticos citados; que está además acreditado que de todos estos trámites y actuaciones judiciales y administrativas tuvo perfecto y puntual conocimiento la GMU como se desprende de los numerosos escritos que le

dirigieron los propietarios de la finca obrantes en el expediente, al punto que ese mismo organismo vino a reconocer que los propietarios del solar no tenían pleno poder de disposición para instar su edificación suspendiendo incluso el plazo otorgado para ello hasta que se ultimaran los trámites para su definitiva inmatriculación a su nombre; y que pese a ello les requirió la perentoria edificación del solar a partir del Auto judicial que declaraba la reanudación del tracto sucesivo sin tener en cuenta que el mismo no había sido inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad ni aparecía inmatriculado en él como finca independiente no siendo por ello posible legalmente instar su edificación, situación también conocida plenamente por la GMU mediante escrito solicitando que se aclarase la identificación de la finca ante la suspensión de la inscripción por el Registro de la Propiedad en tanto no se certificase la concordancia de los datos reseñados en el Auto con los catastrales y urbanísticos. Razona seguidamente que las enunciadas circunstancias han quedado acreditadas documentalmentemente sin que quepa duda sobre la actuación con la máxima diligencia y buena fe por parte de los propietarios, sin que el pretendido incumplimiento que se les atribuye se les pueda atribuir pues cuando se les requirió la edificación del solar no tenían la capacidad legal necesaria para cumplir esa orden; añadiendo que no concurren en este caso circunstancias extraordinarias de interés público que justifiquen poner en venta forzosa un simple solar de apenas 150m² a una tasación muy inferior a su valor real y fiscal con los consiguientes perjuicios para sus propietarios que han invertido cuantiosos gastos en su inmatriculación y legalización; y que la ejecución de la medida impugnada es injusta, ilegal y muy perjudicial para los propietarios de la finca que sólo favorecen objetivos especuladores y lucrativos de los posibles adjudicatarios y nunca el interés público. Con invocación de lo previsto en los artículos 148.3 y 150.1 LOUA razona en el siguiente apartado que para que la obligación de edificar sea exigible el propietario de la finca ha de tener pleno poder de disposición de la finca según el artículo 348 CC, sin que la mera detentación de la propiedad sea suficiente para poder disponer de ella pues el ejercicio de ese derecho se ha de atener a lo legalmente establecido; no pudiendo disfrutarse enteramente del inmueble ni tener su pleno poder de disposición si carece de identidad registral como finca individualizada y tampoco se encuentra inscrita a nombre de persona alguna, haciendo inviable el establecimiento de gravámenes o garantías sobre aquella u otros actos y operaciones jurídicas que requieren de anotación registral, por lo que es imposible constituir hipoteca y otro gravamen de garantía que permita obtener financiación para su edificación, lo que constituye una clara limitación de poder de disposición impidiendo obtener los fondos necesarios para el cumplimiento del deber impuesto a los propietarios. Señala asimismo que otra patente limitación derivada de la falta de inscripción es la imposibilidad real y material de venta de la finca pues existen

pocas posibilidades de vender si no se puede inscribir el nuevo dominio del comprador, pues éste siempre lo exige por su propia garantía o por la necesidad de financiar la compra mediante un préstamo hipotecario; y que la falta de inscripción del inmueble merma considerablemente su valor a la hora de su venta; siendo claro por tanto que el ejercicio de los derechos inherentes a la propiedad y su pleno poder de disposición se encuentran notablemente limitados cuando el inmueble no está inmatriculado como finca individualizada y a nombre de sus propietarios en el Registro de la Propiedad. Insiste por último en que no es legalmente posible la edificación de una finca que registralmente no existe y sobre la que el Registro de la Propiedad ha expresado dudas sobre su identidad por las razones expuestas, oponiendo a lo alegado por la GMU -al respecto de la posibilidad de solicitar pese a ello la licencia de obras en el plazo otorgado- que lo que sanciona el artículo 150.1 LOUA es la omisión del deber de edificar la finca en el plazo dado, habiendo manifestado y documentado los propietarios que no estaban en disposición legal de obtener la licencia por no haber ultimado los trámites de inmatriculación de la finca, por lo que es absurdo la solicitud de una licencia de obras para la que no se disponía entonces de la documentación necesaria para que fuera concedida obligando además a los propietarios a abonar de forma estéril una tasa de considerable importe, por lo que lo más adecuado habría sido suspender el plazo otorgado para iniciar los trámites de edificación en tanto no se ultimara la inscripción registral del título de propiedad. Añade en este sentido que por calificación emitida el 27-3-2012 el Registro de la Propiedad número 16 de Sevilla denegó la inscripción de la inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas precisamente por no encontrarse inscrita en ese Registro como finca independiente.

La defensa municipal se refiere en primer lugar a que el recurso de apelación no acredita que la sentencia incurra en una errónea apreciación de la prueba o contenga una defectuosa fundamentación jurídica, pretendiéndose un segundo enjuiciamiento del objeto del recurso en las mismas condiciones de la primera instancia al reiterarse las mismas alegaciones ya esgrimidas en ésta. Frente a lo alegado por la parte apelante en torno a la supuesta falta de poder de disposición del solar al no estar inscrito como finca registral independiente responde: 1. En cuanto al elemento subjetivo: que ni la falta de inscripción en el Registro del solar como finca nueva segregada de la matriz ni de sus propietarios es causa impositiva del cumplimiento del deber legal de edificación que la ley les impone, añadiendo a lo argumentado en tal sentido en la Sentencia de instancia: que las mismas alegaciones fueron esgrimidas por el apelante y otros copropietarios en el recurso de alzada contra el acuerdo de 12 de enero de 2011 del solar en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas (RMS) que fue desestimado

mediante Acuerdo plenario de 28-10-2011 dejado firme por el actor; que la parte actora incurre en desviación procesal pues sus alegaciones vuelven a dirigirse realmente contra esa inclusión del inmueble en el RMS confirmada mediante acuerdo que devino firme, no aduciendo argumentos que específicamente se dirijan a demostrar la ilegalidad de la declaración de incumplimiento, que no pueden ser otros que los tendentes a acreditar que ese incumplimiento no se ha producido, y esto no ocurre; que en sus alegaciones a la resolución de 22-5-2013 los propietarios faltaron a la realidad de las cosas al afirmar que la herencia no había podido ser adjudicada por existir divergencias entre los herederos sobre el porcentaje de cada uno sobre el inmueble en cuestión estando a la espera de la división judicial de la herencia solicitada sin hasta entonces hubiera recaído resolución, pues el procedimiento del Juzgado de Primera Instancia número 25 finalizó por Auto de 3 de noviembre de 2009 que aprobó el cuaderno particional que adjudicaba a los herederos la finca en el porcentaje legal correspondiente, complementado por Auto posterior de 25 de enero de 2010 que subsanó algunas omisiones, dato éste que fue omitido por los propietarios a quienes se les requirió la resolución de ese procedimiento judicial y que sin embargo aportaron otro de 25 de septiembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia número 14 dictado en procedimiento diferente sobre reanudación del tracto sucesivo al que no habían aludido en su escrito de alegaciones; que la actuación de la Gerencia de Urbanismo fue escrupulosa y confiada con respecto a lo alegado por los interesados, dejando sin efecto la primera incoación del procedimiento para la declaración del incumplimiento tras su petición de un nuevo plazo hasta la resolución judicial sobre la división de herencia, y advirtiéndoles por escrito -una vez conocido el dictado del Auto reconocido en el expediente de dominio- del plazo de seis meses para el cumplimiento del deber de edificar que pesaba sobre la finca, transcurrido el cual sin novedad al respecto se continuaron los trámites hasta declararse el incumplimiento; que los trámites posteriores para la inscripción de la finca como independiente en el Registro de la Propiedad (que finalmente se practicó el 11 de septiembre de 2015) son irrelevantes en cuanto al cumplimiento del deber de edificar, pues nada impedía a los propietarios solicitar la licencia de obras y acometer su ejecución ni en su caso la enajenación del solar a terceros dispuestos a edificarlo, pues el demandante y sus coherederos ya tenían reconocida la titularidad dominical por resolución judicial mucho antes de que se adoptara la resolución de declaración de incumplimiento (18 de marzo de 2015) e incluso mucho antes de que se incoara el procedimiento administrativo correspondiente (2 de enero de 2015); que tras que los interesados aportaran el Auto resolutorio del procedimiento sobre reanudación del tracto sucesivo se les advirtió por Decreto del Gerente de Urbanismo de 5 de marzo de 2014 del plazo de seis meses para el cumplimiento del deber de edificar que

pesaba sobre la finca y de que el mero transcurso de ese plazo conllevaría ex artículo 150.1 LOUA la colocación de la finca en situación de venta forzosa, advertencia que fue desoída por los interesados; y que tampoco mostraron interés por la posibilidad (introducida tras la entrada en vigor el 12 de septiembre de 2012 de la nueva redacción del artículo 18 de la Ordenanza Reguladora del RMS), de la que se les informó en el acuerdo cuarto de la resolución de 18 de marzo de 2015 que declaró el incumplimiento, de suscribir un convenio con la Gerencia al objeto de -pese a esa declaración y antes de la convocatoria del concurso público para la venta forzosa- permitir la edificación del solar siempre que asumieran compromisos de plazos ciertos para su ejecución. 2. En cuanto al elemento objetivo: que -además de lo razonado en la Sentencia apelada- la finca de referencia constituye un solar, una parcela catastral, un precio independiente, susceptible y apto para ser edificado al reunir los requisitos de los artículos 148.4 y 149.1 LOUA, y por tanto sujeto al cumplimiento del deber de edificar previsto en el artículo 9.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por RDL 2/2008 y en el artículo 51.1 de la LOUA; que su delimitación e identificación ha sido en todo momento indubitada no existiendo duda o confusión al respecto, siendo los interesados perfectos conocedores siempre del objeto de las actuaciones administrativas, y así en el acuerdo de inclusión en el RMS la finca se describía por su situación, referencia catastral, datos registrales de la finca matriz, y descripción de la parcela, no ofreciendo por ello dudas la identificación real y objetiva de la finca, mientras que en el acuerdo de declaración del incumplimiento del deber de edificar igualmente se identifica con toda claridad el solar afectado a partir de los mismos elementos.

Las alegaciones de la parte apelante no desvirtúan los elaborados y certeros razonamientos de la Magistrada a quo, debidamente ajustados a la normativa aplicable y a las circunstancias concurrentes en el caso de autos; razonamientos que por tanto esta Sala hace suyos y da por reproducidos a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

La norma legal de partida se contiene en el apartado 1 del artículo 150 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), que en relación con la ejecución mediante sustitución por incumplimiento del deber de edificación dispone lo que sigue:

" La no iniciación, en el plazo fijado al efecto, de la edificación de las parcelas y solares, incluidos los que cuenten con edificación deficiente o inadecuada, advertida de oficio por la Administración o por persona interesada, y previa audiencia a las personas propietarias por un plazo de veinte días, comporta la inclusión de la parcela o solar en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas, cuya regulación se establecerá reglamentariamente.

La inclusión en el Registro dará lugar al inicio del cómputo del plazo de un año para el comienzo de las obras, o en su caso la acreditación de las causas de la imposibilidad de la obtención de la licencia necesaria, tras el cual se determinará, por ministerio de la Ley, la colocación de la parcela o el solar correspondiente en situación de ejecución por sustitución."

El primer paso administrativo previsto en esa norma (consecuencia de la no iniciación en plazo de la edificación de las parcelas y solares) consistente en la inclusión de la parcela o solar en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas, cuya regulación se establecerá reglamentariamente, fue adoptado en nuestro caso mediante Acuerdo de 12 de enero de 2011 de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla por el que se dispuso incluir en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas (RMSER) la finca en litigio sita en la DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 . Esa concreta decisión se confirmó en alzada mediante Acuerdo del Pleno municipal de 28 de octubre de 2011, en la que no obstante se suspendía por treinta meses (de conformidad con el acuerdo del Pleno de 18 de marzo de 2011) el plazo máximo dado a los propietarios en el acuerdo inicial de la Gerencia de Urbanismo de enero de 2011.

Esta resolución en alzada no fue impugnada en tiempo y forma a través de la pertinente vía judicial, por lo que devino firme y consentida, y en consecuencia inatacable, sin que quepa en consecuencia reabrir el debate al respecto de la inclusión de la finca de referencia en el RMSER que aquella resolución vino a ratificar.

El debate queda así centrado en el segundo párrafo de la norma antes transcrita. Su presupuesto es la falta de comienzo de las obra en el plazo dado o la justificación de la imposibilidad de obtener la licencia precisa para tal efecto; y su consecuencia es, imperativamente, la colocación de la parcela o el solar correspondiente en situación de ejecución por sustitución.

Así lo decidió la Administración municipal mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Gerencia de Urbanismo 18 de marzo de 2015 por el que se declara el incumplimiento del deber de edificar la finca de conformidad con el artículo 150.1 de la LOUA; y se opta al propio tiempo, de conformidad con el mismo artículo, por la venta forzosa del inmueble para su ejecución por sustitución del propietario incumplidor. Acuerdo confirmado en alzada por el posterior adoptado en fecha 25 de septiembre de 2015 por el Pleno municipal.

El primero de ellos vino precedido, trae causa, de la Resolución del Gerente de la Gerencia de Urbanismo de 5 de marzo de 2014, por el que se advertía

a la propiedad del plazo de seis meses para el cumplimiento del deber de edificar que pesaba sobre la finca de conformidad con el artículo 3.3 de la Ordenanza a contar desde la recepción de la notificación de dicha resolución, indicando asimismo las consecuencias que de su incumplimiento se derivarían ex artículo 150.1 de la LOUA; siendo la falta de edificación y de la solicitud de licencia las que determinaron la incoación en fecha 2 de enero de 2015 del procedimiento administrativo para la declaración de incumplimiento del deber de edificar la finca y colocación de la misma en situación de venta forzosa para su ejecución por sustitución, procedimiento que culminó con los acuerdos referenciados de marzo y septiembre de 2015.

Si algo resulta indiscutido en este proceso es: que sobre la finca citada constituye un solar libre de edificación en suelo urbano consolidado, calificación de Suburbana (SB) y uso global residencial según PGOU aprobado definitivamente el 19 de julio de 2006 (así consta en el Informe de 30 de abril de 2007 del Jefe de Negociado del Servicio de Planeamiento y Gestión Urbanística de la Gerencia de Urbanismo); que la edificación que sobre ella existía fue demolida pese a no contar con la licencia de demolición que había sido solicitada al efecto (según informe de 29 de enero de 2007 de la Sección Técnica Conservación de la Edificación); y que desde entonces no se ha llevado a cabo, ni iniciado, actuación alguna edificatoria sobre el solar, ni se ha solicitado tampoco a tal fin la preceptiva licencia municipal.

Dándose por tanto en principio las premisas del párrafo segundo del artículo 150.1 LOUA, con las consecuencias que en ella se establecen, el análisis se centra en evaluar la imposibilidad jurídica a que alude la parte apelante para llevar a cabo las obras de edificación que le incumben por disposición legal y que fueron requeridas por parte de la Administración municipal.

La parte apelante alude a diversas vicisitudes relacionadas con la adquisición de la propiedad de la finca y con la inmatriculación a su nombre y otros coherederos del anterior propietario en el Registro de la Propiedad. La realidad es, sin embargo, que salvedad hecha de este último particular (la falta de inmatriculación del inmueble a su nombre), tales circunstancias fueron tenidas en cuenta por la Administración municipal en sus distintas resoluciones, al extremo que su apreciación dio lugar a sucesivas incoaciones de expedientes con el mismo objeto en el que se otorgaban nuevos plazos de seis meses para edificar.

Destacamos en especial, y como posterior al acuerdo de alzada de 28 de octubre de 2011 ya mencionado, que por Resolución de 22 de mayo de 2013 se incoó nuevo procedimiento administrativo con igual objeto ante el

transcurso del plazo sin que la propiedad haya edificado el solar ni solicitado la preceptiva licencia para el cumplimiento de dicho deber. Tras las alegaciones de los interesados se acordó por Resolución de 18 de septiembre de 2013 dejar sin efecto la de mayo anterior y suspender el procedimiento hasta tanto se justificara la resolución que recayera en el procedimiento de división judicial de la herencia que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla, autos número 207/2008-3E, y que afectaba a la finca en cuestión. En fecha 27 de enero de 2014 se formuló requerimiento para que en diez días los interesados acreditaran la resolución de ese procedimiento judicial bajo apercibimiento de que en caso contrario se continuaría con los trámites administrativos oportunos. Mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2014 por D. Carlos Francisco se alegó y documentó el dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Sevilla de Auto declarando justificado el dominio del solar a favor del mismo y de otros 18 coherederos más, no obstante lo cuál el mismo no había sido inscrito registralmente a su nombre por las razones que exponía. Y atendidas en parte esas alegaciones, y la documentación judicial aportada, es por lo que mediante Resolución de 5 de marzo de 2014 se le da a la propiedad, como ya se indicó con anterioridad, otro nuevo plazo de seis meses para el cumplimiento del deber de edificar que pesa sobre la finca de conformidad con el artículo 3.3 de la Ordenanza Reguladora del Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas a contar desde la recepción de la notificación de esa resolución.

Sentado lo anterior, la imposibilidad de edificar la cataloga la parte actora de carácter jurídico por entender que, hasta que tras calificación favorable del Registro de la Propiedad de Sevilla de 11 de septiembre de 2015 se produjo la inmatriculación registral de la finca como independiente a su nombre y al de los demás copropietarios, no tenían el pleno poder de disposición sobre ella.

La respuesta a ese planteamiento pasa por tomar en consideración a quién atribuye la LOUA el deber de edificar cuyo incumplimiento determinó la adopción del acuerdo municipal recurrido; y es en su artículo 148.3 en el que se establece al respecto que "*El derecho y el deber de edificar corresponden a quien sea su propietario o cuente con derecho suficiente para ello, sin perjuicio de su ejercicio y cumplimiento, respectivamente, a través de tercero.*"

Pues bien, como resulta del Auto de 25 de septiembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Sevilla recaído en Expediente de dominio. Reanudación del tracto sucesivo nº 722/2010, el apelante junto a otros dieciocho herederos, adquirieron el 100% del pleno dominio la finca por título de herencia de los causantes D. Augusto y Dña. Casilda según

cuaderno particional aprobado por Auto de 3 de enero de 2009 (aclarado por otro de 29 de enero siguiente) del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla dictado en el procedimiento de división judicial de la herencia número 2007/2008. Razón por la que en virtud de aquel Auto de septiembre de 2013 se declara justificado su dominio sobre la finca, ordenándose la cancelación de la inscripción contradictoria de dominio.

Eran por tanto propietarios de la finca a partir de la adjudicación y división de la herencia y de su aprobación judicial, siendo el objeto del ulterior expediente seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Sevilla que esa adquisición tuviera su correspondiente reflejo en el Registro de la Propiedad pues quienes aparecían en él como propietarios eran personas distintas de aquellas de las que traía causa la transmisión por herencia.

La adquisición por el apelante y los demás herederos de la condición de propietario no derivaba por tanto de la inscripción registral de su derecho, ni precisaba de ella, pues ese dominio ya había sido transmitido. Y es que salvedad hecha de determinadas figuras jurídicas (como es el caso de la hipoteca)" *en nuestro sistema registral la inscripción por principio tiene carácter declarativo y voluntario*" (Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2012 dictada en recurso de casación número 2036/1990). Esto es, la transmisión del derecho real se ha producido ya extrarregistralmente, y su inscripción tiene por función su constatación y garantizar su protección erga omnes a través de la publicidad registral.

De ahí que, en aras a hacer efectiva la previsión que se contiene en el artículo 148.3 LOUA no se hace preciso que los propietarios hayan inscrito registralmente su derecho, como pretende la parte apelante, sino que basta para ello con que ostenten esa condición de propietarios; a partir de la cuál gozan de plena disposición sobre la finca de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil.

Es por ello que no son determinantes para esta causa las sucesivas calificaciones negativas del Registro de la Propiedad nº 16 de Sevilla (de fechas 27 de marzo de 2012, 31 de diciembre de 2013, 10 de junio de 2014 y 18 de febrero de 2015) relacionadas con la inscripción de la inclusión de la finca en el RMSEER o del Auto dictado en procedimiento de expediente de dominio número 722/2010 por diferentes motivos (entre ellos la aportación de licencia de segregación o certificación de la Gerencia Municipal de Urbanismo acreditativa de su innecesariedad). Las mismas despliegan sus efectos en el ámbito puramente registral, y no afectan desde luego a la previa

adquisición del dominio de la finca por parte del apelante y los demás copropietarios.

Por lo demás la finca se encontraba ya debidamente descrita e identificada, incluso con los condicionantes urbanísticos que le afectaban desde el mismo momento de su inscripción en el RMSER, debiendo destacarse, al igual que lo hace la Magistrada de instancia, que esa descripción es coincidente con la inscripción de la misma que finalmente se llevó a cabo en el Registro de la Propiedad como finca registral nº NUM004 Y en cuanto a sus propietarios, constan igualmente identificados y reconocidos como tales en los autos judiciales ya referenciados de los Juzgados de Primera Instancia números 14 y 25 de Sevilla, tanto en el expediente de división judicial de herencia como en el de dominio para la reanudación del tracto sucesivo.

Resta por añadir que, como bien resalta la Sentencia de instancia, la obligación de edificar -como parte integrante del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo urbano consolidado- recaerá sobre los solares según lo establecido en el apartado D) en relación con el apartado C).c) del artículo 51.1 de la LOUA; y que según el artículo 148.4 de la misma Ley esa consideración como solar se condiciona a que una parcela de suelo urbano esté dotada de unos servicios o infraestructuras mínimas (acceso rodado por vía urbana pavimentada; suministro de agua potable y energía eléctrica con caudal y potencia suficiente para la edificación, construcción e instalación prevista; evacuación de aguas residuales a la red pública; y que tengan señaladas alineaciones y rasantes, si existiera planeamiento), condicionantes desde luego ajenos a su inscripción registral; siendo así que teniendo la finca sita en la DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 la condición de solar, según indicamos más arriba, recaerá sobre sus propietarios el deber de edificarla.

Alegan asimismo los apelantes que por las razones indicadas no están en disposición legal de solicitar la licencia.

A ello debe responderse que según el artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales las autorizaciones y licencias se entienden otorgadas "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero".

Ello supone, según jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (así, Sentencia de su Sección 5ª de 12 noviembre 2001 dictada en Recurso de Casación núm. 2746/1997) que " *está vedado en los procedimientos administrativos sobre licencias urbanísticas que la resolución administrativa de otorgamiento o denegación se fundamente en cuestiones de propiedad civil, excluyendo el supuesto de que se encuentren afectados bienes de dominio público*".

Esto es, en palabras de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección 2ª) en Sentencia de 26 de octubre de 2005 recaída en recurso núm. 5136/2002" *la licencia, en cuanto acto administrativo, se encuentra condicionado en su otorgamiento por las prescripciones de la legislación urbanística y de los Planes, Normas y Ordenanzas, sin que con ocasión de su otorgamiento quepa valorar y considerar derechos de naturaleza civil*, con la excepción, cuando una defensa administrativa sea posible, de los pertenecientes al órgano competente para su concesión.

Los órganos municipales deben abstenerse de entrar a valorar con motivo de las solicitudes de licencia cuestiones de propiedad, por estar éstas reservadas a la Jurisdicción ordinaria. El Ayuntamiento tiene que examinar y ponderar, en cierta medida, la titularidad de la propiedad del solicitante siempre y cuando no exceda los límites de la apariencia jurídica, no entrando en un examen a fondo con objeto de no cometer una injerencia en cuestiones de propiedad cuyo juicio corresponde a los Jueces y Tribunales.

La traducción legal de esta afirmación no es otra que la operatividad de la cláusula "salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero" que aparece recogida en el artículo 12.1 RSCL, cuya aplicación no debe entenderse forzada en virtud de la remisión que el artículo 195.2 LOUPMRG hace a la legislación de régimen local en cuanto al procedimiento de otorgamiento de licencias.

Por tanto, las cuestiones de propiedad no son contempladas por el control urbanístico previo que implica la licencia urbanística. Siendo ésta un acto de autorización administrativa simplemente declarativo de derechos preexistentes y de carácter absolutamente reglado, la Administración competente para resolver sobre la misma ha de limitarse a comprobar si el objeto o contenido material de la licencia solicitada se ajusta o no a la normativa urbanística vigente.

Que las licencias se concedan "dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero" significa que el otorgamiento de una licencia urbanística no supone reconocer que el solicitante es propietario del suelo o de la edificación correspondiente.

En consecuencia nada podrá decidirse en la licencia sobre las relaciones dominicales o sobre los problemas civiles que la obra autorizada puede ocasionar. Al Ayuntamiento le basta con una solicitud de licencia para cumplir su deber de concederla siempre que así proceda urbanísticamente. En sentido inverso, para denegar una licencia sólo pueden ser tenidas en cuenta las razones técnico-urbanísticas, siendo indiferentes las cuestiones relativas al derecho de propiedad, y en todo caso se deberá justificar, en clave urbanística exclusivamente, tal resolución denegatoria."

En definitiva, si el otorgamiento de la licencia urbanística (en este caso de obras) no implica que su destinatario ostente la propiedad de los terrenos objeto de la misma, y si para esa concesión no debe comprobar y analizar esa titularidad más allá de la apariencia jurídica, ninguna razón jurídica impeditiva justifica que los propietarios del inmueble al que se refiere esta litis no pudieran solicitar la preceptiva licencia de obras en orden a llevar a efecto el deber de edificar el solar de su titularidad; más cuando -sin perjuicio de la falta de inscripción registral del inmueble a su nombre- esa propiedad quedaba plenamente justificada de acuerdo con las resoluciones judiciales civiles antes referenciadas, no constando que la misma haya sido puesta en cuestión en momento alguno.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación.

Conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede la imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

No obstante esta Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA, fija en 600 euros la cantidad máxima a repercutir en concepto de honorarios del Letrado de la Administración demandada, atendiendo a tal efecto a las circunstancias y complejidad del asunto, y a su actividad procesal en esta instancia circunscrita a la formulación del escrito de oposición a la apelación.

(St de veintidós de junio de dos mil diecisiete. Sala de Sevilla. Ponente Arenas Ibáñez)

CRÓNICA PARLAMENTARIA



Sobre los límites temporales para la convocatoria de la Diputación Permanente

Victor J. Vázquez Alonso

La Diputación Permanente es un órgano imprescindible en cualquier sistema parlamentario. No es sino a través de las mismas como las cámaras mantienen en un estado latente sus funciones democráticas durante los obligados interregnos entre periodos de sesiones. En cualquier caso, a pesar de su importancia, lo cierto es que su regulación tanto en el ámbito estatal como en el autonómico se caracteriza por su parquedad. A este respecto, el derecho parlamentario andaluz no es una excepción. El estatuto de la Comunidad Autónoma de Andalucía sólo hace alusión a las diputaciones permanentes al prever en su artículo 103.3 que:

Las sesiones extraordinarias habrán de ser convocadas por su Presidente, previa aprobación por la Diputación Permanente, a petición de ésta, de una cuarta parte de los Diputados o del número de grupos parlamentarios que el Reglamento determine, así como a petición del Presidente de la Junta o del Consejo de Gobierno.

Un precepto que tiene su desarrollo en el artículo 67 del Reglamento de la Cámara, el cual, en su número tres, señala que, fuera de los periodos ordinarios de sesiones,

...la Cámara sólo podrá celebrar sesiones extraordinarias a convocatoria de su Presidente o Presidenta, previa aprobación del orden del día por la Diputación Permanente, que se reunirá a iniciativa del Presidente o Presidenta o a petición de una cuarta parte de los Diputados o de dos Grupos parlamentarios. También se reunirá en sesión extraordinaria a petición del Presidente o Presidenta de la Junta o del Consejo de Gobierno. En dicha petición deberá figurar el orden del día que se propone para la sesión extraordinaria solicitada.

Como podemos observar, más allá de que la convocatoria de la Diputación Permanente es preceptiva para el Presidente o Presidenta de la Cámara, cuando así lo soliciten quienes estén legitimados para ello, el precepto no impone ningún tipo de plazo para la misma, lo cual, en un principio, podría interpretarse como una deferencia del Reglamento hacia la plena discrecionalidad por parte del Presidente o Presidenta; pudiéndose considerar, por lo tanto, que el único límite sería el del fin de las vacaciones parlamentarias, momento en el cual se suspenden las funciones de la Diputación Permanente, al reiniciarse la normal actividad parlamentaria. Sin em-

bargo, esta interpretación literal del precepto puede ser cuestionada en la práctica tomando en consideración la propia funcionalidad de la Diputación Permanente como órgano estatutario. A este respecto, creo que el recientemente finalizado periodo de asueto en el Parlamento andaluz es un buen exponente de ello, como se intentará explicar a continuación.

Durante las vacaciones parlamentarias se registraron en la mesa del Parlamento tres solicitudes de convocatoria de la Diputación permanente.

La primera, registrada el tres de agosto, por el grupo parlamentario popular andaluz, tenía como objeto aprobar la convocatoria de una sesión extraordinaria de la Comisión de Salud, para la comparecencia de la titular de esta consejería de cara a informar sobre las contrataciones llevadas a cabo por el SAS desde el año 2012.

La segunda solicitud, registrada el 14 de agosto, venía avalada, en este caso, por los grupos parlamentarios de Podemos Andalucía e Izquierda Unida, y solicitaba la convocatoria extraordinaria de la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, para la comparecencia del titular de la Consejería homónima, de cara a informar sobre las medidas que estaban siendo puestas en práctica contra la sequía y los incendios derivados de la misma.

Finalmente, el día 25 de agosto, el Grupo Parlamentario Popular solicitó la convocatoria de la Diputación Permanente, con el objetivo de que se aprobara un pleno extraordinario para la comparecencia del Consejo de Gobierno, con un único punto en el orden del día, que sería el de dar explicaciones sobre el trágico hecho sucedido en el Hospital Universitario de Valme, y poner en conocimiento de la Cámara qué medidas se pensaban implantar por el gobierno para evitar sucesos similares.

El presidente de la Cámara dio respuesta a estas tres solicitudes el día 28 de agosto, convocando a la Diputación Permanente el día 31 de agosto con un orden del día circunscrito a las cuestiones planteadas. Como puede suponerse, el hecho de haber decidido convocar este órgano justo el día en el que cesan sus funciones, al reiniciarse la vida parlamentaria ordinaria tras el descanso estival, no fue pasado por alto por parte de la oposición parlamentaria, quien insistió en el carácter desvirtuado de una convocatoria que a la postre impedía que el órgano pudiera decidir sobre aquella cuestión en la que radica su razón de ser, que es la de poder activar extraordinariamente al Pleno o a cualquiera de las Comisiones del Parlamento. A este respecto, el portavoz del grupo parlamentario popular exteriorizó su queja en los siguientes términos:

... la Diputación Permanente se debería de haber convocado muchísimo antes porque los temas que se han solicitado por parte de los distintos grupos políticos tienen la importancia suficiente para que así hubiera ocurrido...

los puntos, como digo, son suficientemente importantes como para que se hubiesen debatido en una Diputación Permanente convocada muchísimo antes¹

En el caso del grupo Parlamentario Podemos, la queja fue más allá del reproche político y su portavoz apuntó también a los problemas jurídicos que planteaba la decisión del Presidente de la Cámara de no convocar la Diputación permanente hasta el día previo de la reanudación del periodo de sesiones, en unos términos que vale la pena reproducir y que nos servirán de hilo para una pequeña reflexión final:

...¿Quién puede decidir quién convoca la Diputación Permanente? Obviamente la Presidencia, se lo atribuye así el Reglamento parlamentario, a petición de dos grupos parlamentarios, como hemos hecho nosotros, o de una cuarta parte de los diputados y diputadas de la Cámara. Puede que no haya una mayoría suficiente para que lo que nosotros hemos solicitado salga adelante, pero el debate se tiene que producir y lo tienen que ver los representantes de la ciudadanía y el órgano que vela por las funciones de la Cámara cuando las cámaras no están reunidas. Y eso es la Diputación Permanente. Y eso no va a poder pasar hoy, porque ya tenemos excusa para decir, bueno, como no se puede producir... Yo es que, sinceramente, no entiendo el sentido de esta convocatoria hoy, porque es que no tiene objeto ya. ¿Qué vamos a decidir, que sí, que haya una convocatoria de pleno extraordinario o de comisión extraordinaria al margen del periodo de sesiones cuando el periodo de sesiones empieza mañana?

...Decir que porque se celebre el último día ya hemos cumplido, a lo mejor..., no me gustaría ser brusca, pero a mí esto me parece un fraude de ley, un fraude de reglamento, porque es que realmente estamos cumpliendo para no cumplir, estamos cumpliendo el expediente para no hacerlo.

....Creo que se nos ha hurtado la posibilidad del debate, se vulneran nuestros derechos. Y, repito, no es importante en sí mismo, sino por lo que eso supone de vulneración de los derechos de la ciudadanía².

¹ DIARIO DE SESIONES DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA, Núm. 6 X LEGISLATURA 31 de agosto de 2017, DIPUTACIÓN PERMANENTE, pág. 13.

² DIARIO DE SESIONES DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA, Núm. 6 X LEGISLATURA 31 de agosto de 2017, DIPUTACIÓN PERMANENTE, pág. 10-11.

Como señala la Diputada Gómez Corona, lo cierto es que no hay ninguna norma en el Reglamento de la Cámara que comprometa al Presidente a convocar en un determinado plazo. La cuestión, sin embargo, y más allá de la literalidad del artículo 67.3 del Reglamento, es si puede considerarse que la decisión del Presidente es absolutamente discrecional, o si bien, tomando en consideración la propia naturaleza institucional y funciones de la Diputación Permanente, debemos concluir lo contrario. A este respecto, creo que es necesario no perder de vista el hecho de que la Diputación Permanente no sólo es una forma de mantener vivos los instrumentos básicos del modelo parlamentario de gobierno, sino que también sirve para que los propios derechos de los parlamentarios y sus respectivos grupos, no caigan durante el periodo de asueto en una suerte de limbo suspensivo. La Diputación Permanente, por lo tanto, es un instrumento de realización de los derechos del artículo 23 de la Constitución española.

Analizado desde esta perspectiva, lo cierto es que no puede concluirse, que en este ámbito el Presidente de la Cámara puede moverse con plena discrecionalidad, por más que no exista en el Reglamento regulación alguna al respecto. No puede descartarse, por lo tanto, que el uso de este vacío reglamentario con fines dilatorios, pueda considerarse contrario a los derechos de los parlamentarios. En este sentido, de la misma forma que el mero incumplimiento de una norma de funcionamiento de las cámaras no puede considerarse, en todo caso, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, una vulneración del artículo 23 de la Constitución, tampoco puede descartarse que existan decisiones formalmente adecuadas a estas normas procedimentales que materialmente sí vulneren los derechos fundamentales de los representantes. En este sentido, y volviendo al tema que nos ocupa, bien puede afirmarse que la consolidación del uso político de convocar la Diputación Permanente en el último día de las vacaciones parlamentarias, constituiría un fraude de ley, a través del cual, este periodo de asueto se transformaría también en un periodo suspensivo de la realización de los derechos los parlamentarios que la integran.

En cualquier caso, si bien se puede ver claramente la antijuricidad de esta práctica cuando la imaginamos como un uso consolidado, resulta más difícil valorar si en supuestos concretos se ha producido o no esa vulneración de los derechos de los representantes. En este sentido, como no puede ser de otra manera, va a resultar determinante atender a la propia razonabilidad de la dilación en la convocatoria del órgano. A este respecto, en supuestos como el que se ha vivido en el Parlamento andaluz durante las vacaciones estivales, correspondería al propio Presidente de la Cámara explicar el por qué de una convocatoria fechada precisamente el mismo día en que la Diputación Permanente no puede acordar aquello en lo que encuentra su razón de ser, es decir, la convocatoria extraordinaria del pleno o las comisiones. En realidad, y esto creo que es relevante, no se trata tanto de que no pueda acordar,

sino de que no pueda discutirse la posibilidad de esa convocatoria. Y es que, aunque pueda resultar obvio, la mera intuición por parte del Presidente de que, tomando en consideración la composición de fuerzas del órgano, no vaya a aprobarse la convocatoria extraordinaria del Pleno o de cualquier comisión, no puede ser considerado como un argumento suficiente. Esto equivaldría a aceptar que la Diputación Permanente es un instrumento para plantear propuestas exitosas, cuando en realidad lo que garantiza es la propia posibilidad del debate parlamentario, independientemente de cuál pueda ser el resultado del mismo. En definitiva, y por concluir, la convocatoria de la Diputación Permanente no puede interpretarse como un acto de pura discrecionalidad por parte del Presidente de la Cámara, incluso ante la ausencia de condicionamientos normativos.

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS



Política ambiental de Andalucía 2016¹: Regularización de edificaciones ilegales y la larga sombra del TS.

Jesús Jordano Fraga

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Sumario: I. Trayectoria y valoración general. II. Legislación. Regularización de edificaciones ilegales y la larga sombra del TS. III. Organización y ejecución. 1. Organización. 2. Ejecución. A) Ordenación del Territorio y Planificación ambiental. B) Espacios naturales protegidos y recursos naturales. C) Desarrollo sostenible. D) Subvenciones y ayudas ambientales. E) Instrumentos de mercado y tributos ambientales. F) Inspección ambiental. G) Educación ambiental. H) Contaminación ambiental y Agrotóxicos. IV. Jurisprudencia ambiental destacada: A) Nulidad del Reglamento de Residuos de Andalucía aprobado por el Decreto 73/2012, de 20 marzo en cuanto a la financiación de los sistemas colectivos: la imposición de una determinada gestión medioambiental de todos los residuos sin distinción de su destino o naturaleza no es ajustada a legislación nacional ni a las disposiciones comunitarias. B) Nulidad de otros Reglamentos: Decreto 15/2011, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales y se aprueban medidas de agilización de procedimientos y Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética. C) Nulidad actos derivada de la inconstitucionalidad de la atribución estatutaria del CHG a Andalucía. A “Río revuelto, ganancia de pescadores antiambientales”. D) Imprescriptibilidad del dominio público marítimo terrestre frente a la ocupación por invernaderos. E) Carácter reglado de suelo urbanizable de especial protección: inexistencia características determina nulidad de la clasificación F) Tributos

¹ Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación de excelencia DER2013-48329-C2-1-P del Plan Estatal 2013-2016, financiado por el Ministerio de economía y competitividad. Este informe inédito forma parte del **Observatorio de Políticas Ambientales** iniciativa dirigida por el Prof. LÓPEZ RAMÓN, constituida con el objetivo de analizar periódicamente las políticas en materia de medio ambiente del Estado y de las Comunidades Autónomas.

ambientales autonómicos: legitimidad de la tributación sobre la emisión de gases en la atmósfera. Ilegalidad de la extensión de la tasa de inertes a gestión fangos industriales. G) Lluvias torrenciales y desbordamiento: fuerza mayor exonerante de responsabilidad. Daños causados por especies cinegéticas. H) Legalidad del Plan de Ordenación del Territorio y Plan Especial de Ordenación de zonas de regadío. I) Legalidad de la prohibición genérica de actividades extractivas por el Decreto 238/2011, de 12 julio, por el que se establece la ordenación y gestión de Sierra Nevada. J) Radiación electromagnética: nulidad de ordenanzas que invaden competencias estatales. V. Lista de Autoridades.

I. TRAYECTORIA Y VALORACIÓN GENERAL.

Tal y como viene sucediendo en años anteriores, en el 2016 se ha producido una muy moderada actividad legislativa y de ejecución reglamentaria propias de un ordenamiento ambiental maduro pero también reflejo de este ciclo interminable de crisis social y económica: El ajuste presupuestario y la política de ajuste condiciona el gasto público y la propia política ambiental. Obviamente influye en ello la marcada tendencia desreguladora y simplificadora que precisamente no incita la adopción de nuevas normas. En este año la actividad fundamental podemos reconducirla a la modificación de la LOUA dirigida a la regularización de edificaciones ilegales y a la aprobación de documentos-estrategias en cuestiones ambientales: 1) Acuerdo de 12 de abril de 2016², por el que se modifica el Acuerdo de 10-6-2014, por el que aprueba la formulación de la Estrategia para la Generación de Empleo Medioambiental en Andalucía 2020. 2) Acuerdo de 19 de abril de 2016³, que aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza de Calidad del Aire. 3) Acuerdo de 19 de julio de 2016⁴, LAN 2016\241, por el que se aprueba la Estrategia Industrial de Andalucía 2020.; 4) Acuerdo de 12 de julio 2016⁵, LAN 2016\232 por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza de Bioeconomía. 5) Acuerdo de 25 de octubre de 2016⁶, LAN 2016\348, 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.6) Acuerdo de 23 de febrero de 2016⁷, LAN 2016\45, que aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza para la eficiencia ambiental de las actividades pesqueras, Puertos Sostenibles 2016-2020.

² BO. Junta de Andalucía 17 mayo 2016, núm. 92, p. 25.

³ BO. Junta de Andalucía 17 mayo 2016, núm. 92, p. 27.

⁴ BO. Junta de Andalucía 26 julio 2016, núm. 142, p. 29.

⁵ BO. Junta de Andalucía 18 julio 2016, núm. 136, p. 14.

⁶ BO. Junta de Andalucía 3 noviembre 2016, núm. 211, p. 15.

⁷ BO. Junta de Andalucía 26 febrero 2016, núm. 39, p. 10.

Vemos un deslizamiento hacia el *softlaw* del derecho ambiental andaluz: las Estrategias son un Acuerdo del Consejo de Gobierno, pactado con representantes de los sectores afectados, con información pública y participación vía *web*. Las Estrategias contienen: 1. Un análisis DAFO (análisis de las debilidades, potencialidades y oportunidades) desde una perspectiva de sostenibilidad medioambiental. 2) La definición de las líneas estratégicas globales, las cuales deben tener una clara justificación con los objetivos de eficiencia ambiental de las actividades. 3) Una articulación de las anteriores líneas estratégicas en acciones con objetivos cualitativos y cuantitativos, así como los recursos disponibles y los actores responsables para su ejecución. 4) Un seguimiento y evaluación de la estrategia, creando un sistema de indicadores de resultados e impacto. Parece una vez más que estamos ante un tipo de normas que se inscribe en lo que PORRAS NADALES denomina leyes proclamáticas, “leyes que no resultan ser, como antaño, un conjunto sistemático de mandatos normativos, sino una serie de proclamaciones, aseveraciones o postulados discursivos, bastante ajenos a los contenidos prescriptivos propios de una norma jurídica”⁸. Es obvio que con las presentes circunstancias presupuestarias, las Estrategias analizadas se convierten en meros *desideratums* o, en palabras de PORRAS NADALES “proclamas”. Pero es obvio que *no son vinculantes respecto a los instrumentos presupuestarios futuros y son de dudoso control por inactividad* (art. 29 LJCA - porque precisan actos de aplicación, y de ellos no resulta la Administración obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas-). Detectamos un peligro de traslado de técnicas del derecho internacional a los ordenamientos internos. El *soft law* como primera etapa hacia el compromiso tiene sentido en el derecho internacional, pero no en sistemas jurídicos nacionales. Debe procederse a la juridificación del derecho simbólico que representan las Estrategias o las otrora de moda “Agendas 21”. Esta juridificación no ha de ser sólo por vía interpretativa⁹. La juridificación del derecho simbólico debe realizarse mediante la obligatoria incorporación de los contenidos de las estrategias/agendas en *hard-law* vía informes preceptivos y vinculantes y mediante una planificación ambiental a que imagen y semejanza del urbanismo adopte la forma y naturaleza de disposición de carácter general en un sistema piramidal de planificación coordinada con la ordenación del territorio.

II. Legislación: Regularización de edificaciones ilegales y la larga sombra del TS.

⁸ <http://www.diariodesevilla.es/article/opinion/836055/las/leyes/proclamicas.html> (8-3-2011).

⁹ Al respecto, véase LOPERENA ROTA- que en paz descansa- & EZEIZABARRENA SÁENZ, *La red de Gobiernos regionales para el desarrollo sostenible*, (NRG4SD) BIB 2005\1880, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 685/2005.

Aunque no sea una norma ambiental sin duda afecta y tiene gran impacto sobre el medio ambiente físico y la propia concepción del suelo no urbanizable, añadiendo una excepción al uso residencial del mismo por regularización *ex post*. Esta es una de las grandes consecuencias de la Ley núm. 6/2016, de 1 de agosto, LAN 2016\268, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17-12-2002, de Ordenación Urbanística, de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable¹⁰. La Exposición de motivos declara abiertamente la *ratio legis*. Al amparo del Decreto 2/2012, de 10 de enero, y de conformidad con sus normas, numerosos municipios de Andalucía han puesto en marcha los procedimientos de regularización de las edificaciones aisladas situadas en el suelo no urbanizable. No obstante, la aplicación del decreto se ha visto seriamente dificultada a la hora de establecer la regularización de las edificaciones construidas al margen de la legalidad que se sitúan en parcelaciones urbanísticas que no tengan la condición de asentamiento urbanístico. Para estas edificaciones, el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación queda cuestionado por la inexistencia de limitación temporal para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística en la parcelación urbanística sobre la que se asientan, extendiéndola a las propias edificaciones.

La modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, tiene por objeto principal eliminar la incertidumbre en la que se encuentran las edificaciones descritas, de tal forma que a dichas edificaciones y sus parcelas, y solo a estas, les sea de aplicación el plazo establecido por el artículo 185.1 LOUA para que la Administración pueda adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística contra ellas, si bien, como regla general, se mantiene la inexistencia de limitación temporal para la adopción de medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado para las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. Para lograr este objetivo, se parte de considerar intrínsecamente ligada la edificación y la parcela donde ésta se asienta, de forma que el transcurso del plazo establecido por el artículo 185.1 LOUA conlleva la imposibilidad de adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística tanto a la edificación como a su parcela asociada. En este sentido, se modifica el apartado A) del artículo 185.2 de la citada ley, quedando excepcionadas de esa ilimitación de plazo para el ejercicio de medidas de protección de la legalidad urbanística en las parcelaciones urbanísticas las edificaciones de uso residencial y las parcelas asocia-

¹⁰ Al respecto, realizando consideraciones críticas, véanse los estudios de DÍAZ ARROYO, *Las parcelaciones urbanísticas en Andalucía tras la reforma de 2016. Punto y final... ¿o punto y seguido?* “Actualidad Administrativa”, N° 2, Sección Urbanismo, Febrero 2017, LA LEY 414/2017 (versión Digital) y GALLEGO ALCALÁ, *Situación actual de la vivienda clandestina en suelo no urbanizable en Andalucía tras la entrada en vigor de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (LOUA)*, “Práctica Urbanística”, núm. 144, Sección Estudios, LA LEY 9906/2016 (versión Digital).

das a éstas, a las que se les aplica el plazo general del artículo 185.1, quedando sometidas a un régimen jurídico específico de asimilación al de fuera de ordenación. Para lograr este objetivo, se parte de considerar intrínsecamente ligada la edificación y la parcela donde ésta se asienta, de forma que el transcurso del plazo establecido por el referido artículo 185.1 conlleva la imposibilidad de adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística tanto a la edificación como a su parcela asociada. En este sentido, se modifica el apartado A) del artículo 185.2 de la citada ley, quedando excepcionadas de esa ilimitación de plazo para el ejercicio de medidas de protección de la legalidad urbanística en las parcelaciones urbanísticas las edificaciones de uso residencial y las parcelas asociadas a éstas, a las que se les aplica el plazo general del artículo 185.1, quedando sometidas a un régimen jurídico específico de asimilación al de fuera de ordenación¹¹.

Pero la Ley contiene en su Disposición Adicional Quinta una previsión que afecta a lo que denomina como “asentamiento urbanístico que se incorporan al planeamiento urbanístico”, osea, parcelaciones en “Suelos Urbanizable” en las que se permite la “urbanización progresiva”, -ejecutar obras de urbanización de forma “parcial”-. De esta forma se da cobertura normativa para ejecutar “solo” la infraes-

¹¹ A dichos efectos se añade una disposición adicional nueva a la LOUA, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional decimoquinta. Régimen complementario del reconocimiento de asimilación al régimen de fuera de ordenación aplicable a las edificaciones aisladas de uso residencial situadas en una parcelación urbanística en suelo no urbanizable para las que haya transcurrido la limitación temporal del artículo 185.1 y en las que concurren los requisitos previstos en el artículo 183.3.

El reconocimiento del régimen de asimilado al de fuera de ordenación para las edificaciones aisladas de uso residencial situadas en una parcelación urbanística para las que haya transcurrido la limitación temporal del artículo 185.1 de la presente ley se regirá por lo previsto en el Decreto 2/2012, de 10 de enero, con las siguientes particularidades:

1. Dicho reconocimiento comprenderá a la edificación y a la parcela sobre la que se ubica, cuya superficie, en el supuesto de dos o más edificaciones en una misma parcela registral o, en su defecto, catastral, coincidirá con las lindes existentes.

2. La declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación surtirá los efectos de la licencia urbanística exigida por el artículo 25.1.b) de la Ley 19/1995, de 4 de julio (RCL 1995, 1947), de Modernización de las Explotaciones Agrarias, y quedará sujeta a la caducidad prevista para las licencias de parcelación o declaraciones de innecesariedad en el artículo 66 de la presente ley, debiendo constar reflejados estos extremos en la misma declaración de reconocimiento de asimilación al régimen de fuera de ordenación.

3. **Para la declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación, se exigirán a las edificaciones las condiciones mínimas en materia de seguridad, salubridad, habitabilidad y calidad de las construcciones y edificaciones, y también en materia de protección del patrimonio urbanístico, arquitectónico, histórico, cultural, natural o paisajístico. Estas condiciones deberán ser objeto de detalle y desarrollo por la Consejería competente en materia de urbanismo en una instrucción relativa a la aclaración de la documentación técnica necesaria para la regularización de las edificaciones asimiladas a fuera de ordenación.»**

estructura de agua potable, la infraestructura de saneamiento, o cualquier otra. Se admite la ejecución “progresiva”, pero sobre todo también se permitirá el enganche provisional a la red. Para que la ejecución progresiva sea admisible, se exige que la urbanización tenga aprobado definitivamente el Proyecto de Reparcelación y el Proyecto de Urbanización. Por último, destacamos el apartado 10 de esta Disposición adicional quinta que autoriza la modulación por el Plan General de Ordenación Urbanística o por el instrumento de planeamiento de desarrollo las obras y condiciones de urbanización. Ello, a nuestro juicio, es razonable pues operamos sobre una realidad ya transformada y normalmente con protagonistas precarios socialmente.

Debemos reseñar en este apartado la serie de sentencias clónicas del TS que han declarado nulo el PGOU de Marbella. Así lo declara la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 26 enero 2016, RJ\2016\416. Ponente ORO-PU-LIDO Y LÓPEZ, En el mismo sentido, las STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 abril 2016 RJ\2016\3059, Recurso de Casación 1941/2015, Ponente FERNÁNDEZ VALVERDE; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 19 abril 2016, RJ\2016\3062, Recurso de Casación 2768/2015, Ponente NAVARRO SANCHÍS, etc., ratificando la nulidad decidida con base en las mismas argumentaciones contenidas en las SSTs de 27 (2) y 28 de octubre de 2015 pasado, dictadas en los Recursos de casación 313/2014 (RJ 2015, 5581), 2180/2014 (RJ 2015, 5580) y 1346/2014 (RJ 2015, 5582).

El TS anula el PGOU por la imposibilidad de legalizar lo ilegalmente construido a través de la potestad de planeamiento; por la imposición de las cargas urbanísticas a los promotores de las construcciones ilegales y la improcedencia de su imputación a los que en la actualidad figuran como propietarios o titulares de los inmuebles respecto de los que se haya producido un pronunciamiento de ilegalidad; se anula igualmente la imputación de cargas y gravámenes individuales y coeficientes de normalización con la finalidad de proceder a la financiación de dotaciones, equipamientos y sistemas con la intención de regularizar los resultados de las actuaciones ilegales por falta de amparo normativo. Y por último, desde el punto de vista procedimental, por dos omisiones o vicios esenciales de informes preceptivos: en materia de Evaluación ambiental estratégica por la falta de un estudio comparado de la potencial afectación de las alternativas al medio ambiente: y, en segundo lugar, por la falta de Informe de sostenibilidad económico financiera.

Destaca también en la actividad legislativa la Ley 5/2016, de 19 julio del Deporte de Andalucía ¹², cuyo art. 10 proclama que “Los poderes públicos fomentarán

¹² BO. Junta de Andalucía 22 julio 2016, núm. 140, p. 10. BOE 5 agosto 2016, núm. 188, p. 56055.

la práctica del deporte en el medio natural, garantizando en todo caso que dicha práctica se realice de una manera sostenible y compatible con el medio ambiente, mediante una utilización racional de los recursos naturales; todo ello de conformidad con lo dispuesto en la normativa aplicable en materia de medio ambiente”. En esa misma línea proclamática determina que “La Consejería competente en materia de deporte impulsará la práctica del deporte en el medio natural mediante programas específicos que se formularán en la planificación sobre actividades y eventos deportivos”. Y que “6. Las consejerías competentes en materia de deporte, turismo y medio ambiente promoverán la colaboración para la práctica del deporte en el medio natural como elemento generador de actividad turística en Andalucía.” Una vez más meras normas proclamáticas. Si es más relevante que a los efectos de esta ley, el medio natural tendrá la consideración de instalación deportiva no convencional cuando se utilice como medio para la práctica deportiva. En la normativa que regule la ordenación en materia de medio ambiente se tendrá en cuenta el uso del mismo para la práctica deportiva.

III. ORGANIZACIÓN Y EJECUCIÓN.

1. Organización.

En el ámbito organizativo destacamos la creación por el Decreto 83/2016, de 19 abril¹³, del Registro Integrado Industrial de Andalucía y la aprobación de su Reglamento. En cuanto al ámbito de aplicación, estructura y organización, no hay prácticamente modificaciones. En lo que respecta al contenido, el nuevo registro se ha simplificado y optimizado, eliminándose todos los datos que no son imprescindibles para el cumplimiento de sus fines y alineándose con el registro de ámbito estatal. Es en el procedimiento de inscripción donde se encuentran las novedades más importantes. Deja de existir la obligación de presentar la hoja de comunicación de datos. Las inscripciones se realizarán de oficio a partir de los datos contenidos en las autorizaciones, en las declaraciones responsables, comunicaciones y documentación de puesta en servicio de instalaciones presentadas por los titulares. *La inscripción pasa a ser un procedimiento interno de la Administración en el que no interviene directamente el interesado.* La Administración tendrá que prever para ello que los modelos de solicitudes, declaraciones responsables y comunicaciones contengan los datos necesarios para la inscripción.

En el ámbito organizativo destacamos otras dos órdenes que ha realizado delegaciones: la Orden de 22 de febrero de 2016¹⁴, LAN 2016\46, que delega el ejercicio

¹³ B.O.JA 27 abril 2016, núm. 79, p. 22; rect. BO. Junta de Andalucía, núm. 104, p. 30.

¹⁴ BO. Junta de Andalucía 26 febrero 2016, núm. 39, p. 32

determinadas competencias en diversos órganos directivos de la Consejería. Y la Orden de 24 de junio de 2016¹⁵, LAN 2016\212, por la que se delegan competencias en materia de lucha contra plagas en lo relativo al desarrollo y ejecución de las medidas fitosanitarias obligatorias de lucha como consecuencia de la declaración de existencia o sospecha de las mismas. Por último, damos cuenta de la Orden de 14 de marzo de 2016¹⁶, LAN 2016\73, que determina las Mesas de contratación de la Consejería.

2. Ejecución.

Las lista de normas reglamentarias ejecutivas y actos administrativos generales de primer nivel agrupadas en ejes temáticos engloba las siguientes normas y convocatorias:

A) Ordenación del Territorio y Planificación ambiental.

-Decreto núm. 160/2016, de 4 de octubre¹⁷, LAN 2016\317, por el que se modifica el Plan de Emergencia por Incendios Forestales de Andalucía aprobado por el Decreto 371/2010, de 14-9-2010 (LAN 2010\392), por el que aprueba el Plan de Emergencia por Incendios Forestales de Andalucía y modifica el Reglamento de Prevención y Lucha contra los Incendios Forestales aprobado por el Decreto 247/2001, de 13-11-2001(LAN 2001\450).

-Decreto núm. 107/2016, de 31 de mayo¹⁸, LAN 2016\184, por el que se aprueban los planes de emergencia exterior ante el riesgo de accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas correspondientes a: Secicar, S.A., en Motril(Granada), y Cobre Las Cruces, en Gerena (Sevilla).

-Decreto núm. 126/2016, de 12 de julio¹⁹, LAN 2016\234, por el que se aprueba los Planes de Emergencia Exterior ante el riesgo de accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas correspondientes a MATSA, en Almonaster la Real (Huelva); y Polígono Industrial Carretera de la Isla, en Dos Hermanas (Sevilla).

- Orden de 21 de abril de 2016.²⁰, LAN 2016\175, que dispone la publicación del Plan de Gestión del Riesgo de Inundación de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, aprobado por el Real Decreto 21/2016, de 15-1-2016 (RCL 2016\79).

¹⁵ BO. Junta de Andalucía 30 junio 2016, núm. 124.

¹⁶ BO. Junta de Andalucía 17 marzo 2016, núm. 52, p. 84.

¹⁷ BO. Junta de Andalucía 10 octubre 2016, núm. 195, p. 20.

¹⁸ BO. Junta de Andalucía 10 junio 2016, núm. 110, p. 100.

¹⁹ BO. Junta de Andalucía 19 julio 2016, núm. 137, p. 8.

²⁰ BO. Junta de Andalucía 6 junio 2016, núm. 106, p. 12.

- Orden de 21 de abril de 2016²¹, LAN 2016\173, por la que se dispone la publicación del Plan de Gestión del Riesgo de Inundación de la demarcación hidrográfica del Tinto, Odiel y Piedras, aprobado por el Real Decreto 21/2016, de 15-1-2016 (RCL 2016\79).

- Orden de 21 de abril de 2016²², LAN 2016\172, por la que se dispone la publicación del Plan de Gestión del Riesgo de Inundación de la demarcación hidrográfica del Guadalete y Barbate, aprobado por el Real Decreto 21/2016, de 15-1-2016 (RCL 2016\79).

- Orden de 10 de octubre de 2016²³, LAN 2016\326, por la que se aprueba el Plan de Gestión de la Zona Especial de Conservación Doñana Norte y Oeste (ES6150009).

- Orden de 30 de diciembre de 2016²⁴, LAN 2017\8, por la que se aprueban las modificaciones del Plan Director Territorial de Residuos No Peligrosos de Andalucía (2010-2019) (LAN 2010\487), como consecuencia de la revisión intermedia de 2016.

- Orden de 23 de febrero de 2016²⁵, LAN 2016\105, por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico del Tinto, Odiel y Piedras, aprobados por el Real Decreto 11/2016, de 8-1-2016 (RCL 2016\75).

- Orden de 23 de febrero de 2016²⁶, LAN 2016\104, por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico del Guadalete y Barbate, aprobado por el Real Decreto 11/2016, de 8 de enero (RCL 2016\75).

- Orden de 23 de febrero de 2016²⁷, LAN 2016\102, por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, aprobados por el Real Decreto 11/2016, de 8-1-2016 (RCL 2016\75).

- Acuerdo de 5 de julio de 2016²⁸, LAN 2016\226, por el que se aprueba la planificación de la retirada progresiva del amianto en las infraestructuras públicas educativas.

²¹ BO. Junta de Andalucía 3 junio 2016, núm. 105, p. 36.

²² BO. Junta de Andalucía 2 junio 2016, núm. 104, p. 38.

²³ BO. Junta de Andalucía 18 octubre 2016, núm. 200, p. 46.

²⁴ BO. Junta de Andalucía 11 enero 2017, núm. 6, p. 8.

²⁵ BO. Junta de Andalucía 18 abril 2016, núm. 72, p. 196.

²⁶ BO. Junta de Andalucía 18 abril 2016, núm. 72, p. 81.

²⁷ BO. Junta de Andalucía 15 abril 2016, núm. 71, p. 32.

²⁸ BO. Junta de Andalucía 12 julio 2016, núm. 132, p. 15.

B) Espacios naturales protegidos y recursos naturales

- Decreto núm. 2/2016, de 12 de enero²⁹, LAN 2016\18, por el que se declara la Zona Especial de Conservación Sierras de Tejeda, Almirajara y Alhama (ES6170007) y se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierras de Tejeda, Almirajara y Alhama.

- Decreto núm. 142/2016, de 2 de agosto³⁰, LAN 2016\304, 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.

- Decreto núm. 172/2016, de 8 de noviembre, LAN 2016\402³¹, 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 Paraje 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.

- Orden de 10 de octubre de 2016³², LAN 2016\326, por la que se aprueba el Plan de Gestión de la Zona Especial de Conservación Doñana Norte y Oeste (ES6150009).

- Orden de 3 de noviembre de 2016³³, LAN 2016\352, por la que se aprueban las propuestas de inclusión en la lista de Lugares de Importancia Comunitaria de la Red Ecológica Europea Natura 2000 del Espacio Natural Montes de Málaga (ES6170038), de ampliación de los Lugares de Importancia Comunitaria Marismas del río Palmones (ES6120006) y Doñana (ES0000024), de modificación de los límites del Lugar de Importancia Comunitaria Doñana Norte y Oeste (ES6150009)

²⁹ BO. Junta de Andalucía 25 enero 2016, núm. 15, p. 34; rect. BO. Junta de Andalucía 30 marzo 2016, núm. 59, p. 49; BO. Junta de Andalucía 28 enero 2016, núm. 18, p. 29.

³⁰ BO. Junta de Andalucía 26 septiembre 2016, núm. 185, p. 2.

³¹ BO. Junta de Andalucía 23 diciembre 2016, núm. 245, p. 25.

³² BO. Junta de Andalucía 18 octubre 2016, núm. 200, p. 46.

³³ BO. Junta de Andalucía 10 noviembre 2016, núm. 216, p. 62.

y de cambio de denominación del Lugar de Importancia Comunitaria Sierras del Nordeste (ES6140005).

- Orden de 1 de julio de 2016³⁴, LAN 2016\227, por la que se modifica la Orden de 5-6-2015 (LAN 2015\242), por la que se fijan las vedas y períodos hábiles de caza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se publican los períodos hábiles de caza para la temporada 2016-2017.

- Orden de 3 de agosto de 2016, LAN 2016\276, por la que se aprueba el Plan de Control del Cangrejo Rojo (*Procambarus clarkii*) en las Marismas del Guadalquivir³⁵.

- Acuerdo de 3 de mayo de 2016³⁶, LAN 2016\171, por el que se aprueba la formulación de la adecuación del Plan Forestal de Andalucía.

C) Desarrollo sostenible.

- Acuerdo de 18 de octubre de 2016³⁷, LAN 2016\333, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

- Acuerdo de 25 de octubre de 2016³⁸, LAN 2016\348, 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.

- Acuerdo de 13 de septiembre de 2016³⁹, LAN 2016\298, 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.

- Acuerdo de 6 de septiembre de 2016⁴⁰, LAN 2016\295, 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.

- Acuerdo de 26 de agosto de 2016⁴¹, LAN 2016\289, 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.

³⁴ BO. Junta de Andalucía 12 julio 2016, núm. 132, p. 46.

³⁵ BO. Junta de Andalucía de 9 agosto 2016, núm. 152, p. 81.

³⁶ BO. Junta de Andalucía 2 junio 2016, núm. 104, p. 34.

³⁷ BO. Junta de Andalucía 21 octubre 2016, núm. 203, p. 12.

³⁸ BO. Junta de Andalucía 3 noviembre 2016, núm. 211, p. 15.

³⁹ BO. Junta de Andalucía 20 septiembre 2016, núm. 181, p. 51.

⁴⁰ BO. Junta de Andalucía 19 septiembre 2016, núm. 180, p. 44.

⁴¹ BO. Junta de Andalucía 8 septiembre 2016, núm. 173, p. 67.

- Acuerdo de 19 de julio de 2016, LAN 2016\243, por el que se aprueba la formulación del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierra de Andújar y su área de influencia socioeconómica.

- Acuerdo de 26 de julio de 2016⁴², LAN 2016\275, por el que se aprueba la formulación del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierra de Baza y su área de influencia socioeconómica.

- Acuerdo de 26 de agosto de 2016⁴³, LAN 2016\288, que aprueba la Formulación del II Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural Sierras de Tejeda, Almijara y Alhama y su área de influencia socioeconómica.

- Acuerdo de 13 de septiembre de 2016⁴⁴, LAN 2016\297, 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.

- Acuerdo de 23 de febrero de 2016⁴⁵, LAN 2016\45, que aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza para la eficiencia ambiental de las actividades pesqueras, Puertos Sostenibles 2016-2020.

- Acuerdo de 12 de abril de 2016⁴⁶, LAN 2016\143, por el que se modifica el Acuerdo de 10-6-2014 (LAN 2014\214), por el que aprueba la formulación de la Estrategia para la Generación de Empleo Medioambiental en Andalucía 2020.

- Acuerdo de 19 de abril de 2016⁴⁷, LAN 2016\144, que aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza de Calidad del Aire.

- Acuerdo de 19 de julio de 2016⁴⁸, LAN 2016\241, por el que se aprueba la Estrategia Industrial de Andalucía 2020.

- Acuerdo de 12 de julio de 2016⁴⁹, LAN 2016\232 por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza de Bioeconomía.

D) Subvenciones y ayudas ambientales.

- Orden de 28 de noviembre de 2016, LAN 2016\375⁵⁰, por la que se modifica las Órdenes de 26-5-2015 (LAN 2015\220), por la que se aprueban en la Comunidad

⁴² BO. Junta de Andalucía 9 agosto 2016, núm. 152, p. 77.

⁴³ BO. Junta de Andalucía 8 septiembre 2016, núm. 173, p. 63.

⁴⁴ BO. Junta de Andalucía 20 septiembre 2016, núm. 181, p. 47.

⁴⁵ BO. Junta de Andalucía 26 febrero 2016, núm. 39, p. 10.

⁴⁶ BO. Junta de Andalucía 17 mayo 2016, núm. 92, p. 25.

⁴⁷ BO. Junta de Andalucía 17 mayo 2016, núm. 92, p. 27.

⁴⁸ BO. Junta de Andalucía 26 julio 2016, núm. 142, p. 29.

⁴⁹ BO. Junta de Andalucía 18 julio 2016, núm. 136, p. 14.

⁵⁰ BO. Junta de Andalucía 2 diciembre 2016, núm. 232, p. 14.

Autónoma de Andalucía las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a la Medida 10: Agroambiente y Clima, y Medida 11: Agricultura Ecológica, y la Orden de 14-4-2016 (LAN 2016\107), por la que se aprueban en la Comunidad Autónoma de Andalucía las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a la Medida 13: Pagos a zonas con limitaciones naturales u otras limitaciones específicas.

- Orden de 23 de diciembre de 2016⁵¹, LAN 2016\429, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de incentivos para el desarrollo energético sostenible de Andalucía en el período 2017-2020.

- Orden de 24 de febrero de 2016⁵², LAN 2016\52, por la que se regula las condiciones para la verificación de los compromisos agroambientales por las Entidades de Certificación establecidos en la Orden de 26 de mayo de 2015 (LAN 2015\219), por la que se aprueban en la Comunidad Autónoma de Andalucía las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a la medida 10: Agroambiente y Clima, incluida en el Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2014-2020.

E) Instrumentos de mercado y tributos ambientales.

- Orden de 17 de febrero de 2016⁵³, LAN 2016\41, por la que se aprueba el Reglamento Específico de Producción Integrada de Algodón .

F) Inspección ambiental.

- Decreto núm. 96/2016, de 3 de mayo⁵⁴, LAN 2016\125, por el que se regula la prevención y lucha contra plagas, el uso sostenible de productos fitosanitarios, la inspección de equipos para su aplicación y se crea el censo de equipos de aplicación de productos fitosanitarios.

- Resolución de 6 de mayo 2016⁵⁵, LAN 2016\157, por la que se dispone publicar la Resolución de 29-3-2016, por la que aprueba el Plan Anual de Inspección de Vertidos para el año 2016.

G) Educación ambiental.

- Decreto núm. 110/2016, de 14 de junio⁵⁶, LAN 2016\208, por el que se Establece la ordenación y el currículo del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Su art. 3.1 j) establece como objetivo conocer y valorar de forma crítica la

⁵¹ BO. Junta de Andalucía 30 diciembre 2016, núm. 249, p. 77.

⁵² BO. Junta de Andalucía 2 marzo 2016, núm. 41, p. 47.

⁵³ BO. Junta de Andalucía 23 febrero 2016, núm. 36, p. 10.

⁵⁴ BO. Junta de Andalucía 9 mayo 2016, núm. 86, p. 17; rect. BO. Junta de Andalucía 12 enero 2017, núm. 7, p. 11.

⁵⁵ BO. Junta de Andalucía 25 mayo 2016, núm. 98, p. 351.

⁵⁶ BO. Junta de Andalucía 28 junio 2016, núm. 122, p. 11.

contribución de la ciencia y la tecnología en el cambio de las condiciones de vida, así como afianzar la sensibilidad y el respeto hacia el medio ambiente.

H) Contaminación ambiental y Agrotóxicos.

- Decreto núm. 96/2016, de 3 de mayo⁵⁷, LAN 2016\125, por el que se regula la prevención y lucha contra plagas, el uso sostenible de productos fitosanitarios, la inspección de equipos para su aplicación y se crea el censo de equipos de aplicación de productos fitosanitarios.

IV. Jurisprudencia ambiental destacada.

Agrupamos a continuación en torno a descriptores temáticos los fallos más destacados producidos en este año.

A) Nulidad del Reglamento de Residuos de Andalucía aprobado por el Decreto 73/2012, de 20 marzo, en cuanto a la financiación de los sistemas colectivos: la imposición de una determinada gestión medioambiental de todos los residuos sin distinción de su destino o naturaleza lo cual no es ajustado a legislación nacional ni a las disposiciones comunitarias.

El año pasado dábamos cuenta de diversas sentencias en este sentido (las STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) Sentencia num. 636/2015 de 25 de junio, JUR\2015\223930; STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) Sentencia num. 315/2015 de 26 de marzo, JUR\2015\208232; STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), Sentencia num. 425/2015 de 7 de mayo, JUR\2015\208119; STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) Sentencia num. 199/2015 de 27 de febrero, JUR\2015\208592; etc., considerando que la imposición de una determinada gestión medioambiental de todos los residuos sin distinción de su destino o naturaleza no es ajustado a legislación nacional ni a las disposiciones comunitarias. También respecto a la autorización de los sistemas de gestión y potestad de revocación de la autorización de la Administración y nuevos tipos de infracciones aplicables a los sistemas colectivos. El TS ha confirmado estas sentencias recurridas en casación con sendas condenas en costas: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a) Sentencia num. 2632/2016 de 15 Diciembre RJ\2016\6548; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5^a) Sentencia num. 2634/2016 de 15 Diciembre RJ\2017\174, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a) Sentencia num. 2632/2016 de 15 diciembre, RJ\2016\6548, etc.

⁵⁷ BO. Junta de Andalucía 9 mayo 2016, núm. 86, p. 17; rect. BO. Junta de Andalucía 12 enero 2017, núm. 7, p. 11.

B) Nulidad de otros Reglamentos: Decreto 15/2011, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales y se aprueban medidas de agilización de procedimientos y Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética.

Dicho Decreto ha sido declarado nulo por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia num. 318/2016 de 16 febrero RJ\2016\686, por la omisión del trámite de audiencia a las corporaciones locales afectadas y por la representación en las juntas rectoras del parque. El TS desestima el recurso de casación. Previamente había declarado la nulidad la STSJ de Andalucía (Sede de Sevilla), de 17 de febrero de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente JIMÉNEZ JIMÉNEZ). El segundo reglamento citado del cielo nocturno ha sido declarado nulo por la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 abril 2016, RJ\2016\1682, por la omisión del trámite de audiencia e informe del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales.

C) Nulidad actos derivada de la inconstitucionalidad de la atribución estatutaria del CHG a Andalucía. A “Río revuelto, ganancia de pescadores antiambientales” .

Así, la TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia núm.262/2016 de 17 marzo. JUR 2016\187403 y TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia núm.1146/2016 de 14 diciembre. JUR 2017\57327, declarando la nulidad absoluta de sanción en materia de aguas impuesta por la Agencia Andaluza del Agua en virtud de competencias sancionadoras conferidas a la Comunidad en virtud de modificación del Estatuto de Autonomía. En el mismo sentido, la TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencia núm. 638/2016 de 19 mayo. JT 2016\1303, respecto del Canon de regulación de regadíos a una liquidación girada por órgano manifiestamente incompetente por declaración de inconstitucionalidad de la distribución de competencias en materia de aguas. El TSJ sigue su propia jurisprudencia. Recordemos la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 22 mayo de 2014, JUR\2014\285052 que la vista de la norma declarada inconstitucional declara la nulidad absoluta de sanción en materia de aguas impuesta por la Agencia Andaluza del Agua. Recordemos que la STC de 16 de marzo de 2011, dictada el recurso de inconstitucionalidad núm. 5120-2007, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra los arts. 43, 50.1 a), 50.2 y 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, estimando parcialmente el recurso, ha declarado la inconstitucionalidad de art. 51 EAAnd. El TSJ se limita en esto a seguir la doctrina fijada por el TS: La STS de 5 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9623) (rec. 5571/2011) Id

Cendoj: 18087330012016100209, declarando no haber lugar al recurso de casación en interés de ley interpuesto contra igual pronunciamiento impugnado en esa apelación, deducido por el Letrado de la Junta de Andalucía contra la sentencia de 28 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo núm. 9 de Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo num. 191/2010. No compartimos esta sentencia. Si los actos dictados por el funcionario aparente son válidos (“*Lex Barbarius Philipus*”)⁵⁸ ¿cómo negar entonces validez a los actos dictados con cobertura normativa a la postre anulada? Para mí la coherencia de negar validez es más que discutible.

La STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 17 Oct. 2012, Rec. 5667/2011, minimiza los daños al determinar que los actos aplicativos anteriores a la declaración de inconstitucionalidad no se ven contaminados por la falta sobrevenida de competencia material del órgano competente⁵⁹.

Para empezar la nulidad por incompetencia en este caso no es manifiesta porque no es ostensible⁶⁰, y esto lo dice quien ha criticado abiertamente el precepto estatutario. ¿O es que prevaricaron parlamento autonómico y nacional al aprobar el Estatuto? TS y TSJ discrepan: para TSJ sí el precepto que atribuía la competencia es declarado inconstitucional y nulo, la incompetencia del órgano es originaria, puesto que nace de una norma inconstitucional y nula, resultando además manifiesta pues

⁵⁸ Ténganse en cuenta que como señala GARRIDO FALLA también en esto han existido posiciones antagónicas: RANELLETTI, se inclinaba desde un punto de vista lógico-jurídico por no reconocer ningún valor jurídico a los actos dictados por un funcionario de hecho; FUEYO ÁLVAREZ y MARTÍNEZ USEROS desde las ideas de seguridad y de apariencia de legitimidad se han pronunciado por la solución contraria (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol., *Parte General*, duodécima edición, Tecnos, Madrid 1994.p. 454). También ÁLVAREZ-GENDÍN creía que la nulidad del acto administrativo designando una autoridad que no reuniera la edad administrativa, exigida legal o reglamentariamente, no arrastraba consigo la nulidad de todos los actos administrativos realizados por él (*Tratado General de Derecho Administrativo*, t. I, Bosch, Barcelona 1958.p. 355). Para ALCINDOR, ha sido precisamente *la necesidad de tener en cuenta las apariencias* lo que ha dado carta de naturaleza a la teoría de los funcionarios de hecho. El derecho positivo francés ha admitido esta teoría en favor de ciertos agentes electivos "a fin de evitar toda discontinuidad en la gestión de los servicios públicos locales"; en esta materia "se da una importancia preponderante al hecho sobre el Derecho" (*Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, M. GIARD et E. BRIÈRE Libraires-Éditeurs, Paris 1912.p. 53, nota núm. 1). La protección de la apariencia es la idea fundamental. Si esta falta porque es manifiesto y evidente que la investidura no ha tenido lugar o que es irregular, dice BONNARD, no hay funcionario de hecho, se está en presencia de un usurpador de función (*Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris 1926, pp. 232-234).

⁵⁹ *Vid.*, MELLADO RUIZ, *Jurisprudencia ambiental en Andalucía*, “Revista Catalana de Dret Ambiental” Vol. IV Núm. 2 (2013), p. 14 (<http://www.raco.cat/index.php/rcda/article/viewFile/273908/361995>).

⁶⁰ Así la STS de 17 de octubre de 2012, dictada en recurso de casación en interés de ley núm. 5667/2011, donde se señala que el precepto contenido en el artículo 62.1.b) LRJAP -hoy art. 47 1 b) LPACAP no comprende los actos dictados por un órgano cuya competencia ha sido, posteriormente a la resolución administrativa, declarada inconstitucional y nula por sentencia del TC, ya que tal vicio no sería manifiesto ni originario.

la naturaleza o esencia de las cosas no cambia por el tiempo o momento en que se define.

De esta forma tendría peor condición una ley inconstitucional que un reglamento: la nulidad de un reglamento no determina la nulidad de los actos dictados a su amparo. Para mí el responsable de este desaguado es el TC al no determinar el alcance. Quizá la solución pudiera venir por un cambio de criterio pues la casación en interés de ley frente a una sentencia de un Juzgado como recurso absolutamente restrictivo no es el ámbito adecuado para zanjar el asunto. En cualquier caso creo que dado no se ha ejercido por el Estado ni por la Junta la posibilidad de aclaración del fallo que anuló la previsión estatutaria quizá se podría ensayar una convalidación legislativa *ex post* con alcance para los asuntos que encuentren *sub iudice* y que vete eventuales revisiones de oficio o solicitudes de devolución por ingresos indebidos como consecuencia de la nulidad sobrevenida *a radice* por originaria.

D) Imprescriptibilidad del dominio público marítimo terrestre frente a la ocupación por invernaderos.

Así se declara procedente la recuperación de oficio de la posesión del dominio público marítimo-terrestre ocupado por invernaderos: no se reconoce la propiedad privada dentro del dominio público marítimo-terrestre, ni es posible su adquisición por usucapción o mera tolerancia de la Administración dado su carácter imprescriptible e inalienable, por antigua que fuera la posesión: recuperación procedente. (Así, TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 2370/2016 de 28 septiembre. RJCA 2016\1007; TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 2371/2016 de 28 septiembre. JUR 2016\258915).

E) Carácter reglado del suelo urbanizable de especial protección: inexistencia características determina nulidad de la clasificación.

En este sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 19 enero de 2016, RJ 2016\329, en relación con la aprobación del Plan de Ordenación de los recursos naturales y el Plan Rector de usos y gestión del Parque Natural de Cabo de Gata Níjar respecto la clasificación y zonificación con carácter forestal de determinadas fincas destinadas a uso agrícola declarando su improcedencia al tratarse de parcelas que no se hallan cubiertas de arbolado ni de matorral. En este sentido, también Parque Natural de Cabo de Gata Níjar la TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia núm.1510/2016 de 23 mayo, JUR 2016\119937, ha declarado que no existe la prevalencia de la mera clasificación formal urbanística de la finca sobre sus valores sustantivos: si hay concurrencia de valores de especial protección que determinaron su legítima inclusión en el PORN, la anulación es improcedente.

F) Tributos ambientales autonómicos: legitimidad de la tributación sobre la Emisión de gases en la atmósfera. Ilegalidad de la extensión de la tasa de inertes a gestión fangos industriales.

El Impuesto sobre Emisión de gases en la atmósfera es un impuesto propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de carácter directo, que "grava las emisiones a la atmósfera de determinadas sustancias generadas en los procesos productivos. Nuevamente la STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm.1345/2016 de 9 mayo. JUR 2016\151619 respalda la legitimidad del tributo rechazando vulneración del art. 6 LOFCA, y que existe doble imposición con el Impuesto Especial sobre la Electricidad o con el IAE, puesto que se grava también "la emisión de gases " y que la base se ajusta al volumen de emisión, por lo que resulta de aplicación la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2013 y a tenor de la cual, desestima la alegación de violación del principio de doble imposición. El TSJ se limita a reproducir las argumentaciones ya antes manejadas. En concreto, esta Sala (sede Málaga) ha resuelto el debate aquí planteado en Sentencias de 4 de junio de 2012 (PROV 2013, 288358) (recurso 1853/2004), 18 de junio de 2012 (recurso 1736/2012)y 29 de junio de 2012 (PROV 2013, 288012) (recurso 1852/2004); siendo esta última confirmada por el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 2ª, en reciente STS de 19 de junio de 2014 (RJ 2014, 4237) (recurso de casación 397/2013)y la STS de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia num.778/2014 de 25 septiembre, JUR\2015\44754 y STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia num. 1547/2015 de 1 septiembre JT\2015\1592.

La STSJ núm.250/2016 Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 10 marzo, JT 2016\984 ha anulado en la correspondiente Ordenanza reguladora la extensión del hecho imponible de la tasa por la prestación del servicio de retirada, transporte, tratamiento y destino final de residuos inertes a la gestión de cualquier clase de residuos industriales inertes, incluyendo lodos y fangos por vulneración del principio de reserva de ley tributaria.

G) Lluvias torrenciales y desbordamiento: fuerza mayor exonerante de responsabilidad. Daños causados por especies cinegéticas.

Así lo declaran las STSJ 1620/2016 de 6 junio. Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), JUR 2016\228272; STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), núm. 1525/2016 de 30 mayo, JUR 2016\177571; STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm.1621/2016 de 6 junio. JUR 2016\227879 y STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª),-núm.1619/2016 de 6 junio, JUR 2016\227407. También se ha rechazado indemnizar

los daños causados en fincas de cultivo como consecuencia de la acción lesiva de ciervos por falta de acreditación de que los animales provengan de coto con titularidad cinegética de la Administración (STSJ núm.2686/2016 Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 25 octubre, JUR 2017\2820).

Contrasta este fallo con otros precedentes que reconocen la existencia de responsabilidad en supuestos de daños causados en las fincas por animales salvajes entendiéndose que la Administración no ha cumplido en absoluto, con la diligencia debida y los medios a su alcance, con la obligación de preservar las fincas de los propietarios de los daños causados por los animales salvajes y considerando el daño antijurídico, el nexo causal suficiente y la indemnización procedente (STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 625/2011 de 4 abril, JUR 2011\334882, f. de Dcho 2º a 5º -daños causados por animal procedente de aprovechamiento cinegético privado- y STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 512/2011 de 14 de marzo, JUR 2011\313066, f. de Dcho 2º a 6º)⁶¹.

H) Legalidad del Plan de Ordenación del Territorio y Plan Especial de Ordenación de zonas de regadío.

Así lo declaran las STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia núm.950/2016 de 20 octubre, RJCA 2016\989, f. de dcho 8; STSJ núm. 953/2016 de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 17 octubre, RJCA 2016\987, f. de dcho 8º y TSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia núm.995/2016 de 2 noviembre, RJCA 2016\990, negando la violación de la reserva de Ley y afirmando que 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.

⁶¹ Sobre esta materia véanse: PARRA LUCÁN, *La responsabilidad por daños producidos por animales de caza*, "Revista de Derecho Civil Aragonés", V, 1999, núm. 2, pp. 11 a 74; AGUDO GONZÁLEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración por daños producidos por animales de caza*, "Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente", núm. 162, junio 1998, pp. 107 a 150; BIENDICHO GRACIA, *La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas en Aragón*, "Revista Aragonesa de Administración Pública", núm. 25, 2004, pp. 83-124; SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas en el derecho actual español y su específica regulación en la Comunidad Autónoma de Extremadura: breve indicación al derecho comparado*, "Ars Iuris", N.º. 36, 2006, pp. 257-287.

I) Legalidad de la prohibición genérica de actividades extractivas por el Decreto 238/2011, de 12 julio, por el que se establece la ordenación y gestión de Sierra Nevada.

La STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia núm.2454/2016 de 29 septiembre. JUR 2016\258801 rechaza la nulidad por omisión de los preceptivos informes del Consejo Consultivo de Andalucía y del Consejo Económico y Social de Andalucía –sigue en esto la Sentencia de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2868) y la omisión del trámite de audiencia a la recurrente por la inexistencia de situación material y real de indefensión. Del mismo modo se rechaza (f. de Dcho 5) que el PORN conlleve una prohibición genérica de actividades extractivas y mineras para preservación de los valores medioambientales. Ello se ha de la mano de STC 235/2015 (RTC 2015, 235)), mediante la cual se expresa que *"No hay duda alguna acerca de la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar que el ejercicio de los derechos mineros se realice sin menoscabo del medio ambiente y en condiciones tales que no produzca un grave detrimento de los terrenos afectados"*, siendo así que, obviamente, el alcance de la prohibición habrá de ser todo el que resulte necesario para la evitación del deterioro y, en el supuesto que nos ocupa, se advierte que en el propio texto del PORN se da cumplida explicación acerca de la razón de ser de la prohibición de que tratamos y límites en orden a las explotaciones existentes, determinaciones que no han sido rebatidas por quien demanda demostrando su carácter infundado, y, con ello, una no repercusión negativa de la actividad extractiva en la conservación del Parque Natural. También se invoca la Sentencia de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 5203) dictada por la Sección 5ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso 5805/2003, (ROJ: STS 1983/2006 - ECLI:ES:TS:2006:1983), se advirtió, al respecto también de prohibiciones sobre actividad extractiva, de que *"debe prevalecer el interés público de preservar los valores medioambientales del espacio público de que se trata, incluido dentro de los límites del Parque Nacional de Sierra Nevada"*, y calificó como evidente *"el impacto negativo que la actividad minera produce dentro del perímetro del Parque para las especies vegetales o animales y para los demás bienes e intereses que ese Plan de Ordenación trata de proteger"*.

J) Radiación electromagnética: nulidad de ordenanzas que invaden competencias estatales.

Así se ha pronunciado la STSJ núm. 182/2016 de 29 enero Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso- TSJ Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), RJCA 2016\501, anulando la Ordenanza reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas por su regulación de la distancia mínima de protección con remisión a los niveles mínimos de inmisión por falta de competencia de la Administración local para realizar dicha regulación. También procede así la STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª),

sentencia núm.804/2016 de 7 septiembre. JUR 2016\260308, respecto de la imposición a los operadores de límites de emisión en los respectivos términos municipales por invasión de competencias exclusivas del Estado; utilización de las mejores técnicas disponibles para minimizar el impacto visual y medioambiental; exigencia de aportar autorización de la comunidad propietaria del emplazamiento: limitación del derecho de los operadores a la ocupación de la propiedad privada; determinación de los responsables subsidiarios: exigencia de suscripción de póliza de responsabilidad civil que cubra los daños a personas y cosas; obligación a las operadoras de presentar semestralmente una certificación emitida por una entidad colaboradora independiente de una certificación sobre los niveles máximos de exposición a los campos electromagnéticos: competencias estatales; falta de cobertura legal del régimen sancionador.

El TSJ sigue su línea. En este sentido se ha pronunciado antes la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), Sentencia num. 624/2014 de 18 de junio, JUR\2014\285048, en relación con la Ordenanza municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas en el municipio de Gelves (Sevilla), respecto de la imposición a los operadores de límites de emisión en los respectivos términos municipales estimando una flagrante invasión de competencias exclusivas del Estado y declarando en consecuencia su nulidad procedente.

LISTA DE AUTORIDADES⁶²

Lista de autoridades

Consejero

D. José Fiscal López

Viceconsejero

D. José Luis Hernández Garijo

Secretaria General Técnica

Dña. Isabel López Arnesto

SECRETARÍA GENERAL DE MEDIO AMBIENTE Y CAMBIO CLIMÁTICO

Dña. María Belén Gualda González

⁶² <http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/site/portalweb/menuitem.47a26b4de31e31b01daa5f105510e1ca/?vgnnextoid=4c0a65300f8e0410VgnVCM2000000624e50aRCRD&vgnnextchannel=b7b9193566a68210VgnVCM10000055011eacRCRD>

Coordinación General: José Manuel Dastis Adame

Sv. de Información y Participación Ciudadana: Esther Pérez de Tudela Lope

Sv. de Dinamización Socioeconómica: Francisco Javier Soto Vázquez

Sv. de Iniciativas Sociales y Comunicación: José Miguel Méndez Jiménez

Coordinación de Tributos del Agua: Pedro José Gómez Galá

Dirección General de Gestión del Medio Natural y Espacios Protegidos

Director General: Javier Madrid Rojo

Coordinación: Rafael Cadenas de Llano Aguilar

Director C.O.R. Prevención y Extinción de Incendios Forestales: Juan Sánchez Ruiz

Sv. de Gestión Forestal Sostenible: José Francisco Javier Cobos Aguirre

Sv. de Geodiversidad y Biodiversidad: Fernando Ortega Alegre

Sv. de Restauración del Medio Natural: Jaime González Seco

Instituto Andaluz de la Caza y la Pesca Continental: Guillermo Ceballos Watling

Coordinación: Pedro Legerén Aller

Sv. de Coordinación y Gestión RENPA: Rafael Silva López

Sv. de Uso Público y Fomento Socioeconómico en los Espacios Naturales: Javier Navarrete Mazariegos

Sv. Económico Administrativo: Félix Demetrio Luna Fernández

Director del Espacio Natural de Doñana: Juan Pedro Castellano Domínguez

Director del Espacio Natural de Sierra Nevada: Francisco Javier Sánchez Gutiérrez

Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental

Director General: Fernando Martínez Vidal

Coordinación General: Andrés Javier Leal Gallardo

SECRETARÍA GENERAL DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y
SOSTENIBILIDAD URBANA

D. Rafael Márquez Berral

Subdirección: Teresa Román Pereira

Sv. de Planificación y Estadística: Álvaro Javier Lozano González

Sv. de Planificación Regional y Paisajes: Gonzalo Acosta Bono

Sv. de Planificación Subregional: Guadalupe de la Hera Díaz de Liaño

Sv. de Planificación Subregional del Litoral: Luis José Contador Martín

Sv. de Gestión de Planes Territoriales: Africa Roche Guzmán

**Coordinación de Inspección de Ordenación del Territorio y
Sostenibilidad Urbana:**

Gloria Miranda Hernández

Área de Ordenación del Territorio y Urbanismo: Eva María Gamero Ruiz

Área de Planificación: Rafael Van Baumberghen Hernández

Sv. de Apoyo Técnico: Santiago Amaya Cortijo

Dirección General de Urbanismo

Director General: Alejandro Márquez Llordén

Subdirección: Fernando Villanueva Lazo

Sv. Gestión y Ejecución de Planes: Lidia Suarez Samaniego

Sv. Planeamiento Urbanístico: Antonio Santiago Becerra García

Sv. de Órganos Urbanísticos y Seguimiento Normativo: Andrés Moreno Gaviño

Delegado Territorial en Almería D. Antonio Martínez Rodríguez

Delegado Territorial en Cádiz D. Ángel Acuña Racero

Delegado Territorial en Córdoba D. Francisco de Paula Algar Torres

Delegada Territorial en Granada Dña. María Inmaculada Oria López

Delegada Territorial en Huelva Dña. Dña. Rocío Jiménez Garrochena

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

Delegado Territorial en Jaén D. Juan Eugenio Ortega Rodríguez

Delegado Territorial en Málaga D. Adolfo Moreno Carrera

Delegado Territorial en Sevilla D. José Losada Fernández

AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA

Director Gerente: Antonio Galán Pedregosa

FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE DOÑANA Y SU ENTORNO - DOÑANA 21

Presidente: José Luis Hernández Garijo

La titularidad pública de los humedales. El caso de la laguna de La Janda.

Pedro Brufao Curiel

Profesor Contratado-Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

SUMARIO:

I. LA EVOLUCIÓN DEL DOMINIO DE LA JANDA. 1. La concesión Moret (1825-1838). 2. La titularidad de la concesión de “Colonias Agrícolas, S. A.” (1929-1954) y el deslinde practicado. 3. La transferencia de la concesión y la intervención de “Lagunas del Barbate, S. A.” (1954-1965). 4. La reversión al Estado de los terrenos concedidos y la titularidad pública de los terrenos que constituyen los humedales: El Decreto 2592/1964, de 27 de julio. II. LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA PARA PROCEDER A LA RECUPERACIÓN POSESORIA Y DEL PLENO DOMINIO DE LAS LAGUNAS DE LA JANDA. 1. La atribución al Estado de las cuestiones civiles sobre el dominio público hidráulico. 2. Los medios jurídicos para la recuperación por el Estado de la propiedad y posesión de los humedales públicos de La Janda. 3. Los beneficios de la restauración de los humedales de La Janda como obra de interés general de competencia estatal. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En la segunda mitad del siglo XX se desecó la mayor laguna de España, la de La Janda (Cádiz), de acuerdo con una legislación que otorgaba especiales incentivos a los promotores de las obras de saneamiento o desecación, como recibir el dominio de los terrenos. En el caso de La Janda, el proceso de desecación no llegó a buen término y el Estado procedió a la reversión de la concesión y la vuelta de los humedales a manos públicas. Sin embargo, el Estado no ha ejercido sus prerrogativas y competencias a la hora de la recuperación del pleno dominio y posesión de estos humedales, a pesar de lo afirmado por el Tribunal Supremo y de que los terrenos no hayan perdido su carácter de humedales. En este trabajo se analizan la historia jurídica de este suceso y las competencias del Estado para proceder a la restauración de la laguna.

PALABRAS CLAVE: Dominio público hidráulico, humedales, competencias, cuencas intracomunitarias, proyectos de restauración ambiental.

ABSTRACT: In the second half of the 20th century, the largest wetland in Spain, the lagoon of La Janda (Cádiz), was drained, pursuant to a law that conferred special incentives to the drainage promoters such as ownership of the land. However, in the La Janda case this drainage did not succeed, and the Government reversed the grant of the property and announced its return to the public domain. Notwithstanding, the Government has not exercised its jurisdiction so as to regain its full property rights, even though the Supreme Court has ruled in its favor and the land has retained its wetland characteristics. This paper analyzes the legal history of this event and the authority of the State for the restoration of the lagoon.

KEY WORDS: Public water rights, wetlands, governmental authority, regional basins, environmental restoration projects.

I. LA EVOLUCIÓN DEL DOMINIO DE LA JANDA.

A modo de introducción, señalamos que la cuenca del río Barbate es el accidente geográfico que vertebra y caracteriza la comarca de La Janda, donde se encuentran diversos humedales como las lagunas de La Janda, Jandilla, Tapatana, Tapatánilla, Rehuelga, El Torero y las marismas del Barbate. La mera existencia de estos humedales ha sufrido diversas vicisitudes, ya que fueron sometidos en el siglo XX a ciertos intentos de desecación, iniciados algunos en el primer tercio del siglo XIX¹, que, junto a la más reciente construcción del embalse de Barbate y la ampliación del principal canal de drenaje de la laguna de La Janda, han logrado una profunda alteración de estas zonas húmedas y de la cuenca de la que dependen.

Subrayamos que en las últimas décadas asistimos a diversos procesos de recuperación de la titularidad de bienes inmuebles que sufrieron grandes cambios jurídicos y físicos debidos especialmente a las desamortizaciones decimonónicas, junto a los esfuerzos de recuperación ambiental de terrenos degradados y entregados en su día a particulares², donde se ha hecho indispensable recurrir a sus antecedentes legales e históricos. Es en este contexto en el que estudiamos el carácter demanial de

¹ Nos remitimos a la pág. 75 y ss. de esta obra indispensable para abordar el problema de la recuperación ecológica de la comarca de La Janda: DUEÑAS LÓPEZ, M. A. y RECIO ESPEJO, J. M. (2000): *Bases ecológicas para la restauración de los humedales de La Janda* (Cádiz, España), Universidad de Córdoba, Córdoba.

² Una notable muestra de ello lo tenemos en: NIETO, A. (1991 y 1997): *Bienes comunales de los Montes de Toledo*, Civitas, Madrid, 2 vols. GALLEGO ANABITARTE, A. (1993): *La desamortización de los Montes de Toledo (1827-1856)*. Dictamen histórico y dogmático-jurídico, Marcials Pons, Madrid. BRUFAO CURIEL, P. (2010): *Efectos demaniales, registrales y ambientales de la recuperación del dominio público hidráulico: El caso de las Lagunas de Ruidera*, *Revista de Administración Pública*, nº 183. Esta última reseña recoge la voluntad de la Administración hidráulica por recuperar la titularidad pública de un tramo del río Guadiana, que constituye uno de los humedales más importantes de la cuenca y de España.

la laguna de La Janda. Como es habitual, con el fin de llegar a una conclusión acerca de la titularidad de la laguna, se hace preciso acudir al menos a las principales etapas de la vida jurídica de este humedal desde que se intentaran poner en práctica los proyectos de desecación. Se distinguen así tres grandes fases históricas³, que procedemos a explicar de modo sucinto:

- a) La conocida como "concesión Moret" (1825- 1838).
- b) La titularidad de la concesión de "Colonias Agrícolas, S. A." (1929- 1954) y el deslinde practicado.
- c) La transferencia de la concesión y la intervención de "Lagunas del Barbate, S. A." (1954-1965).

Como puede entenderse sin dificultad, excede del objetivo de este trabajo ofrecer el iter normativo y administrativo detallado y completo de la situación jurídica de estos humedales, por lo que hemos de centrarnos en los antecedentes más importantes y en las posibilidades que el Derecho vigente aporta a la hora de intentar la recuperación de estos humedales, centrándonos en la titularidad de los mismos⁴.

1. La concesión Moret (1825-1838).

Los intentos modernos de desecación de la Laguna de la Janda cuentan como antecedente la Real Orden de 17 de mayo de 1822 por la que se otorgó una concesión a D. José Moret sobre el llano inundado por la cuenca del Barbate, cuestión refrendada por la Real Orden de 24 de febrero de 1830, gracias a la cual se le otorga la propiedad de los terrenos para sí y sus sucesores, según consta en varias actas notariales de los siglos XIX y XX. Sin embargo, las obras ejecutadas al amparo de esta concesión no obtuvieron los frutos esperados, debido sobre todo a las deficiencias en el cálculo de los caudales aportados por la cuenca, muy superiores al volumen capaz de drenar la canalización hecha en el vaso de la laguna, que apenas llegaba a un quinto de la aportación ordinaria y un décimo de las extraordinarias. Estas obras fueron abandonadas y sus canales quedaron cubiertos por la sedimentación⁵.

³ DUEÑAS, M. A. et al (2000):76.

⁴ Sobre el régimen jurídico general de los humedales, vid. DELGADO PIQUERAS, F. (1992): Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de humedales, Tecnos, Madrid. CALVO CHARRO, M. (1994): El régimen jurídico de los humedales, BOE, Madrid. Sobre el Derecho de Aguas desde la perspectiva ambiental, vid. SORIANO GARCÍA, J. E. y BRUFAO CURIEL, P. (2011): Claves de Derecho Ambiental II. Medio natural, biodiversidad y riesgos tecnológicos, Iustel, Madrid.

⁵ DUEÑAS, M. A. et al (2000): 76 *in fine*. Tracto sucesivo que se retrotrae incluso al rey Juan II de Castilla (1405-1454) y al Ducado de Medinaceli.

2. La titularidad de la concesión de "Colonias Agrícolas, S. A." (1929-1954) y el deslinde practicado.

Casi un siglo después, la Real Orden de 29 de abril de 1929⁶ autorizó a la empresa "Colonias Agrícolas, S. A." a redactar los proyectos de desecación y saneamiento con destino al cultivo agrícola de los humedales de La Jamba (sic), Barbate, Fuente de Piedra, Pego, Vergel y Antela, de acuerdo con el art. 57 de la Ley General de Obras Públicas de 1877, que regulaba las concesiones de obra pública.

El proyecto presentado incluyó en la comarca de La Janda la desecación de la laguna homónima y las de Jandilla, Espartinas y Rehuelga, así como de las marismas del Barbate, que sumaban una superficie de 4.142 hectáreas⁷, habiéndose previsto tanto la construcción de embalses de retención como las obras de desagüe necesarias.

Tras la paralización ocasionada por la guerra civil, las obras reciben el impulso del Decreto de 29 de noviembre de 1946⁸, el cual otorga la "concesión con subvención"⁹ a "Colonias Agrícolas, S. A." por las obras de desecación, saneamiento y colmatación, de acuerdo con la Ley de 24 de julio de 1918, más conocida como Ley Cambó¹⁰, y sendos proyectos de 15 de mayo de 1936 y de 1 de agosto de 1941, para cuya ejecución se previó un plazo de cinco años a partir de los seis de la publicación de la concesión en el BOE¹¹.

Recordemos que la Ley Cambó preveía el otorgamiento de subvenciones y exenciones tributarias para estas obras y la propiedad de los terrenos desecados al concesionario entregados de modo gratuito por el Estado (art. 1), quien los recibiría tras 99 años de realizada la obra, concesión inscribible en el Registro de la Propiedad. La concesión se extinguiría (art. 3), entre otras causas, por el incumplimiento de los plazos para ejecutar las obras y por no conservar los terrenos "en las debidas condiciones de desecación o saneamiento durante el tiempo de la concesión", verdaderas condiciones resolutorias de la concesión. La reversión al Estado de la "totalidad de los terrenos saneados" y cedidos gratuitamente podría cancelarse cuando se le reintegrare al Estado el importe de la subvención con un interés anual de 3 por ciento desde la fecha en que se percibió.

⁶ Gaceta de Madrid de 8 de mayo de 1929.

⁷ DUEÑAS, M. A. et al (2000):79.

⁸ BOE de 14 de diciembre de 1946. Ante la falta de capacidad de la iniciativa privada en la transformación agraria, fue el Estado el verdadero protagonista en la materia. Sobre esta etapa, vid. GÓMEZ AYAU, E. (1953): *El papel del Estado en las grandes obras de transformación agraria*, Revista de Estudios Agrosociales, nº 4.

⁹ Subvención por 18.268.302,20 pesetas, la mitad de un proyecto de 36.536.604,41 pesetas.

¹⁰ Ley relativa a desecación de lagunas, marismas y terrenos pantanosos. Gaceta de Madrid de 27 de julio de 1918.

¹¹ Es decir, el 14 de junio de 1952.

Hemos de subrayar una cuestión de importancia para el mejor entendimiento de la *ratio iuris* de los derechos otorgados por la concesión. Tal y como acabamos de citar a propósito de la Ley Cambó, se habla de "propiedad" y "concesión" de los terrenos desecados, cuando en el caso de que se otorgasen de modo gratuito, en realidad se trataría de una concesión a 99 años, tras los cuales el Estado recuperaría la plena titularidad de los mismos. De suyo, este Decreto de 29 de noviembre de 1946 implica la titularidad pública de las lagunas y marismas afectadas, cuestión que se repite en un documento¹² de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 8 de enero de 1954. En concreto, el art. 11 del Decreto de 29 de noviembre de 1946 decía, siguiendo la Ley Cambó: "*Terminadas las obras, el concesionario queda dueño de los terrenos saneados, entendiéndose que los que por ser del Estado hubiesen sido cedidos gratuitamente, revertirán a él al cabo de 99 años, pudiendo el concesionario inscribirlos en el Registro de la Propiedad a su nombre, aunque sujetos a esta concesión, tan pronto se acredite han sido saneados*".

Los elementos de esta cláusula esencial de la concesión son por tanto: a) Que las obras hubieran concluido; b) Que los terrenos hubieran sido desecados, cuestión que ha de acreditarse. Es decir, que hayan perdido su condición de inundable; c) Que las obras hubieran terminado en plazo, cuestión que había de ratificarse por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir mediante el oportuno certificado¹³.

Una vez reconocida la propiedad pública originaria de los humedales, los trabajos de desecación tuvieron que precisar aquellos terrenos objeto de las obras, cuestión polémica si cabe debido a la oposición de los propietarios de las fincas colindantes con los humedales¹⁴ ante el deslinde a practicar en las máximas crecidas ordinarias, cuya superficie podía variar según el régimen de caudales y de lluvias de cada año hidrológico. Esta relación se publicó en el BOP de Cádiz de 30 de julio de 1947 y se llegaron a colocar en marzo de 1948 las estacas correspondientes que precisaban "el nivel alcanzado por las aguas en las máximas crecidas ordinarias"¹⁵. Como veremos más adelante a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo dictada en 1967, esta afirmación de la propiedad pública de los humedales de La Janda contará con los oportunos efectos de cosa juzgada a la hora de plantearse la debida investigación administrativa o acción la reivindicatoria para su restauración.

¹² DUEÑAS, M. A. et al (2000): 81.

¹³ Art. 8 del Decreto de 29 de noviembre de 1946

¹⁴ Aglutinados en la "Unión de Propietarios", creada el 9 de enero de 1949 con el fin aparente de hacer frente común ante "Colonias Agrícolas, S. A." y no pactar de forma aislada.

¹⁵ Detallada en DUEÑAS, M. A. et al (2000): 81 y 82. Estos autores publican la relación de estacas, cota y referencias de las mismas con el deslinde, así como la superficie ocupada por las máximas crecidas ordinarias, según "Colonias Agrícolas, S. A."

Debido entonces a la oposición al deslinde¹⁶, se realizó un replanteo de los terrenos a desecar, aprobado por la Orden Ministerial de 27 de noviembre de 1952, la cual gozó de varias ampliaciones de plazo debido a dicha oposición, llegándose incluso al arranque de las estaquillas con el fin de que se incumplieran los plazos otorgados para la ejecución del proyecto. Ante esta situación, los concesionarios de "Colonias Agrícolas, S. A." incrementaron el valor de la garantía, considerando los terrenos como privados, ante la posibilidad de alejar la reversión al Estado transcurridos los 99 años del plazo concesional, algo que no se consiguió, pues la Orden Ministerial de 21 de enero de 1954 declaró incurso en caducidad la concesión otorgada en 1946 al no ejecutarse en plazo el levantamiento del plano parcelario.

Sin embargo, esta última declaración de caducidad de la concesión fue suspendida por la Orden Ministerial de 18 de octubre de 1954, siendo archivada dicha caducidad por la Orden Ministerial de 8 de noviembre de 1956, no sin antes haberse establecido un plazo de cuatro meses para la transferencia de la concesión a "Lagunas del Barbate, S. A."¹⁷, gracias a la cual esta empresa se subrogaba en los mismos términos y condiciones del anterior titular. Hacemos constar al respecto que, en cualquier caso, tanto la declaración de que la concesión estaba incurso en caducidad como su posterior suspensión y archivo no deja de indicarnos que se trataba de propiedad pública, sin la cual holgaba toda manifestación de la Administración en este sentido.

3. La transferencia de la concesión y la intervención de "Lagunas del Barbate, S. A." (1954-1965).

Según Dueñas y Recio¹⁸, tras la transferencia a "Lagunas del Barbate, S. A." se encontraba solamente uno de los propietarios colindantes con los humedales, el cual ofreció posteriormente a otros propietarios su participación en el capital de esta sociedad anónima, consiguiéndose la modificación del proyecto por medio de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1957, que incluyó la puesta en riego de todos los terrenos a desecar gracias a los nuevos embalses del Barbate y del Celemin, con una capacidad respectiva de 100 y 20 hm³, capaces de poner en regadío también respectivamente 6.000 y 1.200 ha.

¹⁶ Detallada en DUEÑAS, M. A. et al (2000): 83 a 87.

¹⁷ Hemos de aclarar que, tal y como afirman Dueñas y Recio, estas Órdenes Ministeriales nunca fueron publicadas, cuestión que corroboramos tras una exhaustiva búsqueda en los boletines oficiales de aquellos años. También hay otros ejemplos de transferencia de la titularidad de la concesión para desecar lagunas, como el Decreto de 10 de agosto de 1954 por el que se autoriza al Ayuntamiento de Cabanes (Castellón) para desecar los terrenos pantanosos de su término municipal denominados Lagunas de Albalat y Mirabet (BOE de 15 de septiembre de 1954).

¹⁸ DUEÑAS, M. A. et al (2000): 98 y ss.

Las cuestiones del deslinde de los terrenos objeto de la desecación se retomaron con la Orden Ministerial de 18 de abril de 1957, de acuerdo con la máxima inundación acaecida en 1955, que alcanzó 9.039,2067 ha, cuyo estudio ha dejado muestras muy detalladas de la situación de las lagunas de la comarca de La Janda. Es ya en 1963 cuando se publica la Resolución de la Dirección General de Obras Hidráulicas de 21 de diciembre por la que se declararon de urgente ocupación los terrenos a desecar "en las lagunas de la Janda, Jandilla y otras" según la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954¹⁹, en relación con el proyecto y la relación de propietarios²⁰ y plano parcelario aprobados, lo que implica la propiedad pública de los terrenos afectados. Con este fin, la Orden Ministerial de 7 de febrero de 1964 detalló las tres etapas de las obras, con vistas a su terminación en 1967²¹.

4. La reversión al Estado de los terrenos concedidos y la titularidad pública de los terrenos que constituyen los humedales: El Decreto 2592/1964, de 27 de julio.

La situación que se preveía pacífica hasta este momento dio un vuelco de gran importancia sin embargo, ya que poco después de la publicación de esta actuación expropiatoria, se publicó el Decreto 2592/1964, de 27 de julio, por el que se regula la ejecución por aplicación del art. 23 de la Ley de 7 de julio de 1911, de las obras de desecación y contención de avenidas de las cuencas del río Barbate y de sus afluentes²².

Este Decreto indicaba en su exposición de motivos que su fin era evitar los efectos de las crecidas del río Barbate, tal y como preveía el art. 23 de la Ley de 1911, pero que ampliaba su ámbito de actuación a las obras de regulación para "conseguir la completa utilización de aquellas aguas" contando incluso con aportes de un futuro trasvase de los ríos Guadiaro y Guadarranque, algo que quedaba fuera de la Ley de 1911, pero se adujo que su fin era lograr el auxilio económico del Estado para llevar a cabo las obras de desecación de las lagunas de la comarca de La Janda y así poner en riego más de 20.000 ha gracias a la disposición de 200 hm³ de agua al año. En palabras del mismo Decreto, este objetivo "*justificaba ampliamente la eliminación de los posibles*

¹⁹ BOE de 11 de febrero de 1963. El BOE de 11 de junio de 1963 publicó la resolución de la Comisaría de Aguas del Guadalquivir que declaró la urgente ocupación de una finca sita en Tarifa afectada por la obra de desecación, colmatación y saneamiento otorgadas a "Lagunas del Barbate, S. A."

²⁰ Que fueron objeto de diversas resoluciones de la Comisaría de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir sobre el levantamiento del acta previa a la ocupación. Vid. BOE de 11 de febrero de 1963, de 11 y 25 de junio de 1963 y de 14 de octubre de 1963.

²¹ DUEÑAS, M. A. et al (2000):101 y 102. Se detallan las fincas en las diferentes tablas que se recogen en las páginas indicadas.

²² BOE de 3 de septiembre de 1964. La Ley de 7 de julio de 1911 sobre construcciones hidráulicas con destino a riegos se publicó en la Gaceta de Madrid de 8 de julio de 1911. El art. 23 de la Ley de 1911 tenía por objeto el control de inundaciones y el favorecer la navegación fluvial.

obstáculos a su realización y, en consecuencia, el rescate de la concesión otorgada", recayendo la ejecución de las obras en manos del Estado con aportación de los propietarios de los terrenos.

En resumen, la iniciativa privada cedía ante la intervención estatal, que corría a su auxilio y ejecutaría un plan general de obras, a cuya financiación contribuirían los socios de "Lagunas del Barbate, S. A." relacionados con la concesión que les fue otorgada²³, así como los propietarios de los terrenos que resultasen beneficiados por las obras de regulación y saneamiento, mientras que los propietarios que no se hubieran acogido al programa de aportaciones quedaban sometidos a la expropiación de sus tierras. Según Dueñas y Recio²⁴, *"se contabilizaron 6.300 ha de dominio público que fueron sometidas a desecación"* a un precio de 5.000 pesetas la hectárea, de acuerdo con los baremos del Decreto 1924/1960, de 21 de septiembre, por el que se aprobó el Plan General de Colonización de la zona regable del Bajo Guadalquivir²⁵.

Es el momento ahora de prestar atención a una cuestión jurídica esencial a la hora de aclarar la titularidad jurídica de los humedales, sobre la cual se pronuncia el art. 5 del Decreto 2592/1964, por cuyo interés la reproducimos literalmente²⁶.

Por un lado, se distingue entre los terrenos privados y los públicos de los humedales. Como se recordará, se habían deslindado los terrenos públicos de los humedales respecto de los circundantes privados, cuestión primordial de las disputas existentes entre los propietarios y "Colonias Agrícolas, S. A." y que se transmitió a "Lagunas del Barbate, S.A.", de acuerdo con el deslinde practicado por la Orden Ministerial de 18 de abril de 1957 según la máxima inundación ocurrida en 1955, que alcanzó 9.039,2067 hectáreas, como hemos expuesto en la sección anterior. Por tanto, no ha de llevarnos a confusión alguna esta cuestión, estimándose por el contrario y de forma errónea que los terrenos inundados de los humedales llegaran a ser

²³ Debiéndose calcular la aportación ya realizada a los efectos de ejecutar el subsiguiente Plan General de Obras (art. 3 del Decreto). Esta valoración se realizó por una comisión creada por la Orden Ministerial de 28 de septiembre de 1964 (BOE de 6 de octubre de 1964), de la que formaba parte el Presidente de "Lagunas del Barbate, S. A." y un técnico nombrado por la misma.

²⁴ DUEÑAS, M. A. et al (2000): 107.

²⁵ BOE de 12 de octubre de 1960. Este Decreto desarrolla el Decreto de 25 de febrero de 1955 del Plan del Bajo Guadalquivir.

²⁶ *"Artículo Quinto.-Las obras correspondientes al Proyecto General ordenado en el artículo segundo serán realizadas por el Ministerio de Obras Públicas al amparo del artículo veintitrés de la Ley de siete de julio de mil novecientos once. Los titulares de los terrenos de propiedad privada incluidos en la concesión de desecación y saneamiento otorgada a «Lagunas de Barbate. S. A.» y de los demás terrenos que resulten beneficiados por las obras de regularización y saneamiento continuarán ejerciendo el pleno dominio de los mismos, si bien deberán contribuir al coste total de las obras en las condiciones establecidas en el capítulo segundo de la misma Ley de siete de julio de mil novecientos once. Los propietarios de los terrenos que no se acogieran al programa de aportaciones indicado quedarán sometidos a la expropiación de sus tierras según la legislación específica sobre la materia".*

de dominio privado. En efecto, a lo largo de la historia jurídica de los humedales de la comarca de La Janda se ha hablado de "concesión", la cual presupone de forma ineludible la titularidad pública de los terrenos debido al carácter público de las aguas y cauces²⁷, que debido a la figura de la accesión configuran esta propiedad pública deslindada en su momento²⁸.

La redacción de este art. 5 del Decreto que declaró la reversión²⁹ al Estado de los terrenos guarda plena concordancia con lo dispuesto en lo relativo a los posibles terrenos privados de los humedales en los arts. 60 a 68 de la Ley de Aguas de 1879, cuya *ratio iuris* descansaba en la posibilidad de que cuando hubiera una pluralidad de propietarios de terrenos en lagos y lagunas y no hubiera acuerdo en cuanto a su desecación, el Ministerio de Fomento podría obligar a los propietarios de la menor parte de los terrenos encharcadizos a costear las obras, llegando incluso a una suerte de expropiación de los terrenos de quien se opusiere al pago, procediéndose a la ocupación de sus terrenos.

Asimismo, no ha lugar a que se acoja la aplicación de lo previsto en los art. 65 y 66 de la Ley de Aguas de 1879, ya que están referidos al caso de que fueran lagunas de propiedad estatal³⁰ desecados por iniciativa privada y a su costa que pasaran a ser dominio del particular promotor de la desecación, ya que ni había iniciativa privada en este sentido ni fueron declarados oficialmente insalubres, puesto que la causa de la desecación fue el hacer frente a avenidas, según la Ley de 1911, mientras que las ten-

²⁷ El art. 44 de La Ley de Aguas de 1866 decía: "*Del dominio de las aguas muertas o estancadas. Art. 44. Son del dominio público los lagos y lagunas formados por la naturaleza que ocupan terrenos públicos y se alimentan con aguas públicas. Son propiedad de los particulares, del Estado o de las provincias, los lagos, lagunas y charcas formados en terrenos de su respectivo dominio, así como los situados en terrenos de aprovechamiento comunal pertenecen a los pueblos respectivos*". Por otra parte, la Ley de Aguas de 1879, vigente en aquellos días, establecía en su art. 17 lo siguiente de forma muy parecida a la anterior: "*Del dominio de las aguas muertas o estancadas. Art. 17. Son del dominio público los lagos y lagunas formados por la naturaleza que ocupan terrenos públicos. Son propiedad de los particulares, de los Municipios, de las provincias y del Estado, los lagos, lagunas y charcas formados en terrenos de su respectivo dominio. Los situados en terrenos de aprovechamiento comunal pertenecen a los pueblos respectivos*".

²⁸ El art. 339 del Código Civil (CC) califica de públicos los ríos. En relación con la accesión, el art. 353 del CC dice: "*La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente*", por lo que esos terrenos públicos de las lagunas convierten en públicas las aguas que hacen que se encharquen a pesar de los esfuerzos por lograr la desecación de los humedales. El art. 367 del CC afirma: "*Los dueños de las heredades confinantes con estanques o lagunas no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, ni pierden el que éstas inundan en las crecidas extraordinarias*". Por tanto, con la base del deslinde de 1947 el límite legal entre la propiedad pública de las lagunas de La Janda y los terrenos privados colindantes se debe a la ocupación normal de las aguas, que todavía siguen ocurriendo.

²⁹ Sobre las formas de las extinciones de dominio público, vid: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2012): *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Reuter Aranzadi, Madrid, 2ª ed.

³⁰ La distinción entre lagunas y marismas privadas y públicas se recoge en la Ley de Aguas de 1879, cuestión que se recoge en MORELL OCAÑA, L. (1972): *La concesión de marismas y el art. 126 de la Ley del Patrimonio del Estado*, Revista de Administración Pública, nº 68, pág. 144.

tativas modernas de desecación de La Janda y otros humedales se ejecutaron según un proyecto público, financiado con dinero público en aguas y terrenos públicos³¹.

Es de importancia también advertir que el art. 5 del Decreto de reversión ataca directamente a la tesis de que los terrenos desecados sufrieran una mutación demanial y pasaren a ser privados en virtud de la figura del contrato de concesión de obra pública que deriva de la Ley de Obras Públicas de 1877, y que gracias a la Ley Cambó de 1918 el concesionario "asume como obligación frente a la Administración ejecutar las obras de desecación y saneamiento en el plazo señalado en el clausulado concesional, cuyo incumplimiento sanciona la Ley con la pena de caducidad de la concesión (art. 3). La Administración se obliga frente al concesionario a otorgarle los auxilios económicos pertinentes y los correspondientes beneficios tributarios (art. 1)"³². En realidad, este art. 5 afirma, y así fue, que "las obras correspondientes al Proyecto General ordenado en el artículo segundo serán realizadas por el Ministerio de Obras Públicas", lo que erosiona por su base el requisito de que sea el particular, con una posible ayuda pública, el que ejecute las obras, elemento subjetivo esencial del contrato de concesión de obra pública³³.

De cualquier manera, hay que tener muy presente que el instituto de la reversión se predica en su razón de ser como "garantía de la inalienabilidad" de los bienes demaniales, con el fin de que la Administración no los pierda y tenga siempre la posibilidad de su recuperación efectiva. En palabras de García de Enterría: "*La cláusula de reversión ha jugado como determinante de la transformación de las antiguas cesiones señoriales, otorgadas por los reyes a sus nobles como beneficios y galardón personales, a la moderna concesión administrativa, en la cual la cesión de funciones públicas no implica ya una franquicia definitiva respecto del poder concedente, sino una mera cesión de la gestión sin pérdida por la Administración de la titularidad última. La reserva de una consolidación final de esta titularidad contribuye a la conformación de la institución concesional como un precarium, en el sentido de que el concesionario no puede oponer un derecho absoluto a la Administración concedente*"³⁴.

Si a pesar de que pudiera alguien albergar dudas acerca de la reversión y extinción concesional sobre los humedales de La Janda y la caducidad de la concesión existente, no podemos dejar de señalar que bajo la Ley Cambó de 1918, entre la causas del art. 3 en las que podría incurrir el concesionario en caducidad, se encontraba "la no conservación de los terrenos en las debidas condiciones de desecación o saneamiento durante el

³¹ Vid. MOREU BALLONGA, J. L. (2013): La ocupación explicada con ejemplos, Editorial Reus, Madrid, pág. 114 y ss.

³² MORELL OCAÑA, L. (1972): 175.

³³ Como se desprende de los arts. 6 y 7 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como del art. 94 y ss. de la Ley de Obras Públicas de 1877.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2004): Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo, Thomson-Civitas, Madrid, 4ª ed., pág. 75 y ss.

tiempo de la concesión", norma³⁵ a la que debe anudarse el hecho constatable, indubitado y cierto de que han sido muchas las ocasiones en las que los terrenos desecados, no obstante el drenaje y de la construcción de embalses, se han inundado cada cierto tiempo, es decir, siguen conservando su carácter de humedales a pesar de todo³⁶. Asimismo, se ha hecho constar que "Colonias Agrícolas, S. A." "no ejecutó las obras finales de desecación, de todos los embalses proyectados, tan solo los del Celemín y Almodóvar fueron construidos con posterioridad, y el del Barbate sufrió considerables modificaciones"³⁷, cuestión que se ha de ligar a la causa de caducidad concesional del art. 3.3 de la Ley Cambó de 1918: "Por no haber terminado los diversos grupos de obras dentro del plazo asignado a cada uno de ellos". Con estos mismos criterios se pronuncia la STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 5 de julio de 2016, a la hora de juzgar una concesión a perpetuidad de desecación de terrenos pantanosos³⁸ bajo la Ley Cambó de 1918, en la que se rechaza la traslación de la propiedad pública a la privada mediante dicha concesión (FJ 3º y 5º). Y nosotros añadimos que si no ha tenido lugar una traslación de la propiedad pública a la privada incluso con concesiones a perpetuidad, con mayor razón permanecerán en manos públicas con carácter demanial aquellos terrenos cuya concesión ha sido objeto de reversión.

A su vez, el art. 6 del Decreto 2592/1964 declaraba que los terrenos objeto de la desecación una vez terminadas las obras continuarían en propiedad de las personas que con títulos fehacientes demostraran ser propietarios de los mismos, reconociéndose también en su caso, el dominio a los que acreditasen haberlos adquirido por prescripción adquisitiva. Los terrenos expropiados como consecuencia de no haberse acogido sus antiguos propietarios al programa de aportación de este Decreto y los de dominio público se incorporarían al Patrimonio del Estado de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley del Patrimonio del Estado. También se estimaba que el Ministerio de Hacienda consideraría preferente la cesión de los mismos al Instituto Nacional de Colonización para el cumplimiento de sus fines mediante la oportuna autorización³⁹.

La interpretación sistemática de este precepto con la Ley de Aguas de 1879 entonces vigente, la Ley Cambó de 1918 y la Ley de 1911 de prevención de avenidas, nos lleva a considerar que la propiedad pública no desaparece por mor de las obras ejecutadas, que no han logrado su desecación, dado que *ab origine* los terrenos lagu-

³⁵ A la que ha de sumarse el art. 127 c) de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 (BOE de 23 de abril de 1964).

³⁶ Vid fotos de la inundación de 1997 en DUEÑAS, M. A. et al (2000): 142 y ss. En el otoño de 2016 también volvió a inundarse el vaso de la laguna.

³⁷ DUEÑAS, M. A. et al (2000): 170.

³⁸ En este caso bajo la Ley de Costas, si bien la *ratio iuris* es semejante.

³⁹ Cesión que no se produjo.

nares eran públicos y fueron objeto de deslinde, por lo que conservan tal carácter hoy día. Observemos que el art. 6 del Decreto de 1964 distingue los terrenos públicos de aquellos otros que "continuarán" en propiedad privada si existen títulos fehacientes, ya que siempre hemos estado presentes en el caso de las zonas encharcadizas o inundables ante unos terrenos de titularidad pública, inundados de forma natural por aguas públicas de cauces públicos de la cuenca del Barbate. Es decir, que la permanencia de la propiedad privada se refiere a los terrenos circundantes de los públicos que pudieran anegarse de modo extraordinario más allá del deslinde.

Es más, en el caso del carácter de las marismas por la Ley Cambó de 1918 se distingue entre marismas de propiedad pública y aquellas otras marismas de propiedad privada, por lo que habrá que argüir caso por caso⁴⁰, según la accesión que tengan ante la zona marítimo-terrestre, como sería el supuesto del estuario del Barbate, o de los cauces fluviales si hablamos del caso de la laguna de La Janda, objeto esta de una STS de 23 de noviembre de 1967 que reconoce su carácter de propiedad pública y, por tanto, que la concesión sea de dominio público superpuesta a la de obras, como afirma también el Consejo de Estado⁴¹, dado que la totalidad de los terrenos a sanear fueron entregados por el Estado a los promotores de la desecación. Evidentemente, hay que atribuir efecto de cosa juzgada material a esta STS de 23 de noviembre de 1967 ante la perspectiva de la recuperación de la propiedad y posesión de este humedal⁴². Las palabras que emplea esa sentencia son: "... No debe olvidarse que la marisma de la laguna de la Janda está enclavada en el propio cauce del río Barbate..."⁴³. Esta STS subraya

⁴⁰ MORELL OCAÑA, L. (1972): 170, donde dice: "Cuando el Tribunal Supremo se ha enfrentado con el tema ha utilizado, en efecto, este argumento, declarando que ciertas marismas eran demaniales precisamente por estar situadas en el cauce de un río y, por tanto, por ser el río y su cauce de dominio público, la marisma también tiene dicho carácter demanial (así en la sentencia de 23 de noviembre de 1967, relativa a la laguna de La Janda, en Cádiz)". De modo general, este autor defiende la tesis de que no todas las marismas son públicas y, salvo que se exprese de otra manera como en el caso de La Janda, si son públicas son de propiedad privada del Estado, no demaniales, de ahí que la concesión otorgada sea una concesión de obra pública y no una concesión demanial, algo que sin embargo no implica el que se puedan incumplir sus clausulados.

⁴¹ El prof. Morell cita el dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1964 (expediente nº 30042) en el que se dice: "Hay supuestos técnicos de concesiones de obras superpuestas a una concesión de dominio público (cuando la totalidad de los terrenos saneados hubieran sido cedidos por el Estado) y supuestos genuinos de concesiones (concretamente de obras de saneamiento y desecación) cuando el Estado no cede en absoluto los terrenos a sanear, ya sea porque el instituto expropiatorio provea al solicitante de los terrenos objeto de desecación y saneamiento, ya porque sean de su propiedad los citados terrenos". MORELL OCAÑA, L. (1972): 174.

⁴² La Orden de 16 de enero de 1968 del Ministerio de Obras Públicas dispone el cumplimiento de dicha sentencia (BOE de 24 de enero de 1968).

⁴³ MORELL OCAÑA, L. (1972): 151. En DUEÑAS, M. A. et al. (2000): 389, se afirma: "La arteria principal de La Janda la constituía el río Barbate junto a los ríos Almodóvar y Celemín a los que habría que añadir otra serie de cursos de orden inferior que terminaban directamente en la depresión de La Janda". Sobre la realidad científica de un accidente geográfico, vid. ESTEVE PARDO, J. y TEJADA PALACIOS, J. (2013): Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. Ya que hablamos de Ciencias

la propiedad pública y los efectos declarativos de esta propiedad en los humedales de La Janda, por cuyo interés reproducimos sus considerandos⁴⁴.

La propiedad pública de las aguas continentales ha seguido con las reformas legislativas practicadas en la Ley de Aguas de 1879⁴⁵. Es conocido que el art. 2 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, generalizó la demanialización de las aguas continentales con el debido acogimiento a cláusulas de derecho transitorio⁴⁶, criterio

de la Naturaleza, en esta obra (pág. 104 y 105), se destaca que no hablamos de la conocida figura de los conceptos jurídicos indeterminados, sino de que "los conceptos propios y característicos de las ciencias de la naturaleza y que hoy ocupan una posición central en amplios sectores de la legislación y práctica administrativa no pueden ser considerados conceptos jurídicos. Son inequívocamente conceptos extrajurídicos, conceptos de las ciencias naturales, que necesariamente han de ser interpretados y concretados extramuros del sistema jurídico por los científicos y técnicos que operan con tales conceptos. No puede disponer el juez, por ejemplo, ni de facultades ni de conocimientos para revisar la concreción que se haga por los científicos de la ecología e hidrología de cuál es el caudal ecológico de un curso de agua determinado...".

⁴⁴ "CDO. Que el deslinde de los terrenos de dominio público comprendidos en la concesión, así como el plano que lo define, y la relación de propietarios afectados por la misma, se aprobaron por la Orden ministerial, aquí recurrida, de 18 de abril de 1961. Esta orden está dentro de la competencia declarativa de la Administración, porque a ella le corresponde delimitar su dominio, que se ha hecho de acuerdo con los arts. 34, núm. 2, y 17 de la Ley de Aguas según los cuales son de propiedad pública los alveos o cauces naturales de los ríos en la extensión que cubren las aguas en las mayores crecidas ordinarias, y los lagos y lugares formados por la naturaleza que ocupan terrenos públicos, y no debe olvidarse que la de la Janda está enclavada en el propio cauce del río Barbate. La delimitación, realizada, como se ve, con absoluta competencia y legalidad, se logra a través del preceptivo expediente, con publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz, relacionándose los propietarios de los que concurrieron los que lo tuvieron a bien, no siendo, por tanto, viable atender, ahora, motivo anulatorio alguno de falta de citación, ante esta publicidad, que es la que ordena la Real Orden de 9 de junio de 1889 (Dic. 741). La elaboración técnica para llegarse a la fijación de las máximas crecidas es completa, y figura la correspondiente acta de apeo por la que quedaron colocados los hitos indicadores. Existió nueva audiencia para los propietarios después del deslinde, y esta se aprobó, con fijación de la extensión superficial de dominio público y de la afectada por la concesión.

CDO. Que se respetan los estados registrados de los interesados, y, precisamente, se atiende la Administración a los términos de los asientos, porque no puede desconocerse la circunstancia de que estos expresan los linderos de las distintas fincas, con el río Barbate, con la laguna de la Janda, etc., es decir, que la propia resultancia registral está proclamando los confines de estas propiedades privadas con la zona pública, la cual se destina a la vista de tales asientos y de aquellas normas de la Ley de Aguas ya citadas, y, siempre, con la reserva de "sin perjuicio de tercero". No puede, pues, atacarse el ejercicio de una facultad fijadora y privativa de la Administración con el pretexto de que determinados terrenos pertenecen al dominio privado, pues, ello, pueden declararlo los Tribunales ordinarios a instancia, precisamente, de quienes se crean perjudicados. (...)

CDO. (...) Además, es preciso, tener en cuenta toda la normativa que integra el D. de 27 de julio de 1964, promulgado en 3 de septiembre siguiente y que no consta que haya sido objeto de impugnación, por la cual se confirma la validez de cuanto viene atacándose en estos recursos y emerge de ella un respeto manifiesto con lo que puedan ser derechos de propiedad de los actores, matizando los dos aspectos en que estos hayan de situarse, de aportación económica o de expropiación".

⁴⁵ El art. 4 de la Ley de Aguas de 1879 dotaba del carácter de dominio público a los ríos, mientras que, recordemos el art. 17 dispuso tal carácter a las lagunas según el principio de accesión al tipo de suelo: "Del dominio de las aguas muertas o estancadas. Art. 17. Son del dominio público los lagos y lagunas formados por la naturaleza que ocupan terrenos públicos. Son propiedad de los particulares, de los municipios, de las provincias y del Estado, los lagos, lagunas y charcas formados en terrenos de su respectivo dominio. Los situados en terrenos de aprovechamiento comunal pertenecen a los pueblos respectivos".

⁴⁶ Que no son de aplicación al caso de los humedales de La Janda porque estas disposiciones transitorias 2ª y 3ª de la Ley de Aguas de 1985 se referían a aguas privadas subterráneas y de manantiales. La disposición adicional primera de la Ley de Aguas de 1985 establecía: "Los lagos, lagunas y charcas, sobre los

de extensión del dominio público que se recoge en el vigente Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA)⁴⁷.

Con estos presupuestos normativos, constituye una cuestión de hecho el constatar si las aguas de los humedales de la cuenca del Barbate, del Aciscar, del Celemin o del Almodóvar se incluyen en algunos de los elementos físicos que pueden constituir el dominio público natural hidráulico⁴⁸ del art. 2 del TRLA y la afectación correspondiente que excluirá la propiedad privada de los mismos, según los principios del art. 132 de la CE: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Esta opción del legislador al optar por la demanialización general de las aguas continentales ha sido refrendada por la STC 227/1988, de 29 de noviembre⁴⁹, recaída sobre la Ley de Aguas de 1985, en la que el Tribunal Constitucional juzgó que esta no afectaba retroactivamente a los posibles derechos patrimoniales existentes antes de su entrada en vigor⁵⁰.

En todo caso, el carácter demanial de los humedales de la comarca de La Janda es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, razón por la cual ha de rechazarse la posible alegación en contrario, máxime si contamos con antecedentes

que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, conservarán el carácter dominical que ostenten en el momento de entrar en vigor la presente Ley", redacción que hace suya la disposición adicional primera del vigente TRLA. Y ya hemos visto la titularidad pública de los terrenos pantanosos y encharcadizos y las aguas de la cuenca del Barbate, conocido el principio jurídico de que la inscripción de derechos y bienes en el Registro de la Propiedad no prevalece sobre el carácter público de los mismos, como analizaremos más adelante. Vid. *in totum*, MOREU BALLONGA, J. L. (1996): Aguas públicas y aguas privadas, Bosch, Barcelona.

⁴⁷ Cuyo art. 2 dice: "Artículo 2. Definición de dominio público hidráulico. Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar".

⁴⁸ Cuyos criterios físicos se recogen en la Instrucción de Planificación Hidrológica publicada por el Orden ARM/2656/2088, de 10 de septiembre (BOE de 22 de septiembre de 2008).

⁴⁹ FJ 5º.

⁵⁰ Dice así su FJ 9º: "En efecto, no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 42/1986, de 10 de abril y 99/1987, de 11 de junio), una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas» y «lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad». La Ley 29/1985 procede a dar una nueva regulación de los derechos individuales sobre las aguas continentales, pero no altera los efectos jurídicos de los derechos que la legislación anterior reconocía mientras estuvo en vigor. Cosa distinta es que el nuevo régimen legal no reconozca ya, en adelante, algunos de aquellos derechos o que los regule de manera más restrictiva".

claros como la declaración como dominio público hidráulico de las conocidas Lagunas de Ruidera llevada a cabo por la STS, Sala 1ª, de 22 de junio de 2009, por la cual se les estima como *quaestio facti* su vinculación íntima con el río Guadiana y, por tanto, cauce público, a pesar de los efectos de las leyes desamortizadoras y las inmatriculaciones en el Registro de la Propiedad⁵¹. En el caso de la comarca de La Janda, existen estudios científicos que demuestran la íntima relación entre el sistema fluvial y el lacustre, a los que nos remitimos⁵².

⁵¹ Sobre los pormenores de esta sentencia, vid. BRUFAO CURIEL, P. (2010). Esta jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo refuerza la doctrina del dominio público natural o necesario. Sobre dicha figura, vid. BARCELONA LLOP J. (1998): *Consideraciones sobre el dominio público natural*, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 13. La reciente STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 14 de junio de 2012, reconoce el carácter público de los terrenos marismeños del Guadalquivir a pesar de las obras de drenaje y desecación efectuadas en terrenos alejados de la desembocadura pero sometidos al influjo mareal en el término municipal de Trebujena.

⁵² CASTRO ROMÁN, J. C. y RECIO ESPEJO, J. M. (2007): *La laguna de La Janda (Cádiz): 10 años después de los inicios de los estudios básicos para su restauración ecológica*, Almoraima Revista de Estudios Campogibraltareños, nº 35, pág. 178 y ss.: "A los condicionamientos tectónicos, litológicos y paleogeográficos antes comentados hemos de sumar el comportamiento de los cursos principales de la red fluvial generadora de la antigua laguna y responsable de sus aportes hídricos. Dos serían los cursos fluviales principales responsables de su génesis: por un lado el río Barbate junto al Celemin y de otro la corriente fluvial que en sentido este-oeste recorría todo el fondo de la depresión constituyendo el río Almodóvar. La lámina de agua así generada llegaba a superar una extensión de unas 4.000 hectáreas constituyendo todo una gran superficie que persistía durante prácticamente toda la época otoño-primaveral, conformando un extensísimo espacio húmedo que denominamos como laguna de La Janda (Recio et al., 1996; Recio et al., 1997a). La extensión de esta amplia superficie fascinó y atrajo la atención del hombre primitivo, y los árabes le denominaron "La Albuhera" (albufera) (Saavedra, 1881).

Con posterioridad a las fases de máximas avenidas fluviales y niveles más elevados alcanzados por las aguas y al drenaje ejercido por la corriente fluvial principal, se producía la fragmentación de la extensa lámina de agua formada. Sería en esta situación cuando diferentes lagunas y áreas palustres de importante valor ecológico se independizaban unas de otras para evolucionar independientemente en base a los diferentes mecanismos de génesis que los formaban. Estos humedales vendrían a representar lo denominados por nosotros como humedales anexos a la Janda (Dueñas y Recio, 2000). De esta forma y asociada a un paleotrazado del río Barbate quedaba constituida la laguna de Rehuelga. Aguas abajo, esta vez en la margen derecha y a favor de los diques fluviales formados y a los aportes de aguas recibidos de las surgencias existentes en el borde de las mesas pliocenas, se constituía con carácter casi permanente la laguna de Espartinas; también en la margen derecha y desconectada de la gran lámina de agua se generaba la laguna de Jandilla. La laguna del Torero era otro pequeño humedal asociado a la margen izquierda del Barbate, con cerca de 3 m. de profundidad y una gran riqueza botánica.

Junto a estas lagunas de gran extensión habría otras de menores dimensiones tales como las lagunas de Canteruelas, el Águila y la de Los Hierros, las cuales eran mantenidas y diferenciadas gracias a los aportes procedentes de la sierra de Retín o a los procedentes de la mesa de El Cañar respectivamente. La laguna de Los Lobos era otra pequeña laguna generada como consecuencia de los derrames del Tragante-Celemin. Asociado al discurrir del río Almodóvar y a sus levées delimitadores de su cauce, quedaba formada la zona palustre de Tapatana, conocida en parte como laguna de Tarifa y en menor medida la laguna de Tapatánilla. Ya en plena depresión y allí donde esta corriente fluvial carecía de poder de evacuación del agua, ésta quedaba almacenada en diferentes zonas depresionarias constituyendo la laguna de Janda propiamente dicha. El "charco de los ansares" constituía aquí un área muy importante con una profundidad en torno a los 3 metros. A todo este gran complejo palustre habríamos de añadir un conjunto de lagunas de pequeño tamaño que se localizan en el entorno de La Janda en lo alto de las plataformas calcareníticas de la zona (lagunas de Alcalá, Cantarranas o de Las Habas) (Dueñas y Recio, 2000)".

Vemos así que tanto los cauces cuyos caudales son el origen del sistema de humedales de La Janda⁵³ como los lechos de las lagunas son de propiedad pública, no solo por sus características naturales en virtud de la doctrina del "dominio público natural", sino además y de modo no menos importante por el deslinde ejecutado en su día, acto administrativo este de deslinde que separa el demanio de las propiedades colindantes, declara "*la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento*"⁵⁴ y que es expresión de la autotutela de los poderes públicos sobre sus propios bienes, que no puede desconocer la realidad sobre la que actúan⁵⁵. Y lo que es más importante para hacer frente a las posibles inmatriculaciones de fincas y derechos privados sobre bienes públicos⁵⁶.

⁵³ DUEÑAS, M. A. (2008): La laguna de La Janda, Agencia Andaluza del Agua: Río Barbate, Agencia Andaluza del Agua, Consejería de Medio Ambiente, Sevilla, págs. 120-125.

⁵⁴ Art. 95 del TRLA. El amojonamiento es imprescindible para acreditar la titularidad pública.

⁵⁵ Deslinde de bienes públicos que desplaza cualquier consideración que otras Administraciones puedan haber manifestado en el ejercicio de sus competencias. Ya que hablamos también de las marismas del estuario del Barbate, traemos a colación la STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 31 de enero de 2012, que cita jurisprudencia anterior: "*La previa clasificación del suelo e incluso la intervención estatal en dicha actuación a través de los informes previstos en el artículo 117 (LC), no puede vincular la posterior actuación estatal en materia de deslinde, ya que la naturaleza demanial de los terrenos es absolutamente distinta y diferente del ejercicio de la potestad de planeamiento concretada en la clasificación y calificación urbanística de los mismos terrenos, no pudiendo, el ejercicio y actuación de esta potestad administrativa alterar la naturaleza demanial de unos concretos terrenos ya que tal carácter no es fruto del ejercicio de una potestad discrecional -como la de planeamiento- sino, más bien, el resultado irremisible de la declaración de tal carácter demanial por concurrir las características físicas contempladas en el artículo 3º de la LC, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 de la CE. Dicho de otra forma, que la demanialidad resulta absolutamente inmune a las previas determinaciones del planeamiento urbanístico, las cuales no pueden, en modo alguno, obligar a una desafectación de pertenencias demaniales, tal y como se desprende del citado artículo 132 de la CE, así como 7, 8, 9, 11 y 13.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC)*".

⁵⁶ Art. 95.3 del TRLA: "*La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial*". Disposición que está en plena consonancia con el art. 5 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (RH): "*Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial*". Lo dicho en relación con el ejercicio de la autotutela administrativa, la cual, frente a las inscripciones de bienes públicos a favor de particulares en el Registro de la Propiedad "*no se ve constreñida a detenerse ante un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad en el ejercicio de sus potestades de defensa de la integridad de los bienes públicos*", como se recoge en la Ley de Aguas (art. 95 del TRLA), la Ley de Costas (art. 13), la Ley de Montes (art. 25) o la Ley de Vías Pecuarias (art. 8). Vid. HORGUÉ BAENA, C. (2006): *Bienes públicos y Registro de la Propiedad*, Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública, nº 62.

Dada la recurrente inundación⁵⁷ de los humedales de la comarca de La Janda, dicho deslinde⁵⁸ debe respetar los criterios que definen los ríos y las lagunas. Por lo tanto, el deslinde ha de asegurarse que abarque la definición del lecho o fondo de los lagos o lagunas del TRLA), cuyo art. 9 expresa⁵⁹: "*Lecho o fondo de los lagos o lagunas es el terreno que ocupan sus aguas en las épocas en que alcanzan su mayor nivel ordinario*", criterio de las máximas crecidas ordinarias que también se predica de los cauces de los ríos, según art. 4 del TRLA⁶⁰.

En cualquier caso, esta interpretación auténtica de lo que debe considerarse cauce o laguna no nos debe alejar del elemento teleológico del deslinde, cuyo fin es la protección de los recursos hídricos demaniales y la calidad de las aguas continentales frente a su degradación, como reza el Título III del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH). Para lograr esta finalidad de protección, el art. 242 ter del RDPH anuda al deslinde importantes efectos posesorios y con efectos en el Registro de la Propiedad⁶¹. Este fin protector de la propiedades pública se recoge asimismo en el art. 41.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que detalla las facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos⁶².

⁵⁷ DUEÑAS, M. A. et al (2000): 362, sobre la laguna de La Janda "*continúa inundándose en los inviernos lluviosos que con frecuencia acontecen en la comarca, una extensa lámina de agua continúa formándose a pesar de la acción de drenaje efectuada por la canalización y los represamientos realizados en las cabeceras de los ríos*".

⁵⁸ Sobre la investigación, defensa, deslinde y desahucio administrativos aplicados a los ríos: BARRERA, A. et al. (2009): 101 y ss.

⁵⁹ También el art. 12 del RDPH.

⁶⁰ Art. 4 del RDPH.

⁶¹ "Artículo 242 ter. Efectos de la aprobación del deslinde. 1. El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento, de acuerdo con el artículo 95.2 del texto refundido de la Ley de Aguas. 2. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con aquél, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. En todo caso, los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, y será susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial. 3. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se considera que el titular registral ha intervenido en el expediente cuando el Organismo de cuenca le haya notificado su incoación con arreglo a los artículos 58 y 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque no haya comparecido. 4. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente, a la vista de las circunstancias físicas o jurídicas concurrentes y, en todo caso, cuando la posesión no sea ostensible por sus características naturales o cuando exista un riesgo de invasión del dominio público. 5. El Organismo de cuenca podrá ejercer de oficio la facultad de recuperación posesoria cuando exista invasión efectiva del dominio público hidráulico, aun cuando no esté deslindado, siempre que sea evidente el carácter demanial del bien objeto de invasión y sin perjuicio de incoar el oportuno procedimiento sancionador".

⁶² "Artículo 41. Facultades y prerrogativas. 1. Para la defensa de su patrimonio, las Administraciones públicas tendrán las siguientes facultades y prerrogativas: a) Investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio. b) Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad. c) Recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos. d) Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales,

Y como hablamos de fijar los a veces imprecisos límites de un bien de dominio público como es el de los cauces y lagunas, el deslinde se convierte en la figura adecuada para concretar la extensión concreta, así como cuando puedan existir indicios de usurpación (art. 51 de la LPAP), sin olvidar que "*las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros*" (art. 58 de la LPAP).

A este respecto hemos de insistir que la concesión se declaró extinta y que se procedió a la reversión de los terrenos públicos del sistema de humedales de La Janda. Como elementos para una eventual recuperación de la posesión y la titularidad de estos humedales, habrá que estar a la realidad física georreferenciada⁶³, la cartografía catastral y la anotación marginal de la situación administrativa y medioambiental de ser un humedal, representación gráfica que habrá de incluir la posible invasión en el dominio público⁶⁴, en aras de la mayor concordancia entre el Registro, el Catastro y la realidad jurídica⁶⁵ y que se han incorporado a nuestro Derecho gracias a la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario⁶⁶.

una vez extinguido el título que amparaba la tenencia". A lo que se le añade la adopción de medidas cautelares y la comunicación de hechos punibles (arts. 42 y 44 respectivamente de la LPAP).

⁶³ El art. 2 del Convenio Ramsar habla de la necesidad del trazado con precisión de los límites de los humedales. Vid. VEGA MARTÍN, L. (2006): *La teledetección aplicada al inventario de humedales*, Mapping, nº 110.

⁶⁴ Arts. 9 y 10 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH). Los mapas del deslinde de La Janda y otras lagunas se encuentran en DUEÑAS, M. A. et al (2000): 88 a 95. El Colegio Oficial de Registradores cuenta con la base de datos GeoBase web, que recoge, entre otras cuestiones, la información relativa al dominio público y los espacios naturales protegidos. Vid. MADRAZO MELÉNDEZ, B. (2012): *Protección de los bienes jurídicos globales, el Registro y el medio ambiente*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 16.

⁶⁵ Art. 198 y ss. de la LH. El art. 199 de la LH señala que "*el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado*". A su vez, el art. 203 de la LH dice: "*si el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada, facilitada por las Administraciones Públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular, con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación*". En el mismo sentido de la protección registral de los bienes demaniales, vid. el art. 205.

⁶⁶ Recomendamos la lectura de DÍAZ DÍAZ, E. (2016): *La abogacía ante la geoinformación. Aplicación de la Ley 13/2015*, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 1. DÍAZ DÍAZ, E. (2013): *Coordinación territorial mediante alteración catastral telemática e inscripción registral*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 874. Recordemos la importancia del Catastro ante el acta de notoriedad para la inmatriculación de fincas.

El carácter demanial de conjuntos enteros de bienes inmuebles ligados al agua se reconoce por la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que interpreta la Ley de Aguas de 1985. Su FJ 14 explica que el dominio público hidráulico es de titularidad estatal, cuyo fin es excluir el tráfico privado, ligando titularidad y competencia como veremos más adelante⁶⁷.

La propiedad pública de los terrenos también se manifiesta por la amplia actividad administrativa relacionada con el instituto de la expropiación forzosa y con el Decreto 2592/1964. Un ejemplo es la Orden Ministerial de 23 de septiembre de 1964⁶⁸ sobre constitución de una comisión creada para valorar en un plazo de seis meses las obras y derechos resultantes de la concesión "hasta el momento de su entrega al Estado", en aplicación del Decreto 2592/1964, como ya hemos visto.

En este mismo sentido, otros ejemplos⁶⁹ los constituyen distintas resoluciones de la Comisaría de Aguas del Guadalquivir, como la publicada en relación con varias

⁶⁷ "En efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo res extra commercium, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privados, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares. Dentro de esta amplia categoría de los bienes demaniales es preciso distinguir entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias. En los primeros, la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material. En cambio, a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la «riqueza del país», en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución). Por ello, en el supuesto de la afectación en régimen demanial de un bien singular a un servicio público stricto sensu, resulta claro que la titularidad del bien es accesorio a la de la competencia para la gestión del servicio, salvo prescripción expresa en contrario, a lo que no se opone el art. 132.2 de la Constitución. En tales casos tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden ejercer las potestades que les confieren la Constitución (art. 128.2) y los Estatutos de Autonomía, cuando ello implique una afectación de bienes al dominio público, y de acuerdo con las leyes que regulen el régimen jurídico de este último (art. 132.1 de la Constitución). Por el contrario, tratándose del «demanio natural», es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene y que la propia Ley de Aguas impugnada le reconoce. Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, en virtud de la Constitución y de sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencias a las que, por los motivos señalados, no es inherente la potestad de afectación y la titularidad del bien sobre el que recaen".

⁶⁸ BOE de 6 de octubre de 1964

⁶⁹ También existen otros, como los publicados en el BOE de 22 de noviembre de 1968, el de 6 de diciembre de 1969 y en los de los días 6 y 16 de noviembre de 1976.

fincas en Vejer de la Frontera⁷⁰. De la misma manera se publicó otra resolución de esta Comisaría de Aguas esta vez en relación con varias fincas en el término municipal de Medina-Sidonia⁷¹.

Mientras las obras de desecación y puesta en cultivo seguían su curso, se puso de manifiesto ante diversas instancias públicas la polémica mantenida durante tantos años acerca de la titularidad pública o privada de los humedales de La Janda. Una ocasión relevante tuvo lugar en el debate parlamentario autonómico en 1982, en el que al hilo de un discutido préstamo del Instituto para la Reforma y Desarrollo Agrario, por un valor de dos mil millones de pesetas destinados a varias sociedades agrarias de transformación con motivo de la venta a sus trabajadores de una de las fincas, el Consejero de Agricultura recordó la histórica discusión acerca de dicha titularidad con ocasión de algunas interpelaciones de varios diputados⁷², afirmándose después por dicho Consejero que se había dirigido a la Comisaría de Aguas para proceder a un nuevo deslinde⁷³.

Por otra parte, la iniciativa privada en favor de la recuperación de estos cauces y humedales ha tenido principalmente como medio la recopilación de información geográfica, ambiental y administrativa realizada por la Asociación de Amigos de la Laguna de La Janda⁷⁴, así como su solicitud para gozar de la protección bajo la Directiva de Hábitats y la de Aves de la UE, la cual carece de impedimentos objetivos para que se declare parte de la Red Natura 2000, ya que sus valores ambientales están demostrados sin duda científica como lo demuestra que pertenezca a la lista de las IBAs de *Birdlife International*⁷⁵.

Desconocemos en qué quedó el interés de la Junta de Andalucía por admitir la titularidad pública de estas fincas pantanosas y encharcadizas de los humedales de La Janda manifestado en el Parlamento autonómico. Unos años después, en los años noventa, se emprendió por parte de la Universidad de Córdoba una serie de estudios y proyectos cuyo objetivo era analizar la situación ambiental y proponer medidas de restauración, con apoyo de la Junta de Andalucía, aunque su ejecución

⁷⁰ BOE de 25 de junio de 1963.

⁷¹ BOE de 29 de septiembre de 1972, la cual reconoce la extinción de la concesión bajo el título "Rescate de la concesión de desecación de las Lagunas de la Janda y otras. Canal de Espartinas, término municipal de Medina-Sidonia (Cádiz)".

⁷² Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía de 6 de diciembre de 1982, pág. 319 y ss.

⁷³ Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía de 21 de diciembre de 1982, pág. 379. En la pág. 382 un diputado dice textualmente: "(...) *si existen problemas de invasión de dominio público, si existen problemas de acciones reivindicativas, deben ser los tribunales de justicia los que se ocupen de la cuestión*".

⁷⁴ Creada en 1994. Disponen de variada documentación en www.lagunalajanda.org.

⁷⁵ Área nº 257.

ha sido mínima, habiéndose redactado un anteproyecto de restauración por parte de la Consejería de Medio Ambiente en el año 2002⁷⁶.

Con todo, en el año 2004 se realizó un nuevo canal de drenaje ajeno totalmente al proyecto original de desecación, el cual no ha impedido la inundación recurrente de este humedal, cuarenta años después de la publicación del Decreto de reversión de la concesión. La documentación administrativa de este proyecto confirma la característica de que estamos ante un humedal⁷⁷.

Estas inundaciones tienen como consecuencia jurídica, por un lado, el cumplimiento de la condición resolutoria de la Ley Cambó, que exigía la desecación o saneamiento de los terrenos y, por otra parte, este nuevo canal de drenaje y el recrecimiento posterior de las presas del Almodóvar y Celemin, no cuentan con la cobertura jurídica de la normativa que propició la desecación⁷⁸. Es decir, la actual

⁷⁶ Citado en CASTRO ROMÁN, J. C. y RECIO ESPEJO, J. M. (2007): 182.

⁷⁷ Así es, ya que la Resolución de 19 de febrero de 2002, de la Secretaría General de Medio Ambiente, sobre la evaluación de impacto ambiental del proyecto "Construcción del nuevo desagüe de la zona regable de Barbate (Cádiz)" (BOE de 21 de marzo de 2002), describe que este túnel de una sección media de 20 m² y 902 m de longitud se realiza porque el anterior "resulta insuficiente para evacuar con la suficiente rapidez las inundaciones de dicha zona".

⁷⁸ El carácter inundable y la vinculación de La Janda con el cauce del Barbate lo reconoció el Secretario de Estado de Aguas y Costas, en una respuesta parlamentaria publicada en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Medio Ambiente, de 23 de octubre de 2002, pág. 19507, con estas palabras al hilo de las obras de este túnel de drenaje: "El objetivo que se persigue con estas obras es la modernización de la zona regable del Barbate, que tiene una superficie aproximada de 11.860 hectáreas, garantizando que la zona regable no se vea inundada por las avenidas de los afluentes del río Barbate, de modo que la tierra pueda ser explotada en continuo. Para evitar estos problemas de inundación por avenidas; en primer lugar, se prevé ampliar el túnel existente; en segundo lugar, compatibilizar el uso tradicional del cauce del río como conducto de toma con el de evacuación de avenidas, impidiendo así que el desbordamiento inunde las zonas bajas (...)". En el mismo sentido se pronuncia un diputado el formular diversas preguntas recogidas en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Serie D, n.º 654, de 14 de enero de 2004. Este diputado manifiesta que el túnel, con un presupuesto de más de seis millones de euros, no puede entenderse como un proyecto de modernización, sino como continuación fuera del proyecto de la desecación de la laguna de La Janda. Entre sus palabras destaca: "La laguna de La Janda, en Cádiz, constituyó el mayor humedal de la zona sur de Europa, fue un humedal muy importante para la migración de la mayoría de las aves del paleártico pero desgraciadamente fue desecada a finales de los años 60. Transcurridos más de 30 años de la finalización de las obras de la desecación de la laguna de La Janda, parece ser que éstas no han cumplido con los objetivos propuestos. En la actualidad, a pesar de las obras de infraestructuras llevadas a cabo para su desecación, las fuertes precipitaciones que suelen acontecer en la zona originan grandes inundaciones, formándose una extensa lámina de agua. (...). La agricultura que se realiza en los límites de la antigua laguna de La Janda no ha sido una actividad rentable en sí misma, tan sólo ha sido para unos pocos propietarios de la zona, los cuales han subsistido mediante las subvenciones de la PAC y las primas de seguros agrícolas, cada vez que acontecía una inundación. Tal es el caso, que en los últimos años el paisaje agrícola de La Janda que está formado por cultivos poco rentables de maíz, girasol, algodón o sorgo, que ha pasado en la actualidad a ser monocultivo de arroz, precisamente aprovechándose de las inundaciones que en otro tiempo tantos perjuicios decían que les causaba. Ahora, la justificación del nuevo desagüe se basa en la incapacidad del actual canal de desecación de la antigua laguna de La Janda para evacuar las inundaciones que se producen en la zona regable del Barbate con la consiguiente pérdida de las cosechas, afectando según BOE (21 de marzo de 2002) a una extensión de 12.500 hectáreas que originan 355.500 jornales al año. Pero según los trabajos

situación incumple la normativa tanto por defecto de la eficacia de las obras, ya que siguen siendo humedales, como por exceso de las obras acometidas, las cuales no estaban contempladas por la normativa de desecación.

II. LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA PARA PROCEDER A LA RECUPERACIÓN POSESORIA Y DEL PLENO DOMINIO DE LAS LAGUNAS DE LA JANDA.

1. La atribución al Estado de las cuestiones civiles sobre el dominio público hidráulico.

En este trabajo se ha puesto de manifiesto el carácter demanial de los humedales y marismas de la comarca de La Janda, sobre todo gracias a la reversión practicada en su día. Una cuestión diferente es a qué Administración le compete ejercer las acciones legales oportunas para reintegrar de modo efectivo estos bienes inmuebles en su demanio. Con este fin, hay que retrotraerse al tiempo en que se procedió a otorgar la concesión sobre las lagunas y, posteriormente, a su reversión. Este es el punto de partida. A continuación hay que aplicar el Derecho de Aguas relativo, por un lado, a la titularidad de los bienes demaniales hidráulicos y, por otro, al régimen de distribución de competencias interpretado por el Tribunal Constitucional.

En primer lugar, es obvio que la titularidad de las aguas y cauces públicos de La Janda y las competencias de ordenación y gestión correspondía a mediados del siglo XX al Estado, no siendo ni de los municipios ni de la Diputación Provincial. Aprobada la CE de 1978, se distribuyeron las competencias sobre los bienes públicos hidráulicos⁷⁹, a su vez, el art. 132 declaraba que "*son bienes de dominio público estatal los que determine la ley*" junto a otros relativos al litoral y zonas marinas, a los que le sumaba los conocidos principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. La Ley vigente entonces, ya vimos que era la Ley de Aguas de 1879, estableció el

realizados por la Universidad de Córdoba, la superficie inundada en la zona es de unas 6.500 hectáreas, lo que coincide con la superficie ocupada por los antiguos humedales de La Janda, desecados a finales de los 60 y cuyas obras de desecación nunca han impedido su inundación temporal (...). Por lo tanto, la realización del nuevo desagüe no es una mejora en el regadío sino por el contrario, se vislumbra como la continuación del proceso de desecación (...).

⁷⁹ "Art. 148. 1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 10.ª Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales". "Art. 149. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 22.ª La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial".

carácter público general de las aguas superficiales, cauces y lechos, dominio público que se generalizó con la inclusión de las aguas subterráneas⁸⁰.

Es decir que el titular dominical de estos bienes es el Estado, dominio que jurídicamente es distinto de las variadas competencias que sobre los bienes pueden ejercer las Comunidades Autónomas según la distribución de los arts. 148 y 149 de la CE. Para deslindar estas cuestiones en relación con una cuenca intracomunitaria andaluza, la del Barbate, hemos de acudir ineludiblemente al FJ 14 de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que interpreta la Ley de Aguas de 1985⁸¹.

Constatamos así que la titularidad de las aguas públicas es diferente del ejercicio de ciertas competencias que la descentralización territorial puede atribuir o al Estado o a la Comunidad Autónoma, de ahí que no haya duda al respecto de que los humedales públicos de La Janda y las marismas del Barbate sean de titularidad estatal, sobre los que pueden ejercerse potestades atribuidas a la Junta de Andalucía⁸².

⁸⁰ El actual art. 2 del TRLA, incluido en el Título I "Del dominio público del Estado" dice con claridad que integran los bienes públicos hidráulicos estatales, entre los que se encuentran *las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación; los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; y los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos*

⁸¹ "En primer lugar, del art. 149.1.22ª de la Constitución no se infiere expresamente que el legislador pueda incluir en el dominio público del Estado únicamente las aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma, y tampoco se establece en ese precepto y en ningún otro de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía que a las Comunidades Autónomas corresponda la potestad de demanializar o, en su caso, de ser titulares de las aguas continentales que discurren íntegramente por su territorio. A esta primera constatación, fundada en el tenor literal del art. 149.1.22ª y de los que con el mismo concuerdan, hay que añadir que tampoco es manifiesto que la potestad de demanializar y la titularidad de los bienes de dominio público constituyan una atribución implícita o inherente a las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido sobre los aprovechamientos hidráulicos, según el indicado criterio territorial. Muy al contrario, en un plano de reflexión más general, puede afirmarse que, con base en el texto de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, las normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre bienes de dominio público no prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a este o a aquellas. Así lo demuestra el hecho de que varios Estatutos de Autonomía, entre ellos el del País Vasco (art. 10.31), el de Galicia (art. 27.3) y el de las Islas Baleares (art. 10.3), hayan asumido competencias sobre la ordenación del litoral, siendo así que el art. 132.2 de la Constitución considera inequívocamente como de dominio público estatal la zona marítimo-terrestre y las playas(...). De donde se sigue que son, en principio, separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural. En otros términos, no puede compartirse sin más la afirmación de que, en todo caso, la potestad de afectar un bien al dominio público y la titularidad del mismo sean anejas a las competencias, incluso legislativas, que atañen a la utilización del mismo" (...).

⁸² Con este planteamiento, el TC continúa: "La Constitución ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio «natural» formen parte del dominio público del Estado. Sin embargo, con un criterio flexible, no ha pretendido agotar la lista o enumeración de los géneros de bienes que, asimismo en virtud de sus caracteres naturales, pueden integrarse en el demanio estatal («en todo caso», reza el art. 132.2), pero sí ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración. (...). Tratándose del «demanio natural», es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene y que la propia Ley de Aguas impugnada le reconoce. Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, en

En resumen las aguas superficiales, y los cauces y lechos de las lagunas de La Janda forman parte del dominio público estatal, siendo esta una cuestión civil dirimible ante la jurisdicción civil, correspondiéndole por otra parte a la Junta de Andalucía, por ser la del Barbate una cuenca intracomunitaria, las competencias sobre "gestión y aprovechamiento", aspecto clave a la hora de atribuir el ejercicio de acciones posesorias y reivindicatorias ante dicha jurisdicción civil según el Código Civil y en el ejercicio de la autotutela de los bienes públicos regulada por la LPAP.

Por otra parte, el criterio de la distribución de competencias en aguas intracomunitarias se trata en el FJ 18 de la STC 227/1988, que establece que incluso cuando el criterio del territorio por el que discurren las aguas es esencial dentro del sistema distribución de competencias que rige en esta materia, no es, sin embargo, el único aplicable al caso, pues depende de lo que, en cada supuesto, dispongan los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas de transferencias aprobadas del art. 150.2 de la CE.

Y a este respecto, el art. 50 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto para Andalucía⁸³ recoge las competencias sobre los recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas transcurran por Andalucía, así como la competencia ejecutiva sobre adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos, la ejecución y explotación de obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio, y las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal. Este precepto ha de ser interpretado a la luz y con los criterios de la STC 227/1988 sobre la protección del demanio, que le corresponde al Estado⁸⁴.

virtud de la Constitución y de sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencias a las que, por los motivos señalados, no es inherente la potestad de afectación y la titularidad del bien sobre el que recaen. Pero es que, además, las normas constitucionales relativas a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que inciden directamente sobre el régimen jurídico de la titularidad de los bienes conducen a la misma conclusión. Si la técnica jurídica del dominio público supone ante todo la segregación de determinados bienes del tráfico jurídico privado, es obvio que la inclusión en el mismo de categorías enteras de bienes, definidas por sus elementos naturales constituye una línea divisoria, de alcance general, respecto de la clasificación de los bienes en susceptibles o no de ser objeto del derecho de propiedad privada. Las normas jurídicas establecen así una summa divisio que, sin perjuicio de la afectación singular de otros bienes que pueden ser indistintamente objeto de apropiación privada, repercute de manera directa en el régimen jurídico del derecho que reconoce el art. 33.1 de la Constitución, al que fijan un límite objetivo esencial. En consecuencia, aquella forma de afectación general al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, (...). Por tanto, no es inconstitucional el art. 1.2 de la Ley de Aguas, 29/1985, de 2 de agosto, como tampoco lo son los preceptos que se impugnan por estricta conexión con aquél".

⁸³ La doctrina sobre las aguas intracomunitarias la establece el TC en su sentencia 227/1988. Sin embargo, esta cuestión no la trata en su STC 30/2011, de 16 de marzo, sobre la reforma estatutaria acerca de la cuenca del Guadalquivir, que anuló el art. 51 del Estatuto de Autonomía, ni en la STC 31/2010, de 28 de junio, recaída sobre las competencias catalanas en la cuenca del Ebro.

⁸⁴ FJ 18: "El concepto de «aprovechamientos hidráulicos» admite una definición suficientemente precisa, a la luz de la concepción del dominio público que está latente en las nociones que la Constitución, los Estatutos y la Ley de Aguas utilizan en esta materia. El régimen demanial comporta la titularidad pública de los bienes sobre los que recae, pero sobre todo supone

Y de modo palmario, la STC 227/1988 subraya la competencia estatal sobre la titularidad de las aguas continentales incluso en cuencas intracomunitarias⁸⁵. A esta clara e indubitada interpretación constitucional ha de someterse pues el conjunto de facultades que le corresponde a la Administración hidráulica andaluza, según el art. 11.4 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía (LAA)⁸⁶. De la lectura

que tales bienes quedan sujetos a reglas exorbitantes del Derecho privado. Estas reglas pueden clasificarse en dos grupos: las que se refieren a la protección del demanio, de un lado, y las que regulan su utilización o aprovechamiento, incluida la denominada policía de aguas o regulación y vigilancia del buen orden en el uso y aprovechamiento, de otro. (...) . En cambio, no atribuyen a las respectivas Comunidades Autónomas las competencias sobre la protección del dominio público hidráulico, concepto este que no es posible encuadrar estrictamente en el de aprovechamientos. Por lo demás, si el Estado ha asumido la titularidad de las aguas continentales públicas, es lógico que haya de corresponderle también la potestad de protección del demanio hídrico, con el fin de asegurar la integridad de aquella titularidad sobre todos los bienes que lo componen". (...) . De tales premisas se desprende lógicamente que, en principio, no puedan estimarse inconstitucionales ni invasoras de competencias autonómicas las normas del Estado que determinan el régimen de protección de los bienes del dominio público hidráulico y establecen las reglas básicas del sistema concesional, aun cuando incidan, como es obvio, en el régimen de aprovechamiento de las aguas continentales sobre las que las Comunidades Autónomas extienden sus competencias en virtud del art. 149.1.22ª de la Constitución y preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomías".

⁸⁵ "El art. 1 de la Ley, único precepto del Título Preliminar, se recurre en su totalidad. La impugnación del apartado 1 no puede ser estimada, pues dicho precepto carece de contenido material propio, limitándose a señalar el objeto de la Ley sin juzgar su regulación. El apartado 2 declara la pertenencia de las aguas continentales superficiales y subterráneas renovables al dominio público estatal. Este apartado no es inconstitucional por las razones ya expuestas. En conexión con el mismo se impugna también el Título I de la Ley (arts. 2 a 12), con excepción de los arts. 3, 8 y 11. Este Título define los bienes que constituyen el dominio público hidráulico del Estado, así como los recursos hídricos y bienes accesorios que tienen naturaleza privada. No es aceptable la tesis de que es a las Comunidades Autónomas recurrentes -o a algunas de ellas- a las que corresponde efectuar tal declaración sobre las aguas que discurren íntegramente por su territorio, pues, tratándose de categorías genéricas y unitarias de bienes naturales, dicha competencia corresponde en exclusiva al Estado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 132.2, en conexión con el art. 149.1.1ª y 8ª de la Constitución. Por ello, los preceptos del Título I que se impugnan por dicho motivo no son inconstitucionales". Vid. EMBID IRUJO, A. (2007): *Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Embid Irujo, A. (dir.), Diccionario de Derecho de Aguas, Iustel, Madrid. Este reconocido jurista experto en Derecho de Aguas se refiere (pág. 338 y ss.) al uso "bastante generalizado de la expresión competencias exclusivas para referirse al haz de posibilidades de la respectiva Comunidad Autónoma sobre una determinada materia (existencia de potestad legislativa, de desarrollo reglamentario y ejecutiva) lo que también tiene sus consecuencias en el ámbito de las competencias sobre el agua. (...) . Parece bastante evidente que el contenido de esta competencia, si se atiende a la doctrina fijada por la STC 227/1988, de 29 de noviembre, no presenta las características de exclusiva pues en muchas de sus manifestaciones se trataría, en realidad, de un ejercicio de desarrollo de la legislación básica".

⁸⁶ "En materia de dominio público hidráulico: a) Otorgar concesiones y autorizaciones para los usos del agua y su control, así como administrar y vigilar el dominio público hidráulico. b) Controlar el dominio público hidráulico, competencia de la Junta de Andalucía, ejerciendo las funciones de policía sobre los aprovechamientos y, en particular, sobre los sistemas de abastecimiento y depuración de las aguas, mantenimiento y control de las obras hidráulicas de competencia de la Administración Autonómica. c) La protección de las aguas continentales y litorales y el resto del dominio público hidráulico y marítimo-terrestre. d) Llevar el registro de los aprovechamientos de las aguas superficiales y subterráneas existentes y de los vertidos que puedan afectar las aguas de las demarcaciones andaluzas, así como autorizar el intercambio de derechos y administrar los bancos públicos del agua que se autoricen en cada una de las distintas demarcaciones o, en su caso, distrito hidrográfico. e) Establecer las limitaciones en el uso de las zonas inundables que se estimen necesarias para garantizar la seguridad de las personas y los bienes. f) Autorizar la realización de cualquier actuación que afecte al régimen y aprovechamiento de las aguas o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía. g) Aprobar los deslindes del dominio público hidráulico".

conjunta del Estatuto de Autonomía y de este precepto de la LAA observamos que quedan ajena a la competencia autonómica aquellas relativas a la titularidad y a las cuestiones civiles relativas al dominio público hidráulico, reservadas al Estado y al que le compete el ejercicio de las acciones declarativas, posesorias y reivindicativas propias para declarar el carácter público de los humedales de La Janda, titularidad que excluye los conceptos de gestión y aprovechamiento, que son figuras eminentemente administrativas y no civiles y a las que se refiere la disposición de la LAA que acabamos de transcribir. Es más, el art. 11 de la LAA se refiere en su totalidad a funciones administrativas en las aguas intracomunitarias: Expropiación, planificación hidrológica, ordenación, concesiones y policía demanial, infraestructuras y medidas de fomento, pero en ningún caso se refiere a cuestiones civiles en aguas intracomunitarias, que le están vetadas por el reparto competencial establecido en la CE según la doctrina del TC⁸⁷.

Abundando en esta cuestión, el Título VI de la LAA, sobre el dominio público hidráulico, se refiere únicamente en sus distintos capítulos a las servidumbres, la ordenación del territorio, la cartografía, los derechos de uso y control, las aguas subterráneas y la seguridad de presas y embalses, sin que se regulen cuestiones relativas a la titularidad del demanio, algo que, como hemos demostrado, le está vedado a la Junta de Andalucía incluso en las cuencas intracomunitarias⁸⁸.

A este respecto, hemos tenido conocimiento del expediente de la Junta de Andalucía de regularización e inscripción de aguas públicas en la zona regable del Barbate a una comunidad de usuarios⁸⁹. A ello hay que decir que el art. 61.4 del TRLA exige ineludiblemente que el titular de la concesión lo sea también de las tierras a las que el agua vaya destinada, sin perjuicio de las otorgadas a las comunidades de usuarios. Como hemos probado, las tierras a regar son en buen parte humedales de titularidad pública estatal, razón por la que no contaría con amparo jurídico suficiente el otorgamiento de dicha concesión, a lo que no obsta la calificación legal del actual uso de aguas públicas que pudiera corresponder.

⁸⁷ Como también se comprende del estudio del art. 8 de la LAA.

⁸⁸ El art. 50 de la LAA regula el Registro de Derechos de Aguas en el capítulo dedicado a los derechos de usos y control, pero limitado a los aprovechamientos, no a los bienes que lo integran. El Registro es un registro administrativo por tanto y no guarda similitud a estos efectos con el Registro de la Propiedad.

⁸⁹ Según publica por medios electrónicos la Asociación de Amigos de la Laguna de La Janda en un documento de 23 de abril de 2017. Expediente 2009SCA00632CA.

2. Los medios jurídicos para la recuperación por el Estado de la propiedad y posesión de los humedales públicos de La Janda.

Una vez afirmada la titularidad estatal sobre los bienes de dominio público en aguas intracomunitarias, es el momento de exponer el conjunto de medidas que se le atribuyen al Estado en aras de conseguir la recuperación de sus derechos dominicales. Con este fin, se hace preciso acudir al TRLA, al RDPH, a la LPAP y a la normativa civil y registral correspondiente.

Las facultades legales en la defensa de los patrimonios públicos se detallan en el art. 41 de la LPAP, que incluye investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio; deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad; recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos y desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia⁹⁰.

En cuanto a la investigación, no se trata solamente de una cuestión técnica y material de todo tipo a la que coadyuve este trabajo y algunos trabajos científicos que se detallan en la bibliografía⁹¹. Como dice sin imponer limitaciones el art. 45 de la LPAP: "*Las Administraciones públicas tienen la facultad de investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente formen parte de su patrimonio, a fin de determinar la titularidad de los mismos cuando ésta no les conste de modo cierto*". A esta generalidad de actuaciones investigadoras, sin embargo, hay que unirles una consecuencia jurídica muy importante relacionada con la presunción de dominio, puesto que "*si el supuesto de hecho de la actuación investigadora viene constituido, de un lado, por la indeterminación subjetiva de la titularidad del bien y, de otro, por la presunción de la titularidad administrativa, el resultado de la misma dará lugar a la determinación subjetiva de dicha titularidad, y no simplemente a una declaración posesoria o de tenencia efectiva*"⁹². Y como hemos visto a lo largo de este trabajo, tanto los elementos naturales de los humedales como su devenir jurídico abundan en dicha presunción de ser un bien de dominio público bajo la titularidad del Estado. Es más, no habría que incidir más en la discutida titularidad demanial de los humedales con vistas a la recuperación de su posesión, debiéndose acudir a su inmatriculación y registro, ya que "*la investigación permite que la Administración se atribuya, con efectos constitutivos, la titularidad de unos bienes, con la consiguiente inclusión de los mismos en los inventarios*

⁹⁰ Art. 95 del TRLA. Vid. también el art. 235 y los arts. 240 y ss. del RDPH.

⁹¹ Puede resultar en estudios de campo, análisis geográficos, hidrológicos, biológicos, registral o histórico puestos a disposición de la Administración titular que desea recuperar la posesión y el pleno dominio de sus bienes

⁹² CARRILLO DONAIRE, J. A. (2004): *Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde*. Chinchilla Marin C. (coord.): Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Thomson Civitas, Madrid, pág. 355.

*administrativos correspondiente y en el Registro de la Propiedad*⁹³, según el procedimiento del art. 47 de la LPAP⁹⁴.

En definitiva, la investigación es una cuestión material de muy diversa suerte y características, pero que es causa de la más importante consecuencia jurídica en la recuperación de bienes demaniales, pues consiste, llanamente, en la *"reivindicación del dominio que declara la individualización y titularidad de los bienes investigados con efectos constitutivos"*⁹⁵. Este procedimiento de investigación puede iniciarse de oficio o a instancia de particulares, según el art. 47 a) de la LPAP.

Si no fuera bastante la labor de investigación, en segundo lugar y como es conocido, el TRLA⁹⁶ recoge el principio de la recuperación de las zonas húmedas como uno de sus objetivos primordiales, cuestión que se relaciona con la protección del dominio hidráulico en un sentido más amplio. Para cumplir estos fines se hace imprescindible el apeo y deslinde de los bienes demaniales de las lagunas y cauces públicos⁹⁷, requisito que en este caso no implica mayor problema porque este deslinde ya se ha realizado y es perfectamente aplicable al caso de la recuperación posesoria y a la declaración de la propiedad pública de estos humedales jandehos. Siendo el deslinde *"la potestad de fijar con certeza los límites físicos concretos de las dependencias públicas respecto de las fincas colindantes que pertenezcan a particulares o a otras Administraciones públicas"*⁹⁸, es el paso esencial a la hora de saber cuál es la porción de terreno que se declara pública siempre que los límites entre los inmuebles a deslindar *"sean imprecisos o existan indicios de usurpación"* (art. 50 de la LPAP).

Hay que subrayar que la jurisprudencia no califica este presupuesto como alternativa, sino que de modo reiterado declara que *"la confusión de linderos es un presupuesto inexcusable para el ejercicio de la acción de deslinde, con independencia de que haya o no indicios de*

⁹³ CARRILLO DONAIRE, J. A. (2004): 355 *in fine*. Sobre las inscripciones registrales del dominio, recomendamos la consulta de CUMELLA GAMINDE, A. y NAVARRO FLORES, J. (2014): Los bienes y derechos de dominio público y el Registro de la Propiedad, Tirant lo Blanch, Valencia.

⁹⁴ Cuyo apartado d) indica: *"Cuando se considere suficientemente acreditada la titularidad de la Administración General del Estado sobre el bien o derecho, se declarará así en la resolución que ponga fin al procedimiento y se procederá a su tasación, a su inclusión en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado y a su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como a la adopción, en su caso, de cuantas medidas sean procedentes para obtener su posesión"*. Vid. el art. 54 y ss. del RPAP.

⁹⁵ CARRILLO DONAIRE, J. A. (2004): 356.

⁹⁶ Art. 111.

⁹⁷ Art. 240 y ss. del RDPH. Vid. la STS, Sala 3ª, Sección 3ª, de 3 de marzo de 1994, que afirma la validez del deslinde los Ojos del Guadiana, basándose en la prueba de existencia de cauce y en una superficie de dominio privado menor el Registro de la Propiedad que la alegada por los particulares (FJ 9).

⁹⁸ CARRILLO DONAIRE, J. A. (2004): 360.

usurpación"⁹⁹, por cuanto si se encuentran ya delimitados huelga acudir al mismo. De hecho, ya contamos con un deslinde practicado a mediados del siglo XX, el cual ha de incorporarse al Registro de la Propiedad¹⁰⁰. El efecto del deslinde, recordemos, consiste en declarar el estado posesorio¹⁰¹ a favor de la Administración, a diferencia de la investigación, que de modo más importante declara la propiedad pública de los bienes¹⁰².

Otra medida para que el Estado recupere sus bienes demaniales consiste la recuperación de oficio de la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos (art. 55 de la LPAP) mediante el *interdictum proprium*, que se emplea, como ejemplo de autotutela y a diferencia de los particulares, sin impetrar la intervención judicial y debiendo demostrar en sede judicial el sujeto paciente de la recuperación posesoria la defensa de su derechos posesorios¹⁰³. En cualquier caso, no se prejuzga la titularidad presuntamente pública del bien. Ahora bien, la jurisprudencia exige "*la existencia de una prueba completa y acabada por la que se demuestre en primer lugar la «posesión administrativa», es decir, el uso público del bien o derecho cuestionado sin perjuicio de su verdadera naturaleza dominical, aunque si se demuestra que los bienes usurpados son de dominio de la Administración se presupone su derecho a la recuperación posesoria del bien o derecho*"¹⁰⁴. La STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 23 de

⁹⁹ CARRILLO DONAIRE, J. A. (2004): 361. Aquí cita la STS, Sala 1ª, de 18 de abril de 1984: "Cuando los inmuebles se encuentran perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto de la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio". Vid asimismo la concordancia entre el Registro de la Propiedad, el Catastro y el Registro de Aguas en PÉREZ PÉREZ, E. (2004): La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral, Bosch, Barcelona, 2ª ed., pág. 559 y ss.

¹⁰⁰ De acuerdo con el art. 38 de la LH, en caso de que los bienes ya estén inmatriculados habrá que intentar la nulidad o la cancelación de la inmatriculación previa pues no se puede reconocer la posesión del mismo bien a dos titulares distintos. Vid. el art. 53 de la LPAP y arts. 38 y 206 de la LH. Según el art. 38 de la LH, no se permite ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o de entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable la oportuna acción civil de nulidad o cancelación registral en caso de coincidencia total o parcial con bienes ya inscritos con anterioridad, debido a la presunción de legalidad de la propiedad registralmente inscrita, y al principio de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad jurídica. En cualquier caso, el art. 38 de la LH se refiere únicamente a cuestiones jurídicas, no a las cuestiones de mero hecho como la extensión, cabida, situación o linderos. CARILLO DONAIRE, J. A. (2004): 364. Muy recomendable es también el amojonamiento posterior al deslinde (art. 67 del RPAP).

¹⁰¹ Art. 55 de la LPAP.

¹⁰² Recordemos que 11.1 g) de la LAA se limita a "*aprobar los deslindes del dominio público hidráulico*".

¹⁰³ AGIRREAZKUENAGA, I. (2004): *La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del patrimonio. El desahucio administrativo*. Chinchilla Marín C. (coord.): Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Thomson Civitas, Madrid, pág. 372.

¹⁰⁴ AGIRREAZKUENAGA, I. (2004): 373. La STS, Sala 3ª, Sección 4ª, de 3 de marzo de 2004, dice en su FJ 3 que la recuperación posesoria es "*una medida provisoria orientada a la defensa de la posesión de tales bienes con reserva, en todo caso, a la jurisdicción civil de la determinación definitiva de los derechos de propiedad, basta con la constancia de la condición de demanial del bien que la Administración local trata de recuperar de oficio, sin necesidad de que aquélla tenga que acreditar además la efectividad de una posesión pública del bien que, por lo demás, es inherente al carácter y régimen jurídico del bien que constituye un camino público y que se entiende destinado al uso público (art. 339.1 del CC)*".

abril de 2001, resume la doctrina aplicable a la recuperación posesoria, plenamente aplicable *mutatis mutandis* a los bienes estatales, cuyo interés merece su transcripción¹⁰⁵.

En definitiva, la Administración estatal no solo es que pueda, sino que se ve obligada por derecho imperativo a recuperar la posesión de los bienes que puedan estimarse públicos, si no hay duda de que el Estado ha sido el anterior poseedor y titular, existen bienes delimitados por un previo deslinde y la posesión actual está en manos de particulares, sin que exista plazos de prescripción para el ejercicio del interdicto propio sobre bienes demaniales. Asimismo, el art. 56 de la LPAP recoge la posibilidad de que para el lanzamiento del ocupante pueda solicitarse el auxilio de las fuerzas policiales o imponerse multas coercitivas, corriendo por cuenta del usurpador los gastos derivados del procedimiento de recuperación, que pueden hacerse efectivos por la vía de apremio¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Referido a las Corporaciones Locales, pero plenamente aplicable a todas las Administraciones territoriales. FJ 7, que cita una amplísima jurisprudencia: "*La doctrina jurisprudencial sobre el ejercicio de las facultades de recuperación de oficio de bienes demaniales por las entidades locales puede resumirse así: a) Las Corporaciones Locales tienen la potestad de recobrar por sí, sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia, la tenencia de sus bienes (...). b) La facultad de recuperación de los bienes demaniales en vía administrativa se halla reconocida en los artículos 344 del Código Civil, 74.1 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y 3.1 y 70 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. c) No procede el interdicto de recobrar o retener contra los acuerdos de recuperación (...). d) Las Corporaciones locales podrán recobrar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo. e) El ejercicio de la potestad defensora de los bienes de dominio público municipal, por parte de la Corporación titular de los mismos, no está a merced de un criterio de discrecionalidad por parte de ella, pues si hay algo que esté sometido a principios de derecho imperativo y necesario, ese algo, de forma muy destacada, es el relacionado con el estatus de esta clase de bienes, algunos de ellos llamados incluso a desaparecer si no se establecieran frenos a la codicia de los particulares. f) Para el ejercicio del «interdictum proprium» (facultad de recuperación posesoria de oficio, llamado también interdicto administrativo o interdicto impropio) basta con acreditar una posesión pública anterior o una usurpación reciente de tales bienes). Tal facultad, por su carácter excepcional y privilegiado sólo cabe ejercitarla cuando se encuentra respaldada por una prueba plena y acabada. g) En el caso de usurpaciones recientes no es necesaria la aportación por el Ayuntamiento de documentos para justificar la decisión administrativa, conforme dispone el artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. h) Es menester que los bienes recuperados se hallaren indebidamente en posesión de particulares. Se requiere la existencia de una perturbación o pérdida del estado posesorio y su carácter ilegítimo, esto es, la inexistencia de un acto jurídico que legitime esta posesión contraria. i) Debe existir una completa identidad entre lo poseído por la Corporación y lo usurpado por el particular. j) Para la recuperación en vía administrativa, cuando no existe confusión de límites, no es necesario un deslinde previo. k) No es menester que la Administración local acredite en sede jurisdiccional contencioso-administrativa la plena titularidad demanial de los bienes sobre los que se ejercita la facultad de recuperación. Como ocurre en el interdicto civil, lo que se protege es la pérdida o perturbación de la posesión, por lo que únicamente es exigible que de modo claro e inequívoco se acredite la anterior posesión administrativa del bien sobre el que se ejerce. l) El ejercicio de la facultad de recuperación de oficio se reconoce sin perjuicio de la acción de quien se crea titular dominical de los bienes sobre los que se ejercita el «interdictum proprium» para reivindicarlos ante la Jurisdicción civil. m) Ni la Administración por sí, primero, ni esta jurisdicción, después, pueden determinar las titularidades dominicales o resolver las cuestiones de propiedad".*

¹⁰⁶ Vid. los medios de ejecución forzosa de los arts. 100 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Sector Público.

En último lugar, el desahucio administrativo (art. 58 y ss. de la LPAP) permite a la Administración hidráulica estatal recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros. Los requisitos para el ejercicio de un eventual desahucio cuentan con una estrecha relación con el caso que nos ocupa, dado que el art. 59.1 de la LPAP indica que "*para el ejercicio de la potestad de desahucio será necesaria la previa declaración de extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público*", y este título extinguido no es otro que el Decreto 2592/1964 que declaró la extinción concesional y la reversión de las lagunas al Estado. El art. 59 de la LPAP prevé además la liquidación de la situación posesoria, como hemos visto poco más arriba, y la determinación de la indemnización que fuera procedente en su caso, gozando la resolución administrativa de desahucio de ser plenamente ejecutiva, concediéndosele un plazo de ocho días al detentador para que abandone la ocupación del bien¹⁰⁷. De la misma manera que en el supuesto del *interdictum proprium*, la Ley contempla la ejecutoriedad de su cumplimiento mediante la compulsión sobre las personas y las multas coercitivas, corriendo los gastos a cargo del detentador, suma que puede cobrarse por la vía de apremio. Es más, como ha reconocido la jurisprudencia¹⁰⁸ sobre antiguos concesionarios demaniales, le corresponde a estos la eliminación de lo edificado o construido en dominio público, según la regla del art. 101 de la LPAP.

Una vez estudiadas las distintas formas existentes en Derecho para que el Estado recupere los humedales que se presumen públicos en la comarca de La Janda, solo resta establecer un criterio de elección de los mismos. Primeramente, habremos de acudir a la investigación de la situación de los bienes y derechos relativos a las lagunas, dados sus efectos no ya sobre la posesión, sino sobre la misma titularidad de los bienes y su protección registral, lugar en el que el deslinde ya practicado supone la piedra angular de esta cuestión. En segundo lugar, no podemos hablar ya de un orden de prelación, sino que, teniendo en cuenta que el deslinde que delimita la posesión pública de los humedales ya realizado hace varias décadas, se pueden emplear de modo alternativo o al unísono tanto la recuperación de oficio de la posesión como incluso el desahucio, de acuerdo siempre con el procedimiento establecido y teniendo en cuenta los efectos que pueden producirse como hemos visto.

¹⁰⁷ No solo hablamos de las explotaciones agrícolas, sino también de otros elementos sitios en dominio público como algunos molinos eólicos y sus líneas eléctricas.

¹⁰⁸ STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 23 de diciembre de 2010.

3. Los beneficios de la restauración de los humedales de La Janda como obra de interés general de competencia estatal.

Ante la hipótesis de emprender las obras de restauración del sistema fluvial y lacustre de los humedales de La Janda¹⁰⁹ una vez constatada su propiedad pública estatal, reivindicada tras la oportuna investigación e inscripción en el Registro de la Propiedad, no existe riesgo de equivocarnos al calificar dichas obras como "de interés general" a los efectos del art. 122 del TRLA, que incorporó el concepto de "obra hidráulica"¹¹⁰.

Este tipo de actuaciones se enmarca de modo fácilmente comprensible en la amplia definición de "actuaciones en cauces" o el más amplio de "actuaciones necesarias para la protección del dominio público hidráulico", siendo la recuperación de las cualidades biológicas y funcionales de la laguna más extensa de España y que debe cumplir con los objetivos obligatorios de conservación de la DA y la DH una tarea eminentemente pública que abarca por razones cualitativas un interés superior al de los municipios y Comunidad Autónoma donde se encuentra, siquiera por su importancia internacional y europea¹¹¹.

Bajo este mismo planteamiento, el art. 92 del TRLA incluye entre los "objetivos de la protección" del DPH "*prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, así como de los ecosistemas terrestres y humedales que dependan de modo directo de los acuáticos en relación con sus necesidades de agua*". A su vez, el RDPH incluye entre los objetivos de la política oficial la restauración de humedales, para lo cual los organismos de cuenca poseen un inventario de aquellos "*que pudieran recuperar o adquirir la condición de zonas húmedas*"¹¹², pudiendo establecer un perímetro de protección¹¹³.

Por tanto, no hay obstáculo legal al otorgamiento oficial del carácter de "interés general" para la protección, integridad y defensa del DPH, que implica un sobrevalor a la hora de ejercer las competencias en la materia a los efectos expropiatorios, de planificación urbanística y territorial y de autorización, con prevalencia sobre la

¹⁰⁹ Algunas notas se recogen en DUEÑAS, M. A. et al. (2000): 387 y ss.

¹¹⁰ AGUDO GONZÁLEZ, J. (2008): Ejecución y gestión de obras hidráulicas. Nuevos retos, nuevos conflictos, Comares, Granada, en especial, pág. 80 y ss. BARREIRA, A., BRUFAO CURIEL, P. y COLMAN, A. (2009): op. cit., en especial, pág. 163 y ss. GARCÉS SANAGUSTÍN, Á. (2005): El interés general como aspecto esencial del dominio público hidráulico, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 27.

¹¹¹ Recordemos las labores de restauración de ríos y humedales, como la Estrategia Nacional de Restauración de Ríos o el proyecto Doñana 2005, entre muchos otros. La LPNB recoge el valor de la restauración en decenas de ocasiones y la califica de interés general (art. 4).

¹¹² Art. 276 y ss.

¹¹³ Art. 278.

actuación local o autonómica¹¹⁴ al corresponderle su ejecución al Estado, titular de los humedales, según los arts. 46, 124 y 127 y ss. del TRLA¹¹⁵.

Dado que las competencias ambientales corresponden a las Comunidades Autónomas, el mejor destino del proyecto de restauración y las posibilidades de financiación pueden acogerse a las figuras del convenio interadministrativo y la encomienda de gestión, colaboración Estado-Junta de Andalucía que se da en cuestiones ambientales sin ir muy lejos en el campo de maniobras militares de la Armada en la cercana Sierra del Retín¹¹⁶. Y lo que es más importante, el art. 282 del RDPH obliga a la Administración a realizar los estudios necesarios para rehabilitar o restaurar como zonas húmedas¹¹⁷, si procede, aquellas que hubieran sido desecadas por causas naturales o artificiales, pudiendo declararse estas obras de modo imperativo cuando sobre la antigua zona húmeda no existan aprovechamientos en la actualidad, o cuando, aun existiendo aprovechamientos, éstos sean de escasa importancia, o cuando, tratándose de aprovechamientos agrarios, cuando los rendimientos previstos inicialmente y que hubieran dado lugar a la desecación no se alcanzasen habitualmente, con sensible desmerecimiento¹¹⁸.

Los criterios o parámetros a tener en cuenta sobre el particular apuntado han de estar presididos por la doctrina reiteradamente formulada al respecto por el Tri-

¹¹⁴ Lo cual, obviamente, no puede ir en contra de la lealtad institucional y los principios de colaboración y coordinación.

¹¹⁵ En concreto, el art. 124 del TRLA dice: "*Son competencia de la Administración General del Estado las obras hidráulicas de interés general. La gestión de estas obras podrá realizarse directamente por los órganos competentes del Ministerio de Medio Ambiente o a través de las Confederaciones Hidrográficas. También podrán gestionar la construcción y explotación de estas obras, las Comunidades Autónomas en virtud de convenio específico o encomienda de gestión*".

¹¹⁶ BRUFAO CUIRIEL, P. (2016): *El Derecho Militar y Ambiental sobre la actividad de las Fuerzas Armadas y los espacios naturales de interés estratégico*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 179.

¹¹⁷ CALVO CHARRO, M. (1994): 135 y ss. El art. 28.3 de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional fomenta estas obras, al decir lo siguiente: "*Protección del dominio público hidráulico y actuaciones en zonas inundables. 1. En el dominio público hidráulico se adoptarán las medidas necesarias para corregir las situaciones que afecten a su protección, incluyendo la eliminación de construcciones y demás instalaciones situadas en el mismo. El Ministerio de Medio Ambiente impulsará la tramitación de los expedientes de deslinde del dominio público hidráulico en aquellos tramos de ríos, arroyos y ramblas que se considere necesario para prevenir, controlar y proteger dicho dominio. (...)*

3. El Ministerio de Medio Ambiente promoverá convenios de colaboración con las Administraciones Autonómicas y Locales que tengan por finalidad eliminar las construcciones y demás instalaciones situadas en dominio público hidráulico y en zonas inundables que pudieran implicar un grave riesgo para las personas y los bienes y la protección del mencionado dominio. 4. Las actuaciones en cauces públicos situados en zonas urbanas corresponderán a las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, sin perjuicio de las competencias de la Administración hidráulica sobre el dominio público hidráulico. El Ministerio de Medio Ambiente y las Administraciones Autonómicas y Locales podrán suscribir convenios para la financiación de estas actuaciones".

¹¹⁸ Añade esta norma del RDPH que el acuerdo llevará consigo la declaración de utilidad pública, a efectos de expropiación forzosa de bienes o derechos, y de ocupación temporal de los bienes que sean necesarios para los trabajos de rehabilitación.

bunal Constitucional en las SSTC 40/1998, de 19 de febrero, y 118/1998, de 4 de junio, a cuyo tenor los problemas derivados de las situaciones de concurrencia competencial deben resolverse preferiblemente acudiendo a las diversas técnicas de colaboración interadministrativa voluntaria (colaboración orgánica, informes previos, etc.). Y en caso de que dichos mecanismos de cooperación no sean suficientes o resulten ineficaces, deberá darse prioridad a las competencias estatales, en la medida en que bajo las mismas subyace un interés general, el cual debe prevalecer sobre los intereses locales e incluso autonómicos. Más exactamente, el supremo intérprete de la Constitución tiene sentado que “*el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma*”, prevaleciendo la competencia más específica sobre la más general cuando concurren varias sobre el mismo objeto, siendo la más específica en el caso de un humedal de titularidad estatal y su obra hidráulica de restauración, la propia del Estado¹¹⁹.

III. CONCLUSIONES.

Tras el análisis del iter jurídico de la laguna de La Janda, una de las conclusiones que pueden extraerse es que la declaración de reversión de las concesiones de desecación de 1964 se convierte en la clave para la recuperación del carácter demanial de los terrenos inundados, que no han perdido a pesar de las múltiples obras su carácter de demanio natural estatal como lagunas.

Asimismo, la titularidad demanial de estos humedales goza del efecto de cosa juzgada material por la STS de 1967, que declara la validez del apeo, deslinde y amojonamiento practicado según las máximas crecidas ordinarias del río Barbate y la laguna de La Janda.

Entre los medios jurídicos de recuperación de la propiedad ha de elegirse la investigación de la LPAP, ya que el deslinde realizado a mediados del siglo XX es plenamente válido, y el TS declaró en 1967 el carácter público de la laguna de La Janda con efectos de cosa juzgada material. De modo subsidiario, puede recuperarse la posesión mediante el *interdictum proprium* e incluso el desahucio administrativo, según el procedimiento previsto. La investigación no se acoge a la discrecionalidad que pueda emplear la Administración, sino que es un deber que ha de cumplir en la defensa de sus bienes, ante lo cual no cabe inactividad administrativa alguna.

¹¹⁹ La jurisprudencia constitucional es amplísima. Esta STC 40/1998, de 19 de febrero, recuerda esta doctrina en su FJ 3. Otras sentencias que la reflejan son la STC 1/1982, de 28 de enero, la STC 77/1984, de 3 de julio, la STC 56/1986, de 13 de mayo, y la STC 204/2002, de 31 de octubre.

Las inmatriculaciones en el Registro de la Propiedad de las fincas privadas de los terrenos objeto de los proyectos de desecación ceden obligatoriamente ante el ejercicio de la recuperación de la propiedad pública, tanto de los terrenos objeto de las obras de desecación originarios como de aquellos afectados por el nuevo canal de drenaje y los recrecimientos de los embalses del Almodóvar y el Celemín. A su vez, no podrían otorgarse concesiones de aguas públicas para riego debido a la titularidad pública de buena parte de las fincas a regar.

En aras de la seguridad jurídica y la eficacia de las obras de restauración de los humedales de La Janda, estos trabajos pueden y han de ser declarados "de interés general" para favorecer su óptima ejecución. La competencia para realizar estas obras corresponde, sin problemas legales, al Estado, tanto por su carácter general como por ser el titular de los terrenos declarados públicos.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

AGIRREAZKUENAGA, I. (2004): *La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del patrimonio. El desahucio administrativo*. Chinchilla Marin C. (coord.): Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Thomson Civitas, Madrid.

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2008): Ejecución y gestión de obras hidráulicas. Nuevos retos, nuevos conflictos, Comares, Granada.

BARCELONA LLOP J. (1998): *Consideraciones sobre el dominio público natural*, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 13.

BRUFAO CURIEL, P. (2010): *Efectos demaniales, registrales y ambientales de la recuperación del dominio público hidráulico: El caso de las Lagunas de Ruidera*, Revista de Administración Pública, nº 183.

BRUFAO CURIEL, P. (2016): *El Derecho Militar y Ambiental sobre la actividad de las Fuerzas Armadas y los espacios naturales de interés estratégico*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 179.

CALVO CHARRO, M. (1994): El régimen jurídico de los humedales, BOE, Madrid.

CARRILLO DONAIRE, J. A. (2004): *Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde*. Chinchilla Marin C. (coord.): Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Thomson Civitas, Madrid.

CASTRO ROMÁN, J. C. y RECIO ESPEJO, J. M. (2007): *La laguna de La Janda (Cádiz): 10 años después de los inicios de los estudios básicos para su restauración ecológica*, Almoraima Revista de Estudios Campogibraltareños, nº 35.

CUMELLA GAMINDE, A. y NAVARRO FLORES, J. (2014): Los bienes y derechos de dominio público y el Registro de la Propiedad, Tirant lo Blanch, Valencia.

DELGADO PIQUERAS, F. (1992): Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de humedales, Tecnos, Madrid.

DÍAZ DÍAZ, E. (2013): *Coordinación territorial mediante alteración catastral telemática e inscripción registral*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 874.

DÍAZ DÍAZ, E. (2016): *La abogacía ante la geoinformación. Aplicación de la Ley 13/2015*, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 1.

DUEÑAS LÓPEZ, M. A. y RECIO ESPEJO, J. M. (2000): Bases ecológicas para la restauración de los humedales de La Janda (Cádiz, España), Universidad de Córdoba, Córdoba.

DUEÑAS, M. A. (2008): La laguna de La Janda, Agencia Andaluza del Agua: Río Barbate, Agencia Andaluza del Agua, Consejería de Medio Ambiente, Sevilla.

EMBED IRUJO, A. (2007): *Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Embid Irujo, A. (dir.), Diccionario de Derecho de Aguas, Iustel, Madrid.

ESTEVE PARDO, J. y TEJADA PALACIOS, J. (2013): Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2012): Las concesiones administrativas de dominio público, Thomson-Reuter Aranzadi, Madrid, 2ª ed.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1993): La desamortización de los Montes de Toledo (1827-1856). Dictamen histórico y dogmático-jurídico, Marcials Pons, Madrid.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Á. (2005): *El interés general como aspecto esencial del dominio público hidráulico*, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 27.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2004): Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo, Thomson-Civitas, Madrid, 4ª ed.

GÓMEZ AYAU, E. (1953): *El papel del Estado en las grandes obras de transformación agraria*, Revista de Estudios Agrosociales, nº 4.

HORGUÉ BAENA, C. (2006): *Bienes públicos y Registro de la Propiedad*, Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública, nº 62.

MADRAZO MELÉNDEZ, B. (2012): *Protección de los bienes jurídicos globales, el Registro y el medio ambiente*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 16.

MORELL OCAÑA, L. (1972): *La concesión de marismas y el art. 126 de la Ley del Patrimonio del Estado*, Revista de Administración Pública, nº 68, pág. 144.

MOREU BALLONGA, J. L. (1996): Aguas públicas y aguas privadas, Bosch, Barcelona.

MOREU BALLONGA, J. L. (2013): La ocupación explicada con ejemplos, Editorial Reus, Madrid.

NIETO, A. (1991 y 1997): Bienes comunales de los Montes de Toledo, Civitas, Madrid, 2 vols.

PÉREZ PÉREZ, E. (2004): La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral, Bosch, Barcelona, 2ª ed.

SORIANO GARCÍA, J. E. y BRUFAO CURIEL, P. (2011): Claves de Derecho Ambiental II. Medio natural, biodiversidad y riesgos tecnológicos, Iustel, Madrid.

VEGA MARTÍN, L. (2006): *La teledetección aplicada al inventario de humedales*, Mapping, nº 110.

La sostenibilidad turística a través de los instrumentos andaluces de planificación¹

M^a Remedios Zamora Roselló

Profesora Contratada-Doctora Interina
Facultad de Derecho (Universidad de Málaga)

SUMARIO: I.-INTRODUCCIÓN. II.-REFERENCIAS NORMATIVAS. II.-PLANES GENERALES: 1. Antecedentes. A. El Plan General de Turismo Sostenible de Andalucía 2008-2011. 2. El Plan General de Turismo Sostenible de Andalucía Horizonte 2020. A. La premisa de la sostenibilidad en el Plan General vigente. B. Las propuestas concretas: líneas estratégicas, programas de actuación y actividades: a) *Dinamización*. b) *Empresariado y empleo*. c) *Estacionalidad*. d) *La marca Andalucía*. e) *Excelencia*. f) *Innovación*. g) *Segmentos turísticos*. C. Midiendo la sostenibilidad: El Sistema de Indicadores de Desarrollo Turístico Sostenible. IV.-PLANEAMIENTO ESPECÍFICO: 1. La Estrategia Integral de Fomento del Turismo Interior Sostenible de Andalucía. Plan +Interior: a) *Líneas estratégicas*. b) *Programas de actuación*. 2. Recualificación de destinos. 3. La Estrategia de Turismo Sostenible. 4. Planes Turísticos de Grandes Ciudades. V.-CONCLUSIONES. VI.-BIBLIOGRAFÍA.

I.-INTRODUCCIÓN

La especial relación de la Comunidad Autónoma de Andalucía con el sector turístico, eje económico y vertebrador de su desarrollo social y territorial, ha obligado a los poderes públicos a dotar a Andalucía de un marco normativo y planificador acorde con las necesidades y desafíos que el turismo presenta².

¹ Elaborado en el marco del Proyecto de Investigación Ref.DER2013-48329-C2-2-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

² El artículo 71 del Estatuto de Autonomía de Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de turismo que incluye, en todo caso, la ordenación, la planificación y la promoción del sector turístico; funciones que, según lo previsto en el Decreto 12/2015, de 17 de junio, desempeña la Consejería de Turismo y Deporte. Mientras que en el artículo 57 del Estatuto se regulan las competencias autonómicas sobre medio ambiente, espacios protegidos y sostenibilidad. Sobre el esquema de distribución de competencias en el sector turístico, BLANQUER CRIADO, D., “¿Ordenación o desordenación del turismo?” *Documentación administrativa*, núm. 259 – 260, 2001, pp. 287 – 314; PÉREZ GUERRA, R., “La intervención administrativa en el sector turístico español: La política turística”, *Revista*

En el Estatuto de Autonomía de Andalucía se establece un claro mandato a los poderes públicos para orientar sus políticas al desarrollo del turismo sostenible, junto a la protección del litoral, la red de espacios naturales protegidos, y el fomento de una tecnología eficiente y limpia. Destacando que “todos los sectores económicos vinculados al desarrollo sostenible cumplen un papel relevante en la defensa del medio ambiente”. En el texto estatutario se completa esta referencia con un llamamiento expreso a los “instrumentos adecuados” que han de emplear los poderes públicos para compatibilizar la actividad económica con la óptima calidad ambiental³.

La preocupación por la sostenibilidad se ha incrementado paulatinamente, y se ha terminado configurando como un factor clave en los instrumentos autonómicos de planificación⁴. En los últimos años se ha apostado por un modelo turístico que supera la propia concepción de sector económico y que va un paso más allá integrando la perspectiva social, ambiental y cultural. Una de las últimas referencias a la sostenibilidad turística en nuestra Comunidad, nos la encontramos en la “Alianza por un Turismo Innovador y Competitivo en Andalucía”, consensuada por la Administración autonómica, y representantes de los trabajadores y empresarios, se afirma que “en Andalucía aspiramos a un turismo de excelencia y de vanguardia, consolidado desde una perspectiva de sostenibilidad integral y de competitividad como sector estratégico de la economía andaluza, generador de empleo de calidad y desarrollo económico”⁵. Se considera que la sostenibilidad integral y de competitividad para el

Aragonesa de Administración Pública, núm. 43-44, Zaragoza, 2014, pp. 396-413. En relación a las competencias sobre medio ambiente y sostenibilidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía, JORDANO FRAGA, J., “Competencias sobre medio ambiente, espacios protegidos y sostenibilidad (Comentario al artículo 57)”, en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M., (Coords.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 561 – 588.

³ Art. 197 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

⁴ La Comisión Europea ya en 2007, elaboró la *Agenda para un turismo europeo y sostenible*, donde se pronunciaba en los siguientes términos: “El reto consistirá en encontrar un equilibrio adecuado entre el desarrollo autónomo de los destinos y la protección de su medio ambiente por un lado y el desarrollo de una actividad económica competitiva, por otro. Sin embargo, el trabajo del Grupo para la Sostenibilidad del Turismo ha confirmado que, más que cualquier otra actividad económica, el turismo puede desarrollar sinergias por medio de una intensa interacción entre el entorno y la sociedad. Esto se debe a que el desarrollo de destinos turísticos está estrechamente relacionado con su entorno natural, sus especificidades culturales, su interacción social, su seguridad y el bienestar de las poblaciones locales. Estas características hacen del turismo la fuerza motriz para la conservación y el desarrollo de los destinos, tanto directamente, mediante la sensibilización y el apoyo a sus ingresos, como indirectamente, al facilitar una justificación económica para este apoyo por parte de terceros”. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la Comisión “Agenda para un turismo europeo y sostenible”, COM (2007) 621 final, Bruselas, 19 de octubre de 2007

⁵ La “Alianza por un Turismo Innovador y Competitivo en Andalucía”, fue firmada por los representantes de la Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, la Confederación de Empresarios de Andalucía, la Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía, con fecha de 26 de julio de 2016.

desarrollo turístico de Andalucía debe tener como piezas clave un modelo de crecimiento inteligente, integrador, y sostenible y sostenido. Definiendo la sostenibilidad a partir del uso eficiente de los recursos y de una economía competitiva y sostenida, asentada sobre los productos autóctonos del destino turístico.

A este respecto, cabe la referencia a la definición que ofrece el Código Ético Mundial para el Turismo, y que es una muestra de estos nuevos valores: “El turismo, que es una actividad generalmente asociada al descanso, a la diversión, al deporte y al acceso a la cultura y a la naturaleza, debe concebirse y practicarse como un medio privilegiado de desarrollo individual y colectivo. Si se lleva a cabo con la apertura de espíritu necesaria, es un factor insustituible de autoeducación, tolerancia mutua y aprendizaje de las legítimas diferencias entre pueblos y culturas y de su diversidad. Las actividades turísticas respetarán la igualdad de hombres y mujeres. Asimismo, se encaminarán a promover los derechos humanos y, en particular, los derechos específicos de los grupos de población más vulnerables, especialmente los niños, las personas mayores y minusválidas, las minorías étnicas y los pueblos autóctonos”⁶.

II.-REFERENCIAS NORMATIVAS

La Ley del Turismo de Andalucía, aprobada en 1999, hizo especial hincapié en la ordenación y promoción del turismo y creó una base planificadora del sector; sobre la premisa de apostar por un crecimiento ordenado y sostenible, con especial atención a la necesidad de proteger el medio natural y el patrimonio histórico y cultural.

El principal instrumento de planificación era el Plan General del Turismo, que según la Exposición de Motivos de esta disposición, se encontraba “llamado a definir el modelo y la estrategia de desarrollo turístico de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de su eventual desarrollo, con relación a sectores específicos, a través de programas ejecutivos”.

Tras una década de aplicación de esta norma, el legislador andaluz optó por la elaboración de la Ley 13/2011 desde la que se ha proyectado la relevancia de los as-

⁶ El Código Ético Mundial para el Turismo fue aprobado por unanimidad en la XIIIª reunión de la Asamblea General de la Organización Mundial del Turismo en Santiago de Chile, en octubre de 1999, y refrendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2001, con la resolución A/RES/56/212.

A principios de 2016, la Organización Mundial del Turismo y la Red Española de Pacto Mundial adoptaron un acuerdo de colaboración para implicar a las empresas del sector turístico en iniciativas de responsabilidad social corporativa. Esta iniciativa se denomina “Turismo responsable: un compromiso de todos”, e incluye la firma del Código Ético Mundial para el Turismo y de los 10 Principios del Pacto Mundial por parte de compañías del sector turístico.

pectos territoriales, ambientales y paisajísticos, para el nuevo modelo de ordenación de los recursos turísticos. Esta ordenación comprende una serie de instrumentos de planeamiento que, en gran medida, mantienen las líneas básicas de la ley de 1999.

Al trazar como objeto de la norma la ordenación, planificación y promoción del turismo sostenible, el legislador andaluz va un paso más allá en la regulación de este sector estratégico para la economía andaluza. El principio de sostenibilidad es clave a lo largo de todo el articulado, y se establece un mandato expreso a las Administraciones Públicas para que destinen sus esfuerzos a la mejora de la calidad y la competitividad de la oferta turística andaluza sobre la base de la sostenibilidad.

Entre las acciones previstas para la consecución de estos fines, y que están llamadas a guiar las acciones de ordenación y fomento desarrolladas por los poderes públicos, debemos señalar algunas actuaciones que inciden en la aplicación del principio de sostenibilidad.

En lo que respecta al medio rural y al espacio litoral, la Ley andaluza establece un modelo de desarrollo turístico sostenible sobre la base de las características diferenciales del territorio. Igualmente, debemos señalar el establecimiento de criterios generales y recomendaciones para la consideración y tratamiento del paisaje en la política turística⁷.

Otro de los aspectos claves es el uso del suelo, apostando por un uso eficiente y sostenible, en el que se valoren adecuadamente los espacios que han de ser destinados a uso turístico. En esta misma línea, nos encontramos con la necesidad de dar respuesta a las demandas de conservación de aquellos espacios culturales y naturales que son masivamente visitados, y que necesitan una actuación planificadora específica que permita garantizar su integridad ambiental y su nivel de conservación.

La eficiencia energética como elemento de la sostenibilidad se pone de manifiesto a través de la renovación de las edificaciones e instalaciones de los establecimientos turísticos, apostando por la inclusión de mejoras técnicas que también permitan una adecuada gestión de residuos.

⁷ En relación a la relevancia del paisaje como materia prima del sector turístico, HILDENBRAND SCHEID, A., "La Estrategia de Paisaje de Andalucía y el turismo", *Curso de Verano: La sostenibilidad de los entornos turísticos*, Universidad de Málaga, 2012.

III.-PLANEAMIENTO GENERAL

1. Antecedentes

Desde la elaboración del Plan DIA, a principios de los años noventa del pasado siglo, se han sucedido los instrumentos de planificación que han trazado las directrices sobre el modelo turístico a implantar⁸. En este primer texto ya se incluía una referencia a la consecución de la rentabilidad ambiental, que había de marcar la política autonómica. Si bien, este primer plan de ordenación turística para la Comunidad estuvo en gran parte condicionado por la recesión económica y la crisis del sector; lo que permite entender la aceptación de rentabilidad que se añadía a la perspectiva ambiental.

El instrumento clave que crea la norma de 1999 para la ordenación de los recursos turísticos es el Plan General del Turismo; texto destinado a concretar las necesidades, objetivos, prioridades y programas de acción, definir el modelo y la estrategia de desarrollo turístico, y fomentar los recursos turísticos de Andalucía. Es relevante el análisis de la regulación de 1999, porque por vez primera se regula el marco de actuación del sector turístico; el Plan General que ha de trazar las líneas generales y de futuro, condicionando el desarrollo a medio y largo plazo. Este modelo de planificación, marcada por un plan general, se ha mantenido en la regulación vigente.

En el año 2003 se adoptó el primero de los planes generales de turismo, este texto aspiraba a la consolidación del sector turístico como elemento clave del desarrollo de la Comunidad⁹. Para ello, se centraba en tres objetivos intermedios, que no incluían referencia directa a la perspectiva ambiental; centrándose en la mejora de la competitividad, la renovación del modelo turístico, y la integración del turismo en la sociedad. Había que esperar a las estrategias que concretaban estos objetivos básicos para encontrar la referencia a la perspectiva ambiental.

El concepto de sostenibilidad que empleaba este texto, era de aplicación a las dimensiones culturales y ambientales, relacionadas con la competitividad y la integración equilibrada del turismo en el marco territorial. No obstante, las medidas concretas no hacían referencia a la sostenibilidad cultural, ni al ámbito territorial,

⁸ Sobre las previsiones normativas del sector turístico con referencia a la protección de los recursos, CEBALLOS MARTÍN, M., y PÉREZ GUERRA, R., "Aproximación evolutiva en la protección de los recursos naturales y culturales a través de la legislación turística", en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J., y DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: Homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 271-294.

⁹ La formulación del Plan General de Turismo fue adoptada por el Consejo de Gobierno mediante el Decreto 22/2002, de 29 de enero. Por Decreto 340/2003, de 9 de diciembre, fue aprobado el Plan General de Turismo de Andalucía 2003-2006 (BOJA núm. 9, de 15 de enero de 2004).

sino que se centraron en la perspectiva ambiental; a pesar de que la sostenibilidad se definía como uno de los referentes esenciales de la actividad turística.

Las medidas integradas en esta estrategia se concretaron en el desarrollo de un sistema de indicadores ambientales y sostenibilidad del turismo, la elaboración de los planes de recualificación de destinos, la creación de una línea de ayuda para la mejora de la calidad ambiental en las empresas turísticas, y la aprobación de la Agenda 21 del turismo en Andalucía.

A. El Plan General de Turismo Sostenible de Andalucía 2008-2011

La aprobación del Plan General de Turismo Sostenible de Andalucía 2008-2011, supuso un punto de inflexión en la regulación; por vez primera se incluía la sostenibilidad en la propia denominación del Plan; de esta forma, desde la Administración autonómica se ponía de relieve que la sostenibilidad era un elemento transversal, incorporado a cada una de las estrategias, programas y medidas¹⁰.

El Plan se estructuraba en tres pilares: la adecuación del espacio turístico, la convergencia de políticas pública y la concertación social, y la actuación en marketing y productos centrada en segmentos específicos. Estos tres ámbitos de intervención no suponían una novedad, puesto que se correspondían con algunos de los fines ya previstos en los planes precedentes¹¹.

Los objetivos generales se determinaron en el Decreto de formulación del año 2005 y se concretan en el desarrollo de un modelo turístico sostenible y competitivo, una política turística basada en la diferenciación, y en un proceso de integración entre planificación y gestión; sin olvidar el fortalecimiento del sector empresarial turístico y la creación de empleo.

Los objetivos específicos son: la redefinición del posicionamiento competitivo, la adecuación de la estructura productiva a las nuevas necesidades, y la mejora de la coherencia y la eficacia en la actuación conjunta. Estos tres objetivos se desarrollaron a través de orientaciones estratégicas, entre las que vamos a destacar las que inciden en mayor medida sobre la sostenibilidad.

¹⁰ En relación a los caracteres de este instrumento de planificación, RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y Gestión Sostenible del Turismo*, Septem Ediciones, Oviedo, 2015, pp. 132 y ss.

¹¹ Como afirma SOCÍAS CAMACHO, J., "Planificación territorial, medio ambiente y turismo: hacia un turismo sostenible", *XXI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante/Benidorm, 26-28 de mayo de 2016, p. 5: "Turismo responsable, competitivo y de calidad, en definitiva, turismo próspero y sostenible, es el gran reto de la Administración frente al turismo del siglo XXI, que debe alcanzarse a partir de la revalorización de los destinos turísticos, la incorporación de la nueva gestión del marketing turístico a partir de las tecnologías de la información y el establecimiento de medidas de unidad de mercado impuestas por la Unión Europea".

Ente las orientaciones que configuraron el objetivo de redefinición del posicionamiento competitivo cabría destacar el impulso del “desarrollo basado en la diferencia a partir del reforzamiento de la identidad del espacio turístico basada en el patrimonio natural, cultural y paisajístico”; en definitiva, la puesta en valor de los recursos naturales, culturales..., que conforman el espacio turístico andaluz. Elementos que se encuentran vinculados a los recursos patrimoniales propios y que, paradójicamente, han sido parcialmente devastados por la industria turística. A fin de contrarrestar estos efectos, desde el Plan se auspiciaban las medidas dirigidas a la identificación y/o recuperación de los elementos identitarios de los destinos turísticos, así como a la cohesión y valoración del espacio turístico, que incidan en atractivos basados en estos elementos.

En el segundo de los objetivos, que agrupa las iniciativas para la adecuación de la estructura productiva a las nuevas necesidades, debemos destacar una orientación básica, que afecta a todos los sectores implicados, y se dedica al “desafío de la calidad total”. Esta orientación parte de las previsiones del Plan de Calidad Turística de Andalucía 2006-2008, destacando los criterios de sostenibilidad y las consecuencias derivadas del cambio climático.

También se incluía una orientación estratégica destinada al fomento de una “cultura innovadora en productos y procesos en un entorno de integración ambiental”. A fin de potenciar la compatibilidad entre la actividad económica y la protección del medio, se distingue entre medio urbano y los entornos naturales. Mientras que en el medio urbano se prima el mantenimiento de los valores patrimoniales de identidad y de promoción de la sostenibilidad; en el medio natural, se apuesta por el respeto a los ecosistemas y al patrimonio cultural y paisajístico.

La mejora de la coherencia y la eficacia en la actuación conjunta, tercero de los objetivos, comprende un conjunto estrategias encaminadas a coordinar las políticas culturales, ambientales, comerciales y deportivas de la Junta de Andalucía con la política turística; además de las referencias a las políticas de ordenación del territorio, urbanismo y obras públicas.

La colaboración entre la política de control ambiental y la turística constituye el fin último de una orientación estratégica que presenta una percepción de la sostenibilidad novedosa en el Plan, ya que se analiza como un elemento de competitividad. De esta forma, se apuesta por un refuerzo de la sostenibilidad como vía para mejorar la competitividad del sector en aquellos mercados con un alto grado de sensibilización en materia de integración ambiental.

2. El Plan General de Turismo Sostenible de Andalucía Horizonte 2020.

Mediante el Decreto 37/2016 de la Consejería de Turismo y Deporte se aprobó el Plan General de Turismo Sostenible de Andalucía Horizonte 2020, instrumento de referencia para la ordenación de los recursos turísticos en la Comunidad Autónoma, y piedra angular sobre la que ha de elaborarse la política turística y los instrumentos de planeamiento que rigen el sector turístico.

El objetivo central de este Plan es “consolidar la sostenibilidad integral y la competitividad del turismo como sector estratégico de la economía andaluza, generador de empleo de calidad y desarrollo económico”.

Con el PGTS Horizonte 2020 se trata de ofrecer una respuesta a los diez retos del sector turístico en Andalucía, definidos a través de sesiones de trabajo entre la Administración autonómica y el sector turístico andaluz¹². Cabe destacar que el primero de estos retos es la promoción de la sostenibilidad integral del destino, minimizando los impactos negativos que se derivan de las actividades turísticas y fomentando los positivos. Asimismo, nos encontramos con referencias a la necesidad de fortalecer la cooperación público-privada y la coordinación interadministrativa, a la vez que se debe generalizar el uso de las nuevas tecnologías, y se aspira a la consecución de la excelencia y calidad total del destino turístico andaluz, entre otros retos.

En el Decreto 38/2013, por el que se aprueba la formulación del Plan ya se especificaban cuáles habían de ser los objetivos generales de este texto. Entre los fines previstos, podemos destacar la necesidad de “definir estrategias y políticas para implementar un modelo de desarrollo turístico sostenible, viable, equitativo, competitivo e igualitario desde una perspectiva de género, que haga un uso óptimo de los recursos disponibles, respetuoso con los valores locales y los espacios donde se desarrolla el turismo y que garantice la cohesión territorial”.

A. La premisa de la sostenibilidad en el Plan General vigente.

Puesto que nuestro estudio se centra en el análisis de la sostenibilidad en los instrumentos de planificación, debemos remitirnos a la definición que al respecto nos ofrece el Acuerdo alcanzado en el IV Pacto Andaluz por el Turismo, donde se afirmaba que “la base para el desarrollo sostenible de la actividad turística y de la propia Comunidad Autónoma, se encuentra en el entendimiento e implementación de la sostenibilidad en un sentido integral, teniendo en cuenta no sólo los aspectos

¹² Estos retos fueron el resultado de la “Conferencia Estratégica del Turismo”, celebrada en Torremolinos (Málaga), el 22 de noviembre de 2012, y de las “Jornadas Provinciales de Planificación Estratégica”, organizadas a lo largo del mes de junio de 2013 en todas las capitales andaluzas.

ambientales, económicos y sociales, sino otras dimensiones y procesos (culturales, institucionales, territoriales, tecnológicos, participativos, etc.), sin los cuales no podría ser realmente sostenible (...) es importante poner de relieve que un turismo ordenado favorece la sostenibilidad”.

Es relevante esta definición por cuanto nos muestra un concepto amplio de sostenibilidad, y que claramente apuesta por la planificación como instrumento para su consecución. En definitiva, nos encontramos ante la evolución lógica de la actividad turística, que parte de la necesidad de integrar este modelo productivo dentro del esquema territorial de la Comunidad Autónoma; además de poner de relieve las múltiples facetas de este sector, y que también deben ser analizadas y desarrolladas desde la perspectiva de la sostenibilidad¹³.

Para la elaboración de este Plan se ha tomado como referencia este concepto amplio de desarrollo sostenible, al que también se le han incluido otros aspectos como la sostenibilidad paisajística o la gobernanza. Se aspira a ofrecer un concepto renovado de sostenibilidad integral que sea práctico y con una clara vocación de aplicación¹⁴.

Siguiendo estas premisas, desde el Plan se opta por un crecimiento que se asienta sobre tres ejes: el turismo, los recursos y la población. De forma que la oferta turística de la Comunidad Autónoma ha de pasar por integrar la conservación y protección de los recursos que alberga el territorio autonómico; además de incorporar a la población local como elemento determinante de la experiencia turística, apostando por la calidad de vida de los residentes en las poblaciones locales, y la calidad en la experiencia turística para los visitantes.

¹³ Otras Comunidades Autónomas también han integrado la sostenibilidad como una de las prioridades en sus instrumentos de planificación turística. A este respecto, podemos citar el Plan Estratégico de Turismo de Cataluña 2013-2016, donde se afirma que “ el principal reto que debe afrontar Cataluña como destino turístico es el de equilibrar la cantidad con la calidad del turismo, atrayendo un turismo de mayor valor añadido que permita asegurar la sostenibilidad económica, social y ambiental de cara al futuro. Sin embargo, la consecución de este reto principal pasa previamente por considerar otros retos fundamentales”. Entre los retos que incluye este Plan, se hace referencia al “reto del desarrollo sostenible”, y se indica “aspectos como un urbanismo agresivo, el poco respeto hacia el paisaje, la creación de camas turísticas sin valor añadido, la falta de innovación empresarial, la ausencia de reinversión o el monocultivo turístico han conllevado que en ciertos destinos el coste económico, social y ambiental que representan algunos segmentos de turistas sea superior a los beneficios que generan. Por lo tanto, en primer lugar, deben identificarse los destinos o las empresas que fundamentan su modelo turístico o modelo de negocio en criterios insostenibles, como paso previo a influir en un proceso de transformación obligatoria hacia modelos sostenibles. En este apartado, debe incidirse especialmente en asegurar una adecuada movilidad turística, tanto de acceso como interna, entre los diferentes destinos del país”.

¹⁴ BOUAZZA ARIÑO, O., “Criterios para un desarrollo territorial sostenible del turismo”, *El derecho urbanístico del siglo XXI: Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, vol. 2, Editorial Reus, Barcelona, 2008, pp. 156 – 190.

Desde el texto del Plan se apuesta por la sostenibilidad “como un proceso continuo de desarrollo armónico con el medio”, en lugar de su consideración como un fin en sí mismo. De ahí la necesidad de sustituir el concepto de “sostenibilidad” por el de “desarrollo turístico sostenible”. Los principios rectores del plan tratan de dar respuesta a estos objetivos mediante la implantación de un conjunto de procesos relativos a: la producción de servicios turísticos eficiente y equitativo, la defensa de los valores locales, la cohesión territorial, un proceso continuo de innovación para la calidad y la excelencia, la apropiación de la actividad turística por parte de la ciudadanía, y un proceso de gobernanza basado en la transparencia, la participación y la codecisión.

Entre los principios rectores del plan debemos destacar aquellos que más directamente inciden en la consecución de un modelo turístico sostenible. En primer lugar, las referencias a la defensa de los valores locales y a la integración de la ciudadanía en la actividad turística. Estos dos principios merecen una valoración conjunta por cuanto presentan una serie de singularidades comunes: los residentes de cualquier localidad andaluza que reciben a los visitantes, bien de forma esporádica, o bien regularmente, deben sentirse beneficiados directos de esta actividad.

Es un desafío que no conciban al turismo como un lastre que satura sus equipamientos e infraestructuras, por lo que se ha de invertir en la calidad desde todas las perspectivas de la actividad turística. De esta forma, la población, uno de los ejes del Plan, actuará como la mejor embajadora de los valores locales; apoyando las iniciativas de la administración turística para desarrollar una oferta de productos y experiencias que responda a las demandas del sector; integrando al turista en sus localidades.

Los valores a los que hace referencia el Plan incluyen la perspectiva ambiental, cultural, histórica, etc., y se configuran como el principal atractivo del destino turístico. La implantación de un modelo de desarrollo sostenible exige que el disfrute de estos recursos por parte de los ciudadanos y los visitantes no implique su degradación ni desaparición, sino su puesta en valor y protección.

El desigual desarrollo turístico del territorio andaluz implica un desafío para la cohesión territorial; de ahí, la necesidad de un modelo equilibrado y complementario de los distintos territorios andaluces. Este principio supone un reto para la administración turística, por cuanto ha de ser capaz de elaborar una política turística que ofrezca respuestas a necesidades dispares, sin por ello obviar la construcción de una apuesta conjunta amparada en el destino Andalucía. Mientras aquellos territorios que acaban de incorporarse a la explotación turística necesitan de un asesoramiento y guía vinculado a la dinamización del destino; otros espacios andaluces con una marcada tradición en el ámbito turístico están llamados a la inevitable recualifi-

cación y ordenación a las últimas demandas del sector, y para su adecuación a los actuales estándares de calidad.

El Plan apuesta porque los destinos consolidados actúen como reclamo, para después acercar al visitante a otros espacios todavía desconocidos para el turismo; esta premisa no puede significar que todo el territorio andaluz ha de convertirse en un destino turístico de primer nivel y relevancia internacional. Los recursos de cada espacio condicionarán la actividad que pueda producirse, contexto que permitirá un modelo real de desarrollo sostenible en la Comunidad, no sólo en lo que respecta al sector turístico, sino a las directrices para el desarrollo socioeconómico de Andalucía. De lo contrario, estaríamos supeditando los valores locales a la implantación de un modelo turístico vacío de contenido.

B. Las propuestas concretas: líneas estratégicas, programas de actuación y actividades.

Las directrices del Plan vienen definidas en las denominadas “líneas estratégicas”, que marcan el contenido de los distintos programas de actuación, donde se definen las medidas concretas a desarrollar por este instrumento de planificación y se establecen las bases de la política turística autonómica. El Plan se concreta en treinta programas de actuación; para cada uno de estos programas se especifica su nivel de vinculación con las líneas estratégicas, su objetivo, una descripción, las actividades que se realizarán en desarrollo del programa, los resultados esperados y las fuentes de financiación.

Si bien en el Plan aparecen diferenciadas, hemos optado por su análisis conjunto agrupadas por materias, para comprender mejor cómo se va a concretar el desarrollo de las políticas comunitarias en cada una de las prioridades definidas.

a) Dinamización

La dinamización integral y cooperativa del sector turístico andaluz es el objetivo de la primera línea estratégica, y se configura como una apuesta por la coordinación de las Administraciones Públicas y de los sectores de actividad que confluyen en el turismo. El fin último es el fomento de productos y experiencias que sean singulares y únicos, para lo que se fundamenta en un trabajo integral de los agentes, destinos y actores implicados, tanto públicos como privados. Como ya hemos señalado, la sostenibilidad pasa por la ordenación del sector y, por ende, por la eficacia y eficiencia que muestren las políticas autonómicas y las iniciativas privadas. De ahí la necesidad de coordinar los esfuerzos para ofrecer el mejor destino, con un claro respeto por el entorno y las demandas de la población local.

La accesibilidad administrativa es la temática de uno de los programas de actuación que da respuesta a esta línea estratégica, y que aspira al establecimiento de

procedimientos administrativos ágiles y cercanos; así como a hacer pública y accesible la información turística a través de espacios de cooperación¹⁵.

Entre los programas de actuación relacionados, podemos destacar el dedicado a la adecuación entre planificación y gestión, cuya finalidad es adecuar la práctica de la gestión pública del turismo a los instrumentos de planificación aprobados por la Consejería de Turismo y Deporte. El objetivo último es dotar de coherencia a las políticas turísticas públicas, y fomentar la participación en la aplicación de los instrumentos de planificación.

Mediante el programa destinado a la coordinación administrativa y cooperación público-privada, se persigue implementar mecanismos estables de colaboración entre las Administraciones Públicas competentes y los empresarios del sector. Con el desarrollo de este programa se espera la consecución de un adecuado grado de coherencia entre las políticas de protección del patrimonio y la utilización de los recursos; además de conseguir que los agentes privados se impliquen en la creación de una red de información de los activos turísticos andaluces. Destacamos de este programa la integración de los agentes privados en la conservación de los recursos; la protección de los valores locales pasa por la participación de todos los sectores implicados, desde la ciudadanía hasta las Administraciones Públicas, pasando por los trabajadores y empresarios del turismo.

b) Empresariado y empleo

La segunda y tercera de las líneas se destinan al tejido empresarial y a la estabilidad y calidad del empleo. Es de interés un estudio conjunto de estas dos estrategias del Plan por cuanto tienen en común la finalidad de incrementar la riqueza y el empleo en la Comunidad Autónoma, sobre la base de una inversión en la modernización y actualización del tejido empresarial, y de una mejora en la cualificación y las condiciones laborales de los trabajadores dedicados a la actividad turística. La mejora en la competitividad del sector pasa por el impulso a las nuevas tecnologías y al emprendimiento, destinados a la creación y difusión de productos turísticos que permitan atender las demandas del sector durante todo el año; y ofrezcan una respuesta de calidad a un turista maduro, en lo que respecta a su conocimiento del destino y a la demanda de experiencias.

¹⁵ JIMÉNEZ SOTO, I., “Ordenación de los servicios turísticos: competencias administrativas y unidad de mercado”, *XXI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante/Benidorm, 26-28 de mayo de 2016, p. 28. Este autor destaca el esfuerzo de las Comunidades Autónomas para incorporar la Directiva de Servicios y, por tanto, adoptar medidas para la simplificación de trámites y procedimientos a la hora de regular sus servicios turísticos.

La calidad del producto es también el resultado de la calidad en el empleo y de la profesionalización, pues aún subsisten deficiencias subsanables en materia de condiciones laborales y atención al visitante. La integración de la ciudadanía es una clave para la consecución de un modelo turístico sostenible; un empleo de calidad y la creación de riqueza en la Comunidad son un buen ejemplo de las expectativas que genera el sector en la población local.

Entre los programas de actuación relacionados con estas líneas estratégicas cabe destacar el dedicado a la internacionalización, mediante el que se fomenta la consolidación de la posición exterior de las empresas andaluzas y su expansión en el extranjero. La finalidad de este programa es trasladar al empresariado la necesidad de su expansión a nuevos mercados, principalmente en los emergentes. Desde la administración autonómica se incluyen una serie de iniciativas que facilitan esta proyección exterior de las empresas andaluzas a través de una doble perspectiva: mediante el asesoramiento especializado sobre las características de fiscalidad, regulación, etc., de estos nuevos mercados, y que se terminan convirtiendo en obstáculos para las empresas; y, por otro lado, mediante incentivos económicos y formativos para los agentes con menor capacidad de proyección internacional, especialmente pequeñas empresas y autónomos.

Para el impulso de nuevas iniciativas empresariales se ha desarrollado un programa de apoyo al emprendimiento turístico sostenible y competitivo; se incentivan las actuaciones en sectores emergentes y competitivos, con especial atención a la innovación tecnológica y a la singularidad de los productos y servicios ofertados. Para los jóvenes emprendedores también se prevé un soporte específico desde la administración turística a través de una red de apoyo público.

“A fin de mejorar el empleo, los programas de actuación se centran en la promoción laboral de colectivos desfavorecidos o en riesgo de exclusión social, logrando una mayor cohesión social en la actividad turística. También se destina un programa de formación para la profesionalización de los recursos humanos, cuya finalidad es eliminar las deficiencias formativas tanto en el ámbito laboral como en el empresarial, y conseguir un mayor nivel de profesionalización y especialización del sector turístico”.

Desde la administración turística se ha configurado un programa de apoyo normativo a las empresas turísticas para el mantenimiento de un empleo estable y de calidad, mediante el establecimiento de beneficios a las empresas que se distinguen por el mantenimiento del empleo a lo largo de todo el año. Con este programa, los resultados se dirigen de nuevo hacia la profesionalización y especialización del sector, así como a la consecución de un mayor grado de competitividad; además de apoyar a las empresas acreditadas, en detrimento de la oferta turística ilegal.

c) Estacionalidad

Vinculada a la calidad en el empleo y al aprovechamiento de los recursos turísticos, se encuentra la siguiente de las líneas estratégicas dedicadas a la estacionalidad; uno de los desafíos que arrastra el sector turístico andaluz desde hace décadas y que aún en la actualidad se ha de reflejar en el planeamiento general. La inactividad en la temporada baja genera un empleo de escasa calidad y una desocupación de las infraestructuras turísticas.

La política autonómica a este respecto se dirige a atraer a colectivos que puedan visitar el destino Andalucía en temporada baja, específicamente mayores y jóvenes, y el turismo de reuniones y congresos. Las propuestas se centran en la creación de productos específicos para estos visitantes, un conjunto de medidas de promoción y comercialización, y la implantación de incentivos económicos y fiscales destinados a las empresas que continúen ofreciendo sus servicios fuera de temporada.

El Plan dedica un apartado específico al turismo de reuniones, y se crea un programa para ofrecer paquetes turísticos con el fin de promover la complementariedad de destinos, segmentos turísticos, actividades y sectores económicos. En desarrollo de este programa se crea un organismo integrador de los equipamientos de turismo de reuniones y congresos, así como generar la marca “Andalucía Congresos” para elaborar estrategias de promoción y comercialización.

Los programas que tratan de acabar con la estacionalidad se centran en segmentos y productos turísticos con motivaciones no estacionales, y persiguen la apertura de establecimientos de alojamiento y otras infraestructuras turísticas durante todo el año; a la vez que potencian iniciativas no ligadas a las fechas tradicionales para la llegada de los visitantes.

Desde otros frentes también se aborda el impulso del turismo fuera de temporada, como son los programas de promoción y comercialización de productos turísticos segmentados por temporadas, y de productos turísticos diversificados fuera de temporada alta. Mediante estas iniciativas se consolidan las herramientas virtuales de promoción y comercialización para incrementar el valor añadido del destino y favorecer la interactividad, y se proponen medidas para que los turistas nacionales y extranjeros conozcan los productos turísticos que durante todo el año pueden disfrutarse.

Uno de los programas más interesantes, por la integración de los criterios de sostenibilidad, es el dedicado a la concienciación institucional para la gestión de la estacionalidad del sistema turístico andaluz. El objetivo es cambiar los hábitos vacacionales de los turistas españoles con la desconcentración de los periodos de ocio, específicamente a través de su disminución en el periodo estival y su correlativo au-

mento el resto del año. El modelo que se sigue es el de otros países de nuestro entorno, que no concentran las vacaciones en la etapa estival. Se apuesta por los acuerdos con la Administración educativa para replantear el calendario escolar y universitario; así como fomentar la redistribución de los periodos vacacionales en el sector público y las grandes corporaciones.

Entre los resultados esperados, además de reducir el cierre estacional de los establecimientos turísticos, se aspira a la consecución de un mayor grado de sostenibilidad de los espacios turísticos, la mejora en el aprovechamiento de las infraestructuras y la reducción de los periodos de ocupación intensiva. Este programa es interesante por cuanto apuesta por una iniciativa original para el tratamiento de la estacionalidad en el mercado nacional; reforzada por la experiencia de la redistribución del ocio en otros países, y que supone una aportación clara a la sostenibilidad del destino Andalucía a través de la explotación racional de los recursos. Evitar la saturación supone incrementar los niveles de calidad y de satisfacción del turista, mejorar la generación de riqueza y el empleo, reducir los efectos negativos de la masificación turística sobre las poblaciones locales, y garantizar la mejora en la preservación y conservación de los recursos, con especial atención a los naturales y monumentales.

d) La marca Andalucía

Al refuerzo y posicionamiento de la marca Andalucía se destina la quinta de las líneas estratégicas del Plan; desde el punto de vista de la competitividad, se apuesta por la consolidación de su liderazgo en el mercado nacional y en el extranjero, junto con un impulso a las iniciativas adoptadas en los mercados emergentes para alcanzar mejores cuotas de visitantes.

La voluntad de la administración autonómica es asociar la imagen de marca de Andalucía con un modelo turístico de calidad, en el que se pongan de manifiesto las singularidades de un territorio que ofrece un conjunto de recursos históricos, culturales, paisajísticos y gastronómicos que no sólo ponen de relieve la riqueza de Andalucía si no que constituyen una muestra de la voluntad de conservación y recuperación de los valores locales. En este sentido, de nuevo nos encontramos con una muestra de la sostenibilidad integrada en una línea estratégica del Plan; la finalidad es realzar los valores que identifican a la Comunidad Autónoma y posicionarlos en el mercado turístico desde el respeto y la premisa de su conservación, elementos que se identifican con el modelo de calidad que ha de primar en la marca Andalucía.

e) Excelencia

Calidad y excelencia son dos claves en la consolidación de un modelo turístico sostenible de primer nivel, como es el destino turístico Andalucía; por ello, la siguiente de las líneas estratégicas se centra en la consolidación de la excelencia en la

actividad turística, a través de la adecuación del destino a las demandas del turista, y su constante adaptación en función a la satisfacción de sus expectativas. En este contexto, la sostenibilidad se consolida a través de la apuesta por la universalidad del turismo gracias a las medidas de accesibilidad física. Esta iniciativa se centra en que todos los visitantes, con independencia de sus características y necesidades, disfruten en igual medida de los recursos turísticos de Andalucía.

La accesibilidad universal completa es objeto de un programa específico, dedicado a la supresión de las barreras que dificulten la estancia de turistas con discapacidad y la creación y desarrollo de productos específicos¹⁶.

Siguiendo esta línea estratégica se encuentra el programa destinado al posicionamiento del destino a través de la investigación en los mercados de origen. Se trata de consolidar el posicionamiento de la marca Andalucía en el mercado internacional, y mejorar la percepción del destino en origen.

Como garantes de la calidad y excelencia, e impulsores en el cumplimiento de los derechos y garantías de todos los turistas, destacan las medidas de inspección y control. El Plan incluye un programa de actuación dedicado a la calidad de la estancia turística en Andalucía. Su finalidad es la defensa y protección de los derechos de los usuarios turísticos, para alcanzar la plena satisfacción en relación a los servicios turísticos recibidos y resolver con rapidez los problemas que puedan surgir durante la estancia.

f) Innovación

El Plan se centra en las nuevas tecnologías aplicadas a la mejora de la competitividad, gracias al mejor conocimiento del turista y al interés en acercar la marca Andalucía a un visitante que emplea la tecnología para la preparación de su viaje, durante su estancia y también para compartir el resultado de su experiencia a través de las redes sociales¹⁷.

La implantación de un turismo sostenible pasa por la aplicación de la innovación tecnológica a otros campos como son la mejora de las instalaciones con equipa-

¹⁶ Sobre la accesibilidad en el sector turístico, SORET LAFRAYA, P., y BARRAGÁN ITURRIAGA, A., “Turismo accesible y legislación”, *Estudios Turísticos*, núm. 203-204, 2015, pp. 75 – 85.

¹⁷ En relación a la necesidad de replantear el modelo de intervención administrativa a la vista de las novedades introducidas por el empleo de las nuevas tecnologías, BAUZÁ MARTORELL, F., “Intervención administrativa, turismo y medios técnicos”, *XXI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante/Benidorm, 26-28 de mayo de 2016. Este autor afirma: “La irrupción y desarrollo de las nuevas tecnologías ha dado lugar a una suerte de control privado sobre la actividad (en este caso) turística, de manera que el control de los agentes públicos ha dejado de ser único y exclusivo, hasta el punto que en muchos casos una crítica de un usuario en un portal digital resulta más efectiva que una sanción administrativa” (p. 2).

mientos que ahorren los costes energéticos y materiales respetuosos con el entorno. Uno de los elementos que ha de guiar las actividades que conforman esta línea estratégica es la política sobre cambio climático; el turismo y los recursos sobre los que se fundamenta son uno de los principales afectados por sus efectos. De ahí, la necesidad de concienciar a los operadores del sector turístico sobre la necesidad de aplicar este tipo de iniciativas¹⁸. En este sentido, la Comunidad Autónoma de Andalucía es una de las pioneras a nivel nacional en la adopción de programas y actuaciones concretas que tratan de paliar sus efectos, y que inciden en la lucha contra el cambio climático; a diferencia de buena parte de los planes turísticos a nivel nacional y autonómico¹⁹.

Asimismo, y en la senda de las previsiones sobre accesibilidad incluidas en la línea sexta, las nuevas tecnologías representan una oportunidad para mejorar la experiencia turística de personas con limitaciones físicas que pueden disfrutar de productos turísticos adaptados a sus necesidades.

El programa de apoyo a la calidad y fomento de la sostenibilidad en las infraestructuras turísticas, persigue un mayor nivel de concienciación en materia de eficiencia energética, a la vez que sitúa entre sus resultados una mejora de la calidad ambiental de los destinos turísticos de Andalucía. En lo que respecta a las infraestructuras de alojamiento, el programa tiene por objetivo la renovación de la planta hotelera regional y el incremento de la calidad.

Relacionados con esta línea estratégica también nos encontramos con el programa de utilización de las nuevas tecnologías en la promoción y comercialización turística, y el programa destinado a la generalización del uso de las nuevas tecnologías en el turismo.

La investigación aplicada al sector turístico es una herramienta imprescindible para el análisis de los parámetros de sostenibilidad y su cumplimiento por las iniciativas adoptadas. Favorecer la competitividad, rentabilidad y sostenibilidad del turismo son los ejes para el programa de desarrollo de la investigación, la innovación y la modernización del sector turístico andaluz; iniciativa que aspira a dotar de un respaldo científico e investigador a un sector que se encuentra en constante evolución.

La aplicación de las nuevas tecnologías, y más específicamente de las redes sociales, ha ido un paso más allá del simple intercambio de información y está asentando un nuevo modelo turístico: el turismo colaborativo. El turista-cliente no se limita a generar información para otros potenciales visitantes, si no que se convierte en generador

¹⁸ A este respecto, OLCINA CANTOS, J., “Turismo y cambio climático: una actividad vulnerable que debe adaptarse”, *Investigaciones Turísticas*, núm. 4, julio-diciembre, 2012, pp. 1-34.

¹⁹ OLCINA CANTOS, J., y VERA-REBOLLO, F., “Cambio climático y política turística en España: diagnóstico del litoral mediterráneo español”, *Cuadernos de Turismo*, núm. 38, 2016, p. 354.

de negocio; por ejemplo, a través del alquiler de su vivienda para fines turísticos²⁰. Este nuevo modelo necesita de un replanteamiento que permita valorar su impacto real en las políticas turísticas. Midiendo la sostenibilidad de estas iniciativas que, en ocasiones, están actuando de forma paralela a los modelos de planificación públicos, y generando perturbaciones desde el punto de vista ambiental, urbanístico, competencial²¹.

g) Segmentos turísticos

La última de las líneas estratégicas se destina a los segmentos turísticos, y se centra en su desarrollo y complementariedad. Las exigencias actuales del sector turístico se centran en la elaboración de productos turísticos que pongan en alza las potencialidades económicas, culturales, ambientales y sociales del territorio. Un producto complejo, capaz de unificar el recurso turístico, las actividades y los servicios; que exige la implicación de todos los agentes del sector, y ofrece una experiencia turística más completa²².

La sostenibilidad de este proceso de diseño y creación de productos turísticos se garantiza a través del respeto a los valores, y la necesaria implicación de la ciudadanía; máxime cuando la tendencia actual del sector se centra en las experiencias completas, en contacto con la realidad del territorio que se visita. Este modelo turístico toma como referencia la integración del turista; que no quiere ser un mero espectador, sino que muestra interés y valora su integración en el territorio que visita, para conocer de primera mano sus recursos y su identidad social y cultural.

El programa de complementariedad entre segmentos, destinos y productos trata de potenciar en el visitante la necesidad de conocer la amplia variedad de recursos naturales, culturales y paisajísticos que ofrece el territorio andaluz. El fin es redistribuir el turismo y la riqueza que genera en toda la Comunidad Autónoma, mediante

²⁰ ROMÁN MÁRQUEZ, A., “Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 6, 2014, pp. 1-24.

²¹ GUILLÉN NAVARRO, N., e IÑIGUEZ BERROZPE, T., “Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p”, *PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, vol. 14, núm. 3, 2016, pp. 763-764.

²² Como señala RIVERA MATEOS, M., “El turismo experiencial como forma de turismo responsable e intercultural”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, L., y ROLDÁN TAPIA, R., *Relaciones interculturales en la diversidad*, Universidad de Córdoba, 2013, p. 213: “Los cambios de hábitos de consumo y de modos de vida de los consumidores se inclinan, en definitiva, hacia unas mayores exigencias en la calidad de sus estancias y viajes, de manera que las nuevas marcas junto con la autenticidad y no masificación y estandarización de los destinos van a ser cada vez más factores dominantes, así como el desarrollo de nuevos mercados a través de productos combinados de entretenimiento, excitación experiencial, educación y contacto más directo y auténtico con la realidad del destino y la cultura y formas de vida de las comunidades locales, lo que puede favorecer las nuevas formas de turismo responsable e intercultural”.

el diseño de productos y servicios conjuntos que agrupen a varios municipios y puedan comercializarse de forma unificada.

De gran interés es el programa de actuación destinado a la elaboración de un inventario de recursos y productos turísticos; su objetivo es la mejora en la gestión y el acceso a la información sobre los recursos y potencialidades turísticas, para el diseño y creación de productos turísticos integrados. A través de esta iniciativa se trata de aplicar esta información para potenciar la complementariedad de los productos, y conseguir una redistribución de los flujos turísticos.

El fomento de nuevos productos y segmentos turísticos es una oportunidad para trazar un modelo turístico sostenible, que sea capaz de corregir las deficiencias de los productos tradicionales y que ofrezca experiencias únicas y originales al visitante, desde el conocimiento y disfrute de los recursos turísticos naturales y culturales. Uno de los instrumentos más interesantes es el desarrollo de productos personalizados, caracterizados por la sostenibilidad y la calidad de su oferta. En este aspecto, las nuevas tecnologías están llamadas a liderar un nuevo esquema de actuación que permite abrir la oferta a todo tipo de visitantes, con independencia de sus características y limitaciones, a la vez que potencian una visión más completa del destino, que se inicia con la preparación del viaje.

El programa de desarrollo de microproductos y segmentos turísticos emergentes también ofrece una perspectiva muy relevante desde el punto de vista de la sostenibilidad, puesto que en la búsqueda por una mayor especialización en sus viajes, el turista es más exigente y persigue una oferta que responda a sus motivaciones y gustos. A la vista de la riqueza y variedad del patrimonio natural y cultural de la Comunidad Autónoma, la oferta permite la consolidación de segmentos turísticos emergentes, como el turismo ecuestre o el gastronómico, y que ofrecen una perspectiva más sostenible frente a los productos tradicionales; ensalzando valores locales que estarían abocados a la desaparición sin este apoyo del sector turístico.

C. Midiendo la sostenibilidad: El Sistema de Indicadores de Desarrollo Turístico Sostenible.

El Sistema de Indicadores del Desarrollo Turístico de Andalucía ha sido elaborado por la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y el Deporte de Andalucía, y su finalidad es analizar la repercusión del Plan General de Turismo Sostenible y los distintos planes turísticos de él dependientes. A través de estos indicadores se permite la evaluación continuada de las acciones desarrolladas por el Plan, midiendo sus efectos. De esta forma, se trata de ampliar el conocimiento sobre las múltiples

facetas y caracteres que definen el destino turístico andaluz y su tendencia hacia el desarrollo sostenible.

Para este sistema se han seleccionado las siguientes áreas de carácter transversal y que se consideran esenciales para la valoración de esta planificación: gobernanza, territorio, vulnerabilidad, rentabilidad, diversificación, calidad, e innovación.

Vamos a centrarnos en el aspecto territorial ya que, como se afirma en el Plan, “entendiendo la adecuación del destino como un concepto amplio que rebasa las variables puramente turísticas, la sostenibilidad del destino en gran medida es la sostenibilidad territorial”²³.

La finalidad de incluir este área en el sistema de indicadores es llevar a cabo una evaluación de la sostenibilidad del territorio en la que se tomen en consideración las relaciones del turismo con el entorno patrimonial, natural, institucional, económico y social; respondiendo a la ya mencionada premisa del Plan de apostar por una visión integral de la sostenibilidad²⁴.

Los ámbitos objeto de evaluación en el área de territorio son: cohesión territorial, presión humana, calidad del medio ambiente, protección, uso de recursos, transporte y vivienda, y concienciación. Todos ellos son elementos clave dentro del concepto amplio de sostenibilidad por el que se apuesta en el Plan; por ejemplo, podemos destacar el “uso de recursos”, en el que se toman en consideración aspectos básicos para cuantificar el nivel de sostenibilidad en un territorio, como son las emisiones de dióxido de carbono, los residuos o el consumo y depuración de agua. De especial interés nos parece el apartado de “concienciación”, a través del cual se evalúa la percepción social y la educación sobre elementos como las prácticas responsables, la contaminación o los incendios; esenciales por cuanto permiten reflexionar sobre la sostenibilidad futura del territorio, a través del nivel de implicación de la ciudadanía y de las demandas sociales en este ámbito.

²³ Hay que tener en cuenta que para la elaboración de estos indicadores se han tomado como referencia la Estrategia Europea de Desarrollo Sostenible, la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible y el Sistema de Indicadores Europeo de Turismo para la Sostenibilidad de los Destinos (Toolkit).

²⁴ A propósito de la relación territorio-turismo sostenible, podemos destacar el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, donde se ha llevado a cabo una apuesta por la sostenibilidad desde la legislación urbanística. Como señala RAZQUIN LIZARRAGA en su análisis de las últimas reformas operadas en la legislación canaria sobre esta materia: “(...) a la crisis económica no se puede hacer frente más que mediante un desarrollo sostenible tanto del territorio como del turismo, y además con una clara apuesta por la sostenibilidad porque ésta es la única forma de crear empleo estable y de calidad”. RAZQUIN LIZARRAGA, M., “Urbanismo, medio ambiente y turismo. Una integración necesaria y fortalecedora”, *XXI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante/Benidorm, 26-28 de mayo de 2016, p. 8.

III.-PLANEAMIENTO ESPECÍFICO

1. La Estrategia Integral de Fomento del Turismo Interior Sostenible de Andalucía. Plan +Interior

En marzo de 2016 se adoptó el texto definitivo de la Estrategia Integral de Fomento del Turismo Interior Sostenible de Andalucía Horizonte 2020²⁵. El objetivo básico de este instrumento de planeamiento es actuar como directriz principal de las actuaciones destinadas a mejorar el desarrollo económico de las zonas de interior, apostando por aprovechar su potencial turístico y haciendo hincapié en la oportunidad para la creación de empleo.

Desde el punto de vista de su categorización, el Plan +Interior se encuadra dentro de los Marcos Estratégicos para la Ordenación de los Recursos y las Actividades Turísticas; y ostenta, por tanto, la consideración de Plan con Incidencia en la Ordenación del Territorio²⁶. Mediante estos planes se trata de desarrollar un modelo turístico aplicable a un territorio concreto, con referencia a los objetivos y estrategias para su concreción, y dentro de las previsiones del Plan General del Turismo.

Los Marcos Estratégicos toman como punto de partida la identificación de los recursos naturales, culturales y paisajísticos que puedan integrarse en el diseño de productos turísticos; a la vez que se incide en la necesidad de su puesta en valor, promoción y uso sostenible.

En el contenido mínimo que la LTA identifica para los Marcos Estratégicos, se incluyen una serie de aspectos que inciden de forma directa sobre la sostenibilidad del modelo turístico propuesto. De esta forma, se ha de incluir una evaluación de la incidencia ambiental del modelo que sea coherente con el desarrollo sostenible, y que incluya previsiones sobre los efectos del cambio climático; además de elaborar una previsión sobre las demandas en materia de infraestructuras, dotaciones y equipamientos. En esta misma línea, se hace referencia a los espacios turísticamente saturados, que puedan necesitar de unos programas de recualificación específicos; así como al establecimiento de criterios para la implantación de campos de golf de interés turístico y otras instalaciones turísticas de alcance territorial.

Desde la Exposición de Motivos del Decreto de aprobación del Plan +Interior, se pone de manifiesto la aspiración de desarrollar un modelo de turismo sostenible, donde se tomen en consideración los aspectos económicos, sociales, culturales y ambientales. Cabe destacar el interés por maximizar los efectos económicos del suelo, y

²⁵ Decreto 77/2016, de 22 de marzo, por el que se aprueba la Estrategia Integral de Fomento del Turismo de Interior Sostenible de Andalucía Horizonte 2020 (BOJA núm. 68, de 12 de abril de 2016).

²⁶ Art. 12 LTA.

por preservar los recursos naturales, paisajísticos y culturales; además de elementos característicos como el bienestar y la seguridad.

El ámbito de aplicación del Plan comprende más de setecientos municipios del interior de Andalucía; este entorno presenta una serie de caracteres definidores que hacían necesario un instrumento de planeamiento específico. Desde la administración turística autonómica se da respuesta a una petición del sector, y se solventan las deficiencias que se habían puesto de manifiesto respecto a los instrumentos de planeamiento ya adoptados.

Es evidente que los principales destinatarios de este instrumento de planeamiento son los sujetos que participan en el sector turístico, desde los turistas, hasta los trabajadores y empresarios. No obstante, el Plan +Interior también atiende al desarrollo local, potenciando las economías de escala y favoreciendo la consolidación de la población.

El modelo turístico en la zona del interior de Andalucía se ha visto lastrado por la crisis económica, y necesitaba un impulso con el que hacer frente a las nuevas demandas del visitante, a la vez que adoptar medidas para contrarrestar los efectos de la estacionalidad. El contexto en el que se elabora el Plan +Interior determina los aspectos clave sobre los que la administración turística debe fundamentar su política en estos municipios; entre los ejes de actuación podemos señalar la oportunidad de redimensionar el sector, reorganizando los recursos, productos y destinos; impulsar al empresariado a través del soporte y asesoramiento, especialmente en el ámbito tecnológico; mejorar la colaboración público-privada, y actuar sobre la mejora de la sostenibilidad de los espacios turísticos.

La ejecución del Plan +Interior se distribuye en tres fases bianuales. En la primera etapa, que comprende hasta 2018, se llevarán a cabo las iniciativas destinadas a la solución de los problemas estructurales. Mientras que durante las fases intermedia y final se implementarán las iniciativas secundarias, y que exigen la eliminación de las deficiencias de base que presenta el turismo de interior en la Comunidad Autónoma.

a) Líneas estratégicas.

La Estrategia perfila tres líneas estratégicas destinadas a la integración y cohesión territorial, el desarrollo económico y el producto turístico. Se concretan a través de siete programas que comprenden: el apoyo, formación y asesoramiento del sector turístico, la innovación en la gestión, la sostenibilidad del espacio turístico, la reorientación de uso de equipamientos e infraestructuras turísticas del interior, el fomento de la colaboración público-privada, el impulso del producto turístico de interior y la promoción y comercialización del destino Andalucía interior.

Vamos a centrarnos en el modelo de crecimiento que se prevé en la línea dedicada al desarrollo socioeconómico, y que parte de tres perspectivas centradas en un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Siguiendo las directrices del planeamiento general, ya analizadas, se incide en un sentido “holístico e integral” de la sostenibilidad; si bien, se concretan algunos aspectos referentes a este amplio concepto de sostenibilidad, que ayudan a perfilarlo y a incluir iniciativas de gran interés para la consecución de los objetivos generales.

Resulta llamativa la dimensión pedagógica de la sostenibilidad; llamada, en términos de la Estrategia, a reeducar al sector público y privado y a la ciudadanía acerca de su importancia. Siguen estas previsiones las referencias de la concienciación ciudadana que ya hemos analizado, pero profundizan en la inclusión de los sectores público y privado. Asimismo, se confirma el interés en los modelos de gestión por procesos desde la horizontalidad, integrando a los participantes en la toma de decisiones sobre el modelo socioeconómico del territorio.

Nos encontramos con una referencia expresa y muy clara a la eficiencia energética, la promoción del uso de energías renovables y el fomento del autoconsumo. Además de hacer hincapié en las medidas para la reducción del consumo y la elaboración de planes específicos para controlar el consumo energético.

En materia de movilidad, las propuestas se centran en la implantación de sistemas de transporte limpios, respetuosos con el medio ambiente, y en la mejora de los vínculos urbano-rurales. Y de nuevo, se sitúa el foco en la necesidad de luchar contra el cambio climático y en la adopción de medidas que reduzcan el consumo energético vinculado al transporte. Entre los ejemplos de medidas que se enumeran podemos hacer referencia al fomento de la economía local a través del consumo de productos kilómetro cero y un mercado laboral de proximidad; o la promoción de los caminos naturales a través de la recuperación de las antiguas vías de ferrocarril, como instrumento para el desarrollo del patrimonio natural y cultural.

b) Programas de actuación.

Entre los programas de actuación destacamos el dedicado a la sostenibilidad del espacio turístico. Desde el texto del Plan +Interior se destaca la especial relevancia de este programa, consecuencia de su orientación hacia la cohesión e integración territorial, y al fomento del desarrollo socioeconómico. Las directrices de actuación de este programa son la movilidad, habitabilidad, implicación social, patrimonio intangible, turismo y medio natural, y paisaje. Llegados a este punto, corresponde señalar la necesidad de coordinar este instrumento de planeamiento con las iniciativas autonómicas en materia de ordenación del territorio, esenciales para integrar el sector turístico en el diseño territorial andaluz.

La sostenibilidad del espacio turístico es la clave de este programa, que pone el énfasis en los criterios de movilidad, paisajísticos y de accesibilidad²⁷. Por ello, la referencia a los itinerarios paisajísticos da respuesta a buena parte de los objetivos de este programa; y comprende las referencias a las carreteras paisajísticas y a la red autonómica de la bicicleta.

2. Recualificación de Destinos

La relevancia del turismo en la Comunidad Autónoma de Andalucía ha marcado el desarrollo socioeconómico y territorial de buena parte de su territorio; desde mediados del siglo pasado la llegada masiva de turistas a la región la han convertido en un destino de referencia a nivel internacional y, a la vez, han comprometido la sostenibilidad de los recursos ante la demanda creciente de visitantes.

En este contexto, la LTA incluye entre los instrumentos de planificación una figura destinada a la ordenación de aquellos espacios que se encuentren turísticamente saturados o en peligro de estarlo²⁸. Entornos caracterizados por su rápido crecimiento, la fragilidad territorial y ambiental, y la densidad turística, entre otras circunstancias.

Los Programas de Recualificación tienen por finalidad el fomento de la competitividad, el aumento de la calidad, la mejora de las condiciones laborales y la búsqueda de la sostenibilidad. Siguiendo el modelo de los instrumentos de planificación ya analizados, incluyen un diagnóstico turístico-ambiental y el marco financiero.

Uno de los elementos distintivos de estos Programas es la atención por las relaciones interadministrativas; instaurando fórmulas de coordinación, cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas implicadas, además de propuestas para la celebración de convenios para la ejecución de las previsiones del plan.

La participación del nivel municipal es determinante desde las primeras fases, puesto que la norma prevé que la iniciativa para su aprobación se lleve a cabo desde la Junta de Andalucía, o directamente por solicitud de los municipios afectados²⁹.

²⁷ JIMÉNEZ HERRERO, L. (dir.), *Patrimonio natural, cultural y paisajístico. Claves para la sostenibilidad territorial*, Observatorio de la sostenibilidad en España, Madrid, 2009, p. 59: "El interés por el paisaje conecta con aspectos que se refieren a la identidad y al marco vital en el que se desarrollan las personas; por esta razón se afirma que el paisaje forma parte del derecho que cada ser humano tiene a unas condiciones de vida dignas. La atención al paisaje se sustenta así en objetivos básicos de toda sociedad, a los que puede contribuir concretándolos en cada lugar por su reflejo de prácticas que tienen una base natural y que han sido conocidas y utilizadas históricamente. Las políticas de protección y gestión de la naturaleza, las culturales, las económicas y las educativas encuentran en el concepto de paisaje, un hecho útil para su desarrollo y concreción".

²⁸ Art. 14 LTA.

²⁹ Sobre las competencias de los entes locales en el ámbito turístico, BERMEJO VERA, J., "Régimen jurídico de los municipios turísticos", *Documentación Administrativa*, núm. 259-269, 2001, pp. 226 y ss.

No obstante, la aprobación corresponderá al Consejo de Gobierno, previa propuesta de la Consejería competente, puesto que nos encontramos ante un instrumentos de ordenación autonómico.

Los Programas de Recualificación se encuentran condicionados en sus previsiones por el contenido de los Marcos Estratégicos para la Ordenación de los Recursos y las Actividades Turísticas, y por el planeamiento general. En lo que respecta a su relación con los planes urbanísticos, la LTA faculta a los Programas para formular recomendaciones sobre ordenación del uso turístico.

La referencia a estos instrumentos estaría incompleta sin la mención al Programa de Recualificación Turística de la Costa del Sol Occidental, el denominado “Plan Qualifica”³⁰. Este plan fue adoptado bajo la vigencia de la anterior norma andaluza en materia urbanística, si bien es un fiel reflejo de la finalidad de estos instrumentos y nos permite poner de manifiesto el recorrido de esta figura y su incidencia sobre el territorio.

Como referente nacional e internacional, y destino maduro por excelencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Costa del Sol Occidental fue objeto en el año 2007 de un Programa de Recualificación de Destinos³¹. De esta forma, se trataba de dar respuesta a las demandas del sector turístico y de la sociedad en general, que clamaban desde hacía décadas por una atención específica para un destino de primer nivel y que no había recibido la atención merecida por parte de la Administración autonómica.

La finalidad del Plan Qualifica es la mejora de la calidad y la competitividad del destino; mediante actuaciones sobre el patrimonio y del espacio turístico dirigidas a la sostenibilidad y rentabilidad socioeconómica, y con el objetivo de poner de

A este respecto corresponde recordar que el artículo 9.16 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local reconoce a los municipios andaluces competencias propias en materia de promoción turística, incluida 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.

³⁰ El ámbito de actuación del Plan se centra en los municipios que conforman la Costa del Sol Occidental, en concreto los siguientes: Torremolinos, Benalmádena, Fuengirola, Mijas, Marbella, Estepona, Casares y Manilva.

³¹ El 6 de Abril de 2006 el Consejero de Turismo, Comercio y Deporte, el Sr. Plata Cánovas, y un destacado número de agentes empresariales, sociales e institucionales, firmaron en Málaga el Acuerdo de Suscripción del documento base para la formulación del Plan de Recualificación Turística de la Costa del Sol Occidental.

Decreto 78/2007, de 20 de marzo, por el que se aprueba el “Plan Qualifica” (BOJA núm. 75, de 17 de abril de 2007).

relieve las singularidades del ámbito territorial comprendido en este instrumento de planeamiento³².

3. La Estrategia de Turismo Sostenible

La Estrategia de Turismo Sostenible se destina a desarrollar un sistema de planificación turística estratégica centrado en la oferta turística, o en un producto o segmento turístico específico³³. Los objetivos que establece la LTA para este instrumento de planificación se centran en la creación o mejora de productos turísticos, el fortalecimiento de la competitividad del sector turístico local, los espacios turísticos, la implantación de acciones de sostenibilidad medioambiental y adaptación al cambio climático, la implantación de modelos de gestión integral de la calidad en los destinos turísticos y su incidencia en el itinerario de consumo turístico, y el desarrollo de actuaciones que favorezcan la accesibilidad turística.

La consecución de los fines de la Estrategia se lleva a cabo a través de dos Iniciativas: Ciudades Turísticas y Turismo Sostenible. Al igual que la Estrategia, las dos Iniciativas se aprueban por Orden del titular de la Consejería competente en materia de turismo.

La Iniciativa de Ciudades Turísticas tiene por objetivo la creación de espacios turísticos en las ciudades medias; específicamente hace referencia la Ley andaluza a las ciudades declaradas por la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad. Se trata con esta Iniciativa de fortalecer las rutas culturales o itinerarios turísticos, mediante la oferta de productos atractivos y diseñados sobre los recursos patrimoniales de estas localidades, ya sean de origen natural, monumental o cultural. Por su parte,

³² Como desarrollo de este instrumento, y a fin de profundizar en la cooperación interadministrativa y alcanzar un modelo de desarrollo turístico sostenible, se constituyó en 2008 el Consorcio “Desarrollo y Turismo de la Costa del Sol Occidental”; integrado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la Junta de Andalucía, la Diputación Provincial de Málaga, los Ayuntamientos de Benalmádena, Casares, Estepona, Fuengirola, Manilva, Marbella, Mijas y Torremolinos, así como la Confederación de Empresarios de Andalucía, Comisiones Obreras de Andalucía y la Unión General de Trabajadores de Andalucía. La labor de este Consorcio fue reconocida a principios de 2016 con la Distinción de Honor “Fomento de la investigación en turismo”, otorgada por la Facultad de Turismo de la Universidad de Málaga.

Resolución de 17 de diciembre de 2008, de la Dirección General de Administración Local, por la que se acuerda la publicación de los estatutos del denominado “Consorcio de Desarrollo y turismo de la Costa del Sol Occidental” (BOJA núm. 31, de 16 de febrero de 2009).

³³ Art. 13 LTA. Mediante Orden de 18 de mayo de 2011 (BOJA núm. 105, de 31 de mayo de 2011) se desarrolló la Estrategia de Turismo Sostenible y se reguló el procedimiento de selección de los Programas de Turismo Sostenible. Esta Orden se completa con la Resolución de 24 de mayo de 2011, mediante la que se aprueba el formato para el diseño y presentación de los Programas de Turismo Sostenible (BOJA núm. 112, de 9 de junio de 2011).

la Iniciativa de Turismo Sostenible se destina a espacios con un destacado potencial turístico gracias a un patrimonio natural o cultural de gran interés.

Los Programas de Turismo Sostenible son los ejes sobre los que se desarrollan las Iniciativas de Turismo Sostenible y de Ciudades Turística. Los Promotores de Turismo son los responsables de la elaboración de los Programas, diseñados con el referente último del principio de sostenibilidad de la actividad turística y de los recursos turísticos.

4. Planes Turísticos de Grandes Ciudades.

El turismo urbano es un sector en alza, por ello, el legislador autonómico optó por incluir un instrumento específico para su regulación en la normativa vigente: los Planes Turísticos de Grandes Ciudades³⁴.

Los objetivos generales de estos Planes se centran en la puesta en valor y uso de los recursos turísticos, la accesibilidad universal, el aumento de la calidad, la mejora e innovación de los productos turísticos, la sensibilización e implicación de la población y agentes locales en una cultura de calidad turística, y el fortalecimiento de la competitividad.

La necesidad de elaborar actuaciones específicas para el fomento del turismo urbano parte de las singularidades que presenta frente a otros modelos turísticos y, especialmente, de su escasa estacionalidad, lo que permite contrarrestar una de las principales debilidades del sector turístico andaluz.

Son los municipios, a través de sus Ayuntamientos, los sujetos legitimados para solicitar la formulación de un Plan de Grandes Ciudades. Cualquier municipio andaluz cuya población supere los 100.000 habitantes, y que no tenga vigente algún plan turístico de grandes ciudades concertado con la Administración autonómica, podrá presentar esta solicitud. Los Planes Turísticos de Grandes Ciudades se articulan mediante convenios de colaboración entre la Consejería competente y la Administración local.

La memoria justificativa que tienen que elaborar los Ayuntamientos debe incluir un diagnóstico del contexto turístico de la localidad, así como una valoración sobre la oportunidad y conveniencia para la elaboración de este plan turístico. A la

³⁴ Art. 15 LTA. Mediante el 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), se han definido los requisitos que han de reunir los municipios que pueden ser objeto de Planes Turísticos de Grandes Ciudades, se ha regulado el procedimiento de formulación, así como de aprobación de los Planes, y se ha establecido el contenido de los convenios de colaboración.

que debe adjuntarse una descripción de las iniciativas que deberían desarrollarse en el plan, tomando como punto de partida las directrices y objetivos del Plan General del Turismo de Andalucía. Desde la perspectiva económica, se elabora una estimación de la inversión necesaria, así como el compromiso de colaborar en la financiación del plan, al menos en un 50% de la inversión total, y la constatación de su previsión presupuestaria.

Una vez que la solicitud es remitida a la administración autonómica, el primer órgano que la recibe y analiza es la Delegación Territorial; que también solicitará los informes oportunos a las Consejerías con competencia en materia de cultura y medio ambiente. El expediente completo, incluido el informe de la Delegación, será remitido a la Secretaría General competente en materia de turismo, responsable de la instrucción y resolución del procedimiento. La resolución estimatoria implicará la formulación del Plan y reconocerá expresamente la participación activa del municipio. La Consejería será la responsable de elaborar y aprobar el Plan, previo informe del Consejo Andaluz del Turismo.

Los convenios de colaboración han de ser suscritos entre el titular de la Consejería y el titular del órgano competente de la Administración local. Entre los aspectos mínimos que habrán de comprender estos convenios se encuentran las actuaciones a realizar por cada parte y la titularidad de los resultados obtenidos; las obligaciones y compromisos económicos, con indicación de su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente; las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento; el régimen de modificación y el plazo de vigencia; y los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio.

V.-CONCLUSIONES

Los instrumentos de planificación turística en la Comunidad Autónoma de Andalucía han sufrido una clara evolución en los últimos años, marcando un claro viraje en su apuesta por la sostenibilidad. Es destacable como el concepto de sostenibilidad también se ha enriquecido, puesto que partiendo de una acepción claramente relacionada con la conservación y preocupación ambiental, se ha llegado hasta una concepción amplia en la que se comprenden aspectos que van desde la gobernanza o la movilidad, hasta la ciudadanía, sin olvidar los recursos ambientales, culturales, paisajísticos, etc.

Los planes turísticos han estado marcados por la necesidad de complementar a un sector que comenzó su andadura de la mano de la iniciativa privada, en exclusiva; y que se ha convertido en el pilar socioeconómico de Andalucía. Esta realidad ha marcado el devenir de la ordenación administrativa sobre esta materia, condiciona-

do por la presión del sector empresarial, la población local y las propias demandas de los turistas y visitantes de la región.

La atención a la población local es uno de los aspectos más interesantes de esta concepción; la sostenibilidad turística pasa por la implicación de la ciudadanía en el modelo turístico planificado por los poderes públicos. Esta concepción amplia de la sociedad en relación al turismo, supera a los actores directos de esta actividad y supone que toda la población andaluza debe ser consciente de su relevancia en la aplicación de las políticas desarrolladas por las Administración turística.

El visitante no es el único que ha de sentirse satisfecho con la experiencia turística, es la población local quien también se ha de sentir representada y respetada por el modelo turístico desarrollado. En un estado de evolución del sector turístico en el que las experiencias y la inmersión del turista en la cotidianidad de las localidades visitadas, constituyen la base para el diseño y comercialización de los productos turísticos, la acogida del ciudadano es esencial y marcará la diferencia sobre el resultado de la visita y la valoración final que reciba.

Los instrumentos de planificación analizados tratan de dar respuesta a este fenómeno desarrollando políticas de variada naturaleza y que apuestan por la concienciación ciudadana. Sin embargo, son medidas concretas como la mejora de las infraestructuras, y el apoyo a los destinos más turísticos de la Comunidad para que puedan gestionar mejor los flujos de visitantes, las demandas que realmente deben ser satisfechas a corto plazo. En este sentido, la actuación es urgente, no es una medida que pueda esperar a ser satisfecha en un periodo medio o largo; en los principales destinos turísticos de Andalucía es importante ofrecer una respuesta inmediata a este elemento de sostenibilidad.

La masificación es uno de los principales desafíos de la sostenibilidad turística; a la vez que va aparejada a uno de los grandes problemas del sector en la Comunidad Autónoma de Andalucía, como es la estacionalidad. La gestión del turismo exige una ordenación racional del número de visitantes que puede realmente albergar un destino; lo que exige iniciativas que aborden los nuevos desafíos, como los planteados por el turismo colaborativo. De lo contrario, nos encontraremos con ciudades-escaparate que albergarán a grupos de visitantes que no serán capaces de disfrutar de los recursos ambientales, culturales y, de toda índole, que les ofrece el destino; es más, pondrán en peligro la conservación de este patrimonio.

En este sentido, también corresponde formar a los profesionales del sector turístico sobre la relevancia de la sostenibilidad, y en la apuesta por un modelo turístico de calidad, competitivo, y que sea capaz de respetar y poner en valor los recursos de

la Comunidad. Por tanto, junto a la necesaria formación en el ámbito de las nuevas tecnologías, corresponde la formación en sostenibilidad; concienciando sobre todos los aspectos de esta visión amplia por la que se apuesta en el vigente Plan General de Turismo Sostenible. Especial interés presenta la accesibilidad y su integración como una pauta determinante por parte del empresariado turístico; abriendo el destino Andalucía hacia cualquier visitante, y favoreciendo que pueda disfrutar de todas las bondades del patrimonio de la Comunidad, sin que existan limitaciones ni barreras que puedan obstaculizar su experiencia.

La implicación del sector privado en el modelo turístico y su compromiso con la sostenibilidad son esenciales para que se materialicen los objetivos de los planes analizados. Esta implicación se inicia desde las fases de diseño y elaboración, y se ha de mantener a lo largo de todas las etapas de aplicación, incluida la evaluación final sobre su efectiva operatividad. La madurez del destino Andalucía también se ha logrado gracias a un mayor grado de sensibilidad del empresariado en la consecución de un turismo sostenible; de hecho, en ocasiones, ha sido el propio sector privado el que ha animado a la administración autonómica a desarrollar iniciativas para la mejora del modelo turístico andaluz.

Un destacado número de los planes analizados parten de esta filosofía de cooperación público-privada, que se completa con la colaboración interadministrativa; integrando a todos los sectores administrativos que de forma directa o indirecta participan en el sector turístico, y abogando por unas líneas de actuación claras y directas que eviten las superposiciones y duplicidades, y favorezcan la inversión de las distintas administraciones públicas implicadas.

La consecución de un modelo turístico sostenible no es uno más de los objetivos de la política turística autonómica, si no que la sostenibilidad ha de forma parte inescindible de los caracteres definidores del turismo en Andalucía. Los ejes teóricos se encuentran trazados en los planes analizados, y los programas de actuación que los concretan también los incorporan y los enarbolan como principio básico en su aplicación. Sin embargo, y a pesar de que hace años que la sostenibilidad se incluye en las actuaciones de planeamiento de la Comunidad, aún queda recorrido para que se incorpore de forma natural y cotidiana en cualesquiera de las actuaciones vinculadas al sector turístico. A través de los instrumentos de seguimiento y evaluación del planeamiento vigente habrá de confirmarse si las previsiones teóricas logran incorporarse de forma paulatina a la práctica turística.

VI.-BIBLIOGRAFÍA

BAUZÁ MARTORELL, F., “Intervención administrativa, turismo y medios técnicos”, *XXI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante/Benidorm, 26-28 de mayo de 2016.

BERMEJO VERA, J., “Régimen jurídico de los municipios turísticos”, *Documentación Administrativa*, núm. 259-269, 2001.

BLANQUER CRIADO, D., “¿Ordenación o desordenación del turismo?” *Documentación administrativa*, núm. 259 – 260, 2001.

BOUAZZA ARIÑO, O., “Criterios para un desarrollo territorial sostenible del turismo”, *El derecho urbanístico del siglo XXI: Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, vol. 2, Editorial Reus, Barcelona, 2008.

CEBALLOS MARTÍN, M., y PÉREZ GUERRA, R., “Aproximación evolutiva en la protección de los recursos naturales y culturales a través de la legislación turística”, en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J., y DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: Homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

GUILLEN NAVARRO, N., e IÑIGUEZ BERROZPE, T., “Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p”, *PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, vol. 14, núm. 3, 2016.

HILDENBRAND SCHEID, A., “La Estrategia de Paisaje de Andalucía y el turismo”, *Curso de Verano: La sostenibilidad de los entornos turísticos*, Universidad de Málaga, 2012.

JIMÉNEZ HERRERO, L. (dir.), *Patrimonio natural, cultural y paisajístico. Claves para la sostenibilidad territorial*, Observatorio de la sostenibilidad en España, Madrid, 2009.

JIMÉNEZ SOTO, I., “Ordenación de los servicios turísticos: competencias administrativas y unidad de mercado”, *XXI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante/Benidorm, 26-28 de mayo de 2016.

JORDANO FRAGA, J., “Competencias sobre medio ambiente, espacios protegidos y sostenibilidad (Comentario al artículo 57)”, en MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M., (Coords.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

OLCINA CANTOS, J., “Turismo y cambio climático: una actividad vulnerable que debe adaptarse”, *Investigaciones Turísticas*, núm. 4, julio-diciembre, 2012.

OLCINA CANTOS, J., y VERA-REBOLLO, F., “Cambio climático y política turística en España: diagnóstico del litoral mediterráneo español”, *Cuadernos de Turismo*, núm. 38, 2016.

PÉREZ GUERRA, R., “La intervención administrativa en el sector turístico español: La política turística”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 43-44, Zaragoza, 2014.

RAZQUIN LIZARRAGA, M., “Urbanismo, medio ambiente y turismo. Una integración necesaria y fortalecedora”, *XXI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante/Benidorm, 26-28 de mayo de 2016.

RIVAS GARCÍA, J., y MAGADÁN DÍAZ, M., *Planificación y Gestión Sostenible del Turismo*, Septem Ediciones, Oviedo, 2015.

RIVERA MATEOS, M., “El turismo experiencial como forma de turismo responsable e intercultural”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, L., y ROLDÁN TAPIA, R., *Relaciones interculturales en la diversidad*, Universidad de Córdoba, 2013.

ROMÁN MÁRQUEZ, A., “Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 6, 2014.

SOCÍAS CAMACHO, J., “Planificación territorial, medio ambiente y turismo: hacia un turismo sostenible”, *XXI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Alicante/Benidorm, 26-28 de mayo de 2016.

SORET LAFRAYA, P., y BARRAGÁN ITURRIAGA, A., “Turismo accesible y legislación”, *Estudios Turísticos*, núm. 203-204, 2015.

RESEÑA LEGISLATIVA



RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea

Año 2017 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En este segundo cuatrimestre de 2017, no se produce normativa relativa a los Asuntos Generales de la Unión Europea.

En los Asuntos Financieros se modifican, el Reglamento (UE, Euratom) n° 1311/2013, por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2014-2020 (DOUE L 163, 24.06.2017, p. 1), y la Decisión (UE) 2015/435 sobre la movilización del Margen para Imprevistos (DOUE L 185, 18.07.2017, p. 35). Se adopta una directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (DOUE L 198, 28.07.2017, p. 29).

Igualmente se decide la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, a solicitud de Finlandia, EGF/2016/008 FI/Nokia Network Systems (DOUE L 143, 3.06.2017, p. 9), y a solicitud de España, «EGF/2017/001 ES/Castilla y León mining» (DOUE L 193, 25.07.2017, p. 2).

En relación con los Asuntos Institucionales, hay que destacar el nombramiento de un miembro de la Comisión Europea. Se nombra a D^a Mariya Gabriel (Bulgaria), por la dimisión de D^a Kristalina Georgieva por el resto del mandato, es decir, hasta el 31 de octubre de 2019. (DOUE L 178, 11.07.2017, p. 12). En cuanto a la Comisión, también se complementan los Reglamentos (UE) n° 1307/2013 y (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la notificación de información y documentos a la Comisión (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 100), y se establecen las normas de desarrollo de los Reglamentos (UE) n° 1307/2013 y (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la notificación de información y documentos a la Comisión y por el que se modifican y derogan diversos Reglamentos de la Comisión (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 113).

En lo que se refiere al Parlamento Europeo, se prorroga la duración del mandato de la Comisión de Investigación Encargada de Examinar las Alegaciones de

* Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO, Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Pablo de Olavide.

Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante e 2º cuatrimestre de 2017.

Infracción y de Mala Administración en la Aplicación del Derecho de la Unión en relación con el Blanqueo de Capitales y la Elusión y la Evasión Fiscales (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 34; DOUE L 199, 29.07.2017, p. 12). También se nombra a dos miembros del Comité de Personalidades Independientes en virtud del artículo 11, apartado 1, del Reglamento (UE, Euratom) n° 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (DOUE L 160, 22.06.2017, p. 35) y a otros dos miembros del mismo Comité (DOUE L 197, 28.07.2017, p. 6)

En el Comité de las Regiones, se nombra a D. Fernando López Miras, presidente de la Región de Murcia, propuesto por el Reino de España (DOUE L 162, 23.06.2017, p. 55)

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En los ámbitos de la Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, se modifica el Reglamento (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 164, 27.06.2017, p. 1). También se modifican, 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 164, 27.06.2017, p. 6) y el Reglamento (UE) n° 479/2013 por el que se eximen de la obligación de presentar declaraciones sumarias de entrada y de salida las mercancías de la Unión que crucen el corredor de Neum (DOUE L 114, 3.05.2017, p. 1).

Se adopta una decisión relativa a la importación en régimen de franquicia de las mercancías destinadas a distribuirse gratuitamente o ponerse gratuitamente a disposición de las víctimas de los terremotos ocurridos en Italia en agosto y octubre de 2016 (DOUE L 152, 15.06.2017, p. 3), y se corrige y modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2447 por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el código aduanero de la Unión (DOUE L 149, 13.06.2017, p. 19). Igualmente se modifican, 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 186, 19.07.2017, p. 1; DOUE L 186, 19.07.2017, p. 3), el Reglamento (CEE) n° 316/91 relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 121, 12.05.2017, p. 1), y el Reglamento (CE) n° 1051/2009, relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 211, 17.08.2017, p. 6), y se deroga el Reglamento (CE) n°

2494/96, relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 183, 14.07.2017, p. 1).

Como suele ser habitual, se adoptan numerosos reglamentos de ejecución relativos a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 145, 8.06.2017, p. 4; DOUE L 148, 10.06.2017, p. 24; DOUE L 170, 1.07.2017, p. 47; DOUE L 170, 1.07.2017, p. 50; DOUE L 170, 1.07.2017, p. 53; DOUE L 170, 1.07.2017, p. 56; DOUE L 170, 1.07.2017, p. 59; DOUE L 177, 8.07.2017, p. 23; DOUE L 177, 8.07.2017, p. 26; DOUE L 177, 8.07.2017, p. 29; DOUE L 183, 14.07.2017, p. 3; DOUE L 183, 14.07.2017, p. 6; DOUE L 209, 12.08.2017, p. 5; DOUE L 210, 15.08.2017, p. 1; DOUE L 211, 17.08.2017, p. 3)

En cuanto a la Política Comercial, la celebración de Tratados internacionales suele ser un elemento fundamental de la misma, así en este segundo cuatrimestre, se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno de la Organización Mundial del Comercio en relación con la modificación del apartado C, inciso ii), del anexo 3 del Acuerdo de la OMC relativo a la frecuencia de los exámenes de las políticas comerciales de la OMC y la modificación de las normas de procedimiento del Órgano de Examen de las Políticas Comerciales (DOUE L 122, 13.05.2017, p. 71), y se adopta una decisión por el Comité Mixto creado en virtud del Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo entre la Comunidad Europea y Canadá, relativa a la inclusión de organismos de evaluación de la conformidad en la lista del anexo sectorial sobre equipos terminales de telecomunicación, equipos de tecnología de la información y radiotransmisores [2017/1179] (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 103).

Por otra parte, se adopta un reglamento de ejecución relativo a las excepciones a las normas de origen establecidas en el Protocolo 1 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, que se aplican dentro de un contingente de determinados productos procedentes de Namibia (DOUE L 135, 24.05.2017, p. 15), y otro por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 32/2000 del Consejo en lo referente a las condiciones para el beneficio de un contingente arancelario de la Unión consolidado en el GATT para las preparaciones alimenticias no expresadas ni comprendidas en otra parte, asignado a los Estados Unidos de América (DOUE L 185, 18.07.2017, p. 29).

Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y Nueva Zelanda 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 191, 22.07.2017, p. 1). Se decide la ampliación del

período de aplicación del derecho de las coproducciones audiovisuales con arreglo al artículo 5 del Protocolo relativo a la cooperación cultural del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra (DOUE L 160, 22.06.2017, p. 33) y se adopta una decisión por el Comité Mixto del Convenio regional sobre las normas de origen preferenciales paneuromediterráneas, de 16 de mayo de 2017, por lo que se refiere a la solicitud de Ucrania de convertirse en Parte contratante del Convenio regional sobre las normas de origen preferenciales paneuromediterráneas [2017/1367] (DOUE L 191, 22.07.2017, p. 11)

Además, se modifican el Reglamento (CE) n° 1215/2009 en lo que respecta a las concesiones comerciales concedidas a Kosovo a raíz de la entrada en vigor del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y Kosovo, por otra (DOUE L 209, 12.08.2017, p. 1), y el anexo III del Reglamento (UE) n° 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 1).

Se adoptan cuatro reglamentos, uno por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo (DOUE L 130, 19.05.2017, p. 1), otro relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión para los vinos originarios de Kosovo (DOUE L 209, 12.08.2017, p. 8), un tercero por el que se concede a Cabo Verde una excepción temporal a las normas de origen preferencial establecidas en el Reglamento (UE) 2015/2446, por lo que se refiere a preparados o conservas de filetes de atún (DOUE L 146, 9.06.2017, 10) y el cuarto por el que se concede a Cabo Verde una excepción temporal a las normas de origen preferencial establecidas en el Reglamento Delegado (UE) 2015/2446, respecto de las preparaciones y conservas de filetes de caballa y de las preparaciones y conservas de filetes de melva tazard o melva (DOUE L 146, 9.06.2017, 13).

Y se modifican, el Reglamento (UE) n° 1255/2010 en lo que atañe al contingente arancelario de importación de los productos de «baby beef» originarios de Kosovo (DOUE L 209, 12.08.2017, p. 13), el Reglamento de Ejecución (UE) n° 343/2011, relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión para los vinos originarios de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 123, 16.05.2017, p. 1), el Reglamento (UE) n° 354/2011, relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión de determinados pescados y productos de la pesca originarios de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 209, 12.08.2017, p. 15), el Reglamento (CE) n° 847/2006 en lo que respecta a los contingentes arancelarios de la Unión

para determinadas preparaciones y conservas de pescado originarias de Tailandia (DOUE L 200, 1.08.2017, p. 1), el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2148 en lo que se refiere a la supresión de las referencias a la República de Bielorrusia (DOUE L 149, 13.06.2017, p. 66), y el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/670 por el que se someten a una vigilancia previa de la Unión las importaciones de determinados productos siderúrgicos originarios de determinados terceros países (DOUE L 158, 21.06.2017, p. 8).

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En lo que se refiere a los aspectos internacionales de la Política Agrícola común (PAC), se decide la adhesión de la Unión Europea al Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA) (DOUE L 134, 23.05.2017, p. 23) y se modifica el anexo 12 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas [2017/1189] (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 185).

En la regulación de los aspectos generales de la PAC se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 908/2014 en lo relativo a la lista de las medidas sobre cuyos beneficiarios deben publicarse determinados datos (DOUE L 115, 4.05.2017, p. 43).

Se adoptan tres decisiones, una relativa a 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 ejercicio financiero 2016 (DOUE L 140, 31.05.2017, p. 15), otra relativa a 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 Garantía (FEAGA) en el ejercicio financiero 2016 (DOUE L 140, 31.05.2017, p. 25) y la tercera por la que 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 165, 28.06.2017, p. 37).

Se fija para el año civil 2017 el porcentaje de ajuste de los pagos directos de conformidad con el Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 177, 8.07.2017, p. 34), y se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 809/2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al sistema integrado de gestión y control, a las medidas de desarrollo rural y a la condicionalidad (DOUE L 178, 11.07.2017, p. 4), el Reglamento Delegado (UE) n° 639/2014 en lo que respecta a las medidas de control relacionadas con el cultivo de cáñamo, determinadas disposiciones sobre el pago de ecologización, el pago para jóvenes agricultores que ejercen el control de una persona jurídica, el cálculo del importe por unidad dentro de la ayuda asociada voluntaria, las fracciones de los

derechos de pago y algunos requisitos de notificación relacionados con el régimen de pago único por superficie y la ayuda asociada voluntaria, y que modifica el anexo X del Reglamento (UE) n° 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 167, 30.06.2017, p. 1), el Reglamento (CE) n° 1235/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 134, 23.05.2017, p. 6; DOUE L 210, 15.08.2017, p. 4).

También se modifican, el Reglamento (CE) n° 1385/2007, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 774/94 del Consejo en lo que concierne a la apertura y modo de gestión de determinados contingentes arancelarios comunitarios en el sector de la carne de aves de corral (DOUE L 167, 30.06.2017, p. 16), el anexo I del Reglamento (CE) n° 1439/95, el anexo III del Reglamento (CE) n° 748/2008 y el anexo III del Reglamento de Ejecución (UE) n° 593/2013 en lo que atañe al organismo facultado para expedir documentos y certificados en Argentina (DOUE L 211, 17.08.2017, p. 8), y el Reglamento (UE) n° 642/2010, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que concierne a los derechos de importación en el sector de los cereales (DOUE L 185, 18.07.2017, p. 24)

Se adopta un reglamento relativo a la expedición de certificados de importación de arroz en el marco de los contingentes arancelarios abiertos para el subperíodo de julio de 2017 por el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1273/2011 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 57) y otro por el que se establecen normas sobre el uso de un límite máximo de residuos establecido para una sustancia farmacológicamente activa en un producto alimenticio determinado para otro producto alimenticio derivado de la misma especie y de un límite máximo de residuos establecido para una sustancia farmacológicamente activa de una o más especies para otras especies, con arreglo al Reglamento (CE) n° 470/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 135, 24.05.2017, p. 1).

El Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, suele ser objeto de cambios diversos, y así se modifican, sus anexos III y V, por lo que respecta a los límites máximos de residuos de triclazol en determinados productos (DOUE L 148, 10.06.2017, 27), sus anexos II, III y V por lo que respecta a los límites máximos de residuos de fluopiram; hexaclorociclohexano (HCH), isómero alfa; hexaclorociclohexano (HCH), isómero beta; hexaclorociclohexano (HCH), suma de isómeros, excepto el isómero gamma; lindano [hexaclorociclohexano (HCH), isómero gamma]; nicotina y profenofós en determinados productos (DOUE L 151, 14.06.2017, p. 1), sus anexos II, III y IV por lo que respecta a los límites máximos de residuos de benzovindiflupir, clorantraniliprol, deltametrín, etofumesato, haloxi-

fop, cepa atenuada VCI del virus del mosaico del pepino, cepa atenuada VX1 del virus del mosaico del pepino, oxatiapiprolina, pentiopirad, piraclostrobina, espirotetramat, aceite de girasol, tolclofós-metilo y trinexapac en determinados productos (DOUE L 159, 21.06.2017, p. 1), sus anexos II y III por lo que respecta a los límites máximos de residuos de dimetoato y ometoato en determinados productos (DOUE L 164, 27.06.2017, p. 28), y sus anexos II y III por lo que respecta a los límites máximos de residuos de acrinatrina, metalaxilo y tiabendazol en determinados productos (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 3)

En relación con la regulación de productos, vegetales, cereales, y hortícolas se establece una excepción a lo dispuesto en el Reglamento de Ejecución (UE) n° 809/2014 en lo que se refiere a la fecha límite de presentación de la solicitud única, las solicitudes de ayuda o las solicitudes de pago, a la fecha límite para la notificación de las modificaciones de la solicitud única o de las solicitudes de pago y a la fecha límite de presentación de las solicitudes de asignación de derechos de pago o de incremento del valor de los derechos de pago en el marco del régimen de pago básico para el año 2017 (DOUE L 121, 12.05.2017, p. 35). Se modifican, el Reglamento (CE) n° 891/2009, relativo a la apertura y modo de gestión de determinados contingentes arancelarios comunitarios en el sector del azúcar (DOUE L 156, 20.06.2017, p. 19), y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 75/2013 y el Reglamento (CE) n° 951/2006 en lo que atañe a los derechos de importación adicionales en el sector del azúcar y al cálculo del contenido de sacarosa de la isoglucosa y de determinados jarabes (DOUE L 201, 2.08.2017, p. 21).

Se autoriza temporalmente a determinados Estados miembros a certificar materiales iniciales de determinadas especies de plantones de frutal, producidos en el campo en condiciones que no son a prueba de insectos, y por la que se deroga la Decisión de Ejecución (UE) 2017/167 (DOUE L 140, 31.05.2017, p. 7), y se modifican, el Reglamento (UE) n° 809/2014 en lo que se refiere a las medidas de control relativas al cultivo de cáñamo (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 87), el Reglamento (CE) n° 1881/2006, en lo que respecta al contenido máximo de ácido cianhídrico en los huesos de albaricoque enteros, triturados, molidos, machacados o picados sin transformar comercializados al consumidor final (DOUE L 177, 8.07.2017, p. 36), el Reglamento (CE) n° 607/2009 en lo que respecta a las variedades de uva de vinificación y sus sinónimos que pueden figurar en el etiquetado de los vinos (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 5) y la Decisión de Ejecución 2012/340/UE de la Comisión, relativa a la organización de un experimento temporal de conformidad con las Directivas 66/401/CEE, 66/402/CEE, 2002/54/CE, 2002/55/CE y 2002/57/CE del Consejo en lo que respecta a las inspecciones sobre el terreno llevadas a cabo bajo supervisión oficial para semillas de base y semillas de selección de generaciones anteriores a las semillas de base (DOUE L 172, 5.07.2017, p. 30).

Se renueva la autorización de comercialización de productos de maíz modificado genéticamente MON 810 (MON-ØØ81Ø-6) con arreglo al Reglamento (CE) nº 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 18), se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir del algodón modificado genéticamente GHB119 (BCS-GHØØ5-8), de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 23), se autoriza la introducción en el mercado de los productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente Bt11 × 59122 × MIR604 × 1507 × GA21, y de maíz modificado genéticamente que combine dos, tres o cuatro de los eventos Bt11, 59122, MIR604, 1507 y GA21, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 28), se autoriza la comercialización de productos que contengan o estén compuestos por el algodón modificado genéticamente 281-24-236 × 3006-210-23 × MON 88913 (DAS-24236-5 × DAS-21Ø23-5 × MON-88913-8) o se hayan producido a partir de él, con arreglo al Reglamento (CE) nº 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 38), y la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente DAS-40278-9, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 43).

También se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/949 en lo que respecta a la retirada de los cacahuetes (maníes) procedentes de los Estados Unidos de América de la lista de controles previos a la exportación autorizados en lo que concierne a las aflatoxinas (DOUE L 183, 14.07.2017, p. 9), los anexos I a V de la Directiva 2000/29/CE del Consejo, relativa a las medidas de protección contra la introducción en la Comunidad de organismos nocivos para los vegetales o productos vegetales y contra su propagación en el interior de la Comunidad (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 33), la Decisión de Ejecución (UE) 2016/715 por la que se establecen medidas respecto a determinados frutos originarios de determinados terceros países para prevenir la introducción y propagación en la Unión del organismo nocivo *Phyllosticta citricarpa* (McAlpine) Van der Aa (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 26), y la Decisión de Ejecución (UE) 2016/159, por la que se establecen los procedimientos para la presentación de las solicitudes de subvención y las solicitudes de pago, y la información al respecto, en lo que concierne a las medidas de emergencia contra las plagas de los vegetales a las que se hace referencia en el Reglamento (UE) nº 652/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 167, 30.06.2017, p. 39).

En cuanto a la regulación de materias referidas a la ganadería, animales y aves de corral, se modifican, el Reglamento (CE) n° 152/2009 en lo que respecta a la determinación de los contenidos de dioxinas y de bifenilos policlorados (DOUE L 115, 4.05.2017, p. 22), el Reglamento (CE) n° 1484/95 en lo que respecta 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 139, 30.05.2017, p. 28; DOUE L 167, 30.06.2017, p. 20; DOUE L 197, 28.07.2017, p. 3).

Se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1760/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la configuración del código de identificación para los animales de la especie bovina y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 911/2004 de la Comisión (DOUE L 143, 3.06.2017, p. 1), se designa el centro de referencia de la Unión Europea encargado de contribuir, desde el ámbito científico y técnico, a la armonización y a la mejora de los métodos de pruebas de control de rendimientos y de evaluación genética de los animales reproductores de raza pura de la especie bovina (DOUE L 204, 5.08.2017, p. 78), se completa el Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los modelos de la Unión de clasificación de las canales de vacuno, porcino y ovino y a la comunicación de los precios de mercado de determinadas categorías de canales y animales vivos (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 74) y se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los modelos de la Unión de clasificación de las canales de vacuno, porcino y ovino y a la comunicación de los precios de mercado de determinadas categorías de canales y animales vivos (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 103)

Se modifican, el Reglamento (UE) n° 68/2013 relativo al Catálogo de materias primas para piensos (DOUE L 159, 21.06.2017, p. 48), y el Reglamento (CE) n° 634/2007 en lo relativo a la caracterización de la seleniometionina producida por *Saccharomyces cerevisiae* NCYC R397 (DOUE L 156, 20.06.2017, p. 22).

Se adopta normativa relativa a las autorizaciones de, L-triptófano producido por *Escherichia coli* como aditivo para piensos destinado a todas las especies animales (DOUE L 134, 23.05.2017, p. 14), del preparado de *Lactobacillus plantarum* DSM 29024 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 139, 30.05.2017, p. 30), la autorización del ácido fórmico como aditivo en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 142, 2.06.2017, p. 40), de un preparado de lecitinas como aditivo para piensos destinados a todas las especies animales (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 13), de un preparado de esterasa de fumonisina producida por *Komagataella pastoris* (DSM 26643) como aditivo en los piensos para todas las especies de aves (DOUE L 139, 30.05.2017, p. 33), de un preparado de una cepa del microorganismo DSM 11798 de la familia *Coriobacteriaceae* como aditivo

en los piensos para todas las especies de aves, y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1016/2013 (DOUE L 141, 1.06.2017, p. 6), del preparado de endo-1,3(4)-beta-glucanasa producida por *Aspergillus aculeatinus* (anteriormente clasificado como *Aspergillus aculeatus*) (CBS 589.94), endo-1,4-beta-glucanasa producida por *Trichoderma reesei* (anteriormente clasificado como *Trichoderma longibrachiatum*) (CBS 592.94), alfa-amilasa producida por *Bacillus amyloliquefaciens* (DSM 9553), endo-1,4-beta-xilanasas producidas por *Trichoderma viride* (NIBH FERM BP4842) y bacilolisina producida por *Bacillus amyloliquefaciens* (DSM 9554) como aditivo en piensos para todas las especies aviares y los lechones destetados, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 358/2005 y (UE) n° 1270/2009 (titular de la autorización Kemin Europa NV) (DOUE L 145, 8.06.2017, 18), de cloruro manganoso, tetrahidratado; óxido de manganeso (II); sulfato manganoso, monohidratado; quelato de manganeso de aminoácidos, hidratado; quelato de manganeso de hidrolizados de proteínas; quelato de manganeso de hidrato de glicina y trihidroxicloloruro de dimanganeso como aditivos en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 216, 22.08.2017, p. 1), del colecalciferol como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 216, 22.08.2017, p. 19).

Se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1068/2011 por lo que respecta al contenido mínimo del preparado de endo-1,4-beta-xilanasas producidas por *Aspergillus niger* (CBS 109.713) y endo-1,4-beta-glucanasa producida por *Aspergillus niger* (DSM 18404) como aditivo en piensos para pollitas para puesta y todas las especies de aves para puesta (titular de la autorización: BASF SE) (DOUE L 143, 3.06.2017, p. 5), y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1206/2012 en lo que se refiere al cambio de la cepa de producción del preparado de endo 1,4-beta-xilanasas producidas por *Aspergillus oryzae* (DSM 10287) como aditivo para la alimentación de aves de engorde, lechones destetados y cerdos de engorde (titular de la autorización: DSM Nutritional Products Ltd) (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 9).

También se adopta normativa relativa a las autorizaciones de, un preparado de *Enterococcus faecium* CECT 4515 como aditivo en los piensos para lechones destetados y de un nuevo uso en el agua de beber para lechones destetados y para pollos de engorde, y por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 2036/2005 y el Reglamento (UE) n° 887/2011 (titular de la autorización: Evonik Nutrition & Care GmbH) (DOUE L 145, 8.06.2017, 7) y del preparado de *Lactococcus lactis* PCM B/00039, *Carnobacterium divergens* PCM KKP 2012p, *Lactobacillus casei* PCM B/00080, *Lactobacillus plantarum* PCM B/00081 y *Saccharomyces cerevisiae* PCM KKP 2059p como aditivo en piensos para pollos de engorde (titular de la autorización: JHJ Ltd) (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 16). Y se suspende la autorización de la etoxiquina como aditivo en piensos para todas las especies y categorías animales (DOUE L 145, 8.06.2017, 139) y se retiran del mercado de determinados aditivos para piensos auto-

rizados con arreglo a las Directivas 70/524/CEE y 82/471/CEE del Consejo y por el que se derogan las disposiciones obsoletas por las que se autorizaron estos aditivos para piensos (DOUE L 166, 29.06.2017, p. 1).

Por otra parte, se modifican, el Reglamento (CE) nº 889/2008 en lo que se refiere a los piensos destinados a determinados animales de la acuicultura ecológica (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 5), el anexo I del Reglamento (CE) nº 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 165, 28.06.2017, p. 29), y el anexo II de la Decisión 2007/777/CE en lo que respecta a la lista de terceros países o partes de terceros países desde los que está autorizada la introducción en la Unión de productos cárnicos y estómagos, vejigas e intestinos tratados (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 46).

Se establecen las condiciones zoonosanitarias y de certificación veterinaria necesarias para la reintroducción de caballos registrados para participar en concursos hípicos después de su exportación temporal a Turkmenistán, se modifica el anexo I de la Decisión 93/195/CEE en lo relativo a la entrada correspondiente a Turkmenistán y se modifica el anexo I de la Decisión 2004/211/CE en lo relativo a la entrada correspondiente a Turkmenistán en la lista de terceros países y partes de los mismos desde los que se autorizan importaciones a la Unión de équidos vivos y su esperma, sus óvulos y sus embriones (DOUE L 128, 19.05.2017, p. 55). Se modifican, el Reglamento (CE) nº 180/2008 en lo que respecta a la prórroga del período de designación del laboratorio de referencia de la UE para enfermedades de los équidos distintas de la peste equina africana (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 5), la Decisión 2009/821/CE en lo relativo a las listas de puestos de inspección fronterizos y de unidades veterinarias de Traces (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 22) y el anexo de la Decisión de Ejecución (UE) 2017/247, sobre las medidas de protección en relación con los brotes de gripe aviar altamente patógena en determinados Estados miembros (DOUE L 164, 27.06.2017, p. 59; DOUE L 197, 28.07.2017, p. 13).

Se adoptan medidas para impedir la introducción en la Unión del virus de la fiebre aftosa procedente de Túnez, y que modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2017/675 (DOUE L 135, 24.05.2017, p. 25), se modifica el anexo I del Reglamento (CE) nº 798/2008 en lo que respecta a las entradas correspondientes a la antigua República Yugoslava de Macedonia, los Estados Unidos, Sudáfrica y Zimbabue en la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Unión o el tránsito por esta de determinadas mercancías de aves de corral, en relación con la influenza aviar de alta patogenicidad (DOUE L 203, 4.08.2017, p. 4) y se modifican, la Decisión de Ejecución (UE) 2016/2008 de la Comisión, relativa a las medidas zoonosanitarias de lucha contra la dermatosis nodular

contagiosa en determinados Estados miembros (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 42) y el anexo VII del Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la designación del laboratorio de referencia de la UE para los virus transmitidos por los alimentos (DOUE L 195, 27.07.2017, p. 9).

Finalmente, y en relación con los centros escolares y ayuda alimentaria, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1240 en lo que respecta a la salida al mercado de existencias de intervención para el programa de distribución de alimentos a las personas más necesitadas (DOUE L 211, 17.08.2017, p. 10).

IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, suele ser necesario para la Unión Europea la celebración de Tratados internacionales de pesca, sobre distintos aspectos de la misma. A estos efectos, se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/98 de la Comisión, relativo a la aplicación de las obligaciones internacionales de la Unión, tal como se contempla en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento (UE) n° 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en el marco del Convenio Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico y el Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Noroccidental (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 1) y se aprueba, en nombre de la Unión Europea, una modificación del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania (DOUE L 193, 25.07.2017, p. 4).

En lo que se refiere al régimen general de la pesca y flotas pesqueras, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1243/2014 de la Comisión, por el que se establecen, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 508/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, normas sobre la información que deben enviar los Estados miembros, así como sobre las necesidades de datos y las sinergias entre las fuentes potenciales de datos (DOUE L 119, 9.05.2017, p. 7), y se adoptan dos reglamentos, uno relativo al establecimiento de un marco de la Unión para la recopilación, gestión y uso de los datos del sector pesquero y el apoyo al asesoramiento científico en relación con la política pesquera común y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 199/2008 del Consejo (DOUE L 157, 20.06.2017, p. 1) y otro por el que se definen las características de los barcos de pesca (DOUE L 169, 30.06.2017, p. 1).

En cuanto a la protección del medio marino y cuotas generales de pesca, se modifican, el Reglamento Delegado (UE) 2017/118 por el que se establecen medidas de conservación de las pesquerías para la protección del entorno marino en el mar del Norte (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 1), el Reglamento Delegado (UE) n° 1395/2014,

por el que se establece un plan de descartes para determinadas pesquerías de pequeños pelágicos y pesquerías de uso industrial en el Mar del Norte (DOUE L 197, 28.07.2017, p. 1), el Reglamento Delegado (UE) 2017/117 por el que se establecen medidas de conservación de las pesquerías para proteger el medio marino del mar Báltico y se deroga el Reglamento Delegado (UE) 2015/1778 (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 30), y el Reglamento (UE) 2017/127 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca (DOUE L 199, 29.07.2017, p. 2)

Por otra parte se adopta normativa por la que se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2017 debido a la sobrepesca practicada en años anteriores (DOUE L 186, 19.07.2017, p. 6), por la que se establece una talla mínima de referencia a efectos de conservación para el besugo en el océano Atlántico Nororiental (DOUE L 119, 9.05.2017, p. 4), se modifica el Reglamento (UE) nº 142/2011 en lo que respecta a las definiciones de harina de pescado y aceite de pescado (DOUE L 119, 9.05.2017, p. 1), y se prohíbe la pesca de gallineta nórdica en la zona NAFO 3M por parte de los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 3; DOUE L 208, 11.08.2017, p. 3)

Además, se identifica a la Unión de las Comoras como tercer país no cooperante en la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 135, 24.05.2017, p. 35), y se modifica la Decisión de Ejecución 2014/170/UE por la que se establece una lista de terceros países no cooperantes en la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada en relación con la Unión de las Comoras (DOUE L 185, 18.07.2017, p. 37). Se identifica a San Vicente y las Granadinas como tercer país no cooperante en la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 139, 30.05.2017, p. 70), y se modifica la Decisión de Ejecución 2014/170/UE por la que se establece una lista de terceros países no cooperantes en la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada en relación con San Vicente y las Granadinas (DOUE L 185, 18.07.2017, p. 41). También se modifica el anexo II de la Decisión 2006/766/CE en lo que respecta a la inclusión de la antigua República Yugoslava de Macedonia, Georgia y la República de Kiribati en la lista de terceros países y territorios desde los que se autorizan las importaciones de determinados productos de la pesca destinados al consumo humano (DOUE L 156, 20.06.2017, p. 34).

En lo que se refiere a las limitaciones de pesca a la flota española, se prohíbe temporalmente la pesca de carbonero en la zona VI, y en aguas de la Unión e internacionales de las zonas Vb, XII y XIV (DOUE L 141, 1.06.2017, p. 1), se prohíbe temporalmente la pesca de eglefino en aguas de la Unión e internacionales de las zonas Vb y VIa (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 5), se prohíbe temporalmente la pesca

de alfonsinos en aguas de la Unión y aguas internacionales de las zonas III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII y XIV (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 11) y se prohíbe temporalmente la pesca de sable negro en aguas de la Unión e internacionales de las zonas VIII, IX y X (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 13)

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

La Libre Circulación de los Trabajadores, la Política Social y de Empleo es también objeto de regulación, y así, se decide un modelo de descripción de los sistemas y procedimientos nacionales para la admisión de organizaciones como miembros y socios de EURES (DOUE L 179,12.07.2017, p. 18), y se deciden también los modelos y procedimientos necesarios para el intercambio de información a escala de la Unión sobre los programas de trabajo nacionales de la red EURES (DOUE L 179,12.07.2017, p. 24), así como las normas técnicas y formatos necesarios para el establecimiento de un sistema uniforme que permita la puesta en correspondencia de las ofertas y las demandas de empleo y los CV en el portal EURES (DOUE L 179,12.07.2017, p. 32)

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En los ámbitos del Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, 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 31 de marzo y el 29 de junio de 2017 (DOUE L 126, 18.05.2017, p. 1), y entre el 30 de junio y el 29 de septiembre de 2017 (DOUE L 204, 5.08.2017, p. 7) de conformidad con 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

Se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (DOUE L 132, 20.05.2017, p. 1) y de conformidad con la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros, se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al formato y el calendario de los informes de posición por parte de las empresas de servicios de inversión y los organismos rectores del mercado de los centros de negociación (DOUE L 144, 7.06.2017, p. 12), se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para la cooperación en las actividades de supervisión, las verificaciones in situ y las investigaciones, y para el intercambio de información entre las au-

toridades competentes (DOUE L 148, 10.06.2017, 3), se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para la consulta a otras autoridades competentes antes de la concesión de una autorización (DOUE L 148, 10.06.2017, 16), se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para las disposiciones de cooperación relativas a un centro de negociación cuyas operaciones sean de importancia sustancial en un Estado miembro de acogida (DOUE L 149, 13.06.2017, p. 3), se establecen normas técnicas de ejecución con respecto al formato y el calendario de las comunicaciones y la publicación de la suspensión y exclusión de instrumentos financieros (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 1), se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para la autorización de los proveedores de servicios de suministro de datos y las notificaciones conexas (DOUE L 162, 23.06.2017, p. 3) y se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos y formularios para la transmisión de información en materia de sanciones y medidas (DOUE L 162, 23.06.2017, p. 14), así mismo, se completa citada la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la información que deben notificar las empresas de servicios de inversión, los organismos rectores del mercado y las entidades de crédito (DOUE L 155, 17.06.2017, p. 1).

También se establecen normas técnicas de ejecución relativas al formato de los informes de posiciones de las empresas de servicios de inversión y los organismos rectores del mercado (DOUE L 158, 21.06.2017, p. 16), se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro (DOUE L 209, 12.08.2017, p. 19) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2070 en lo que respecta a las carteras de referencia y las instrucciones de notificación (DOUE L 225, 31.08.2017, p. 1)

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes también es frecuente la celebración de Tratados internacionales, y la adopción de actos en estos ámbitos, así se deciden, la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y la adhesión al mismo por parte de los Estados miembros en interés de la Unión Europea, a excepción de los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil (DOUE L 115, 4.05.2017, p. 15), la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y a la adhesión al mismo por parte de

los Estados miembros, en interés de la Unión Europea, en lo que atañe a los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil (DOUE L 115, 4.05.2017, p. 18), la posición que se debe adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Comité europeo para la elaboración de normas de navegación interior (CESNI) y en la sesión plenaria de la Comisión Central para la Navegación del Rin (CCNR) sobre la adopción de una norma referente a las prescripciones técnicas aplicables a las embarcaciones de navegación interior (DOUE L 172, 5.07.2017, p. 10) y la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en la Organización Marítima Internacional durante el 98º período de sesiones del Comité de Seguridad Marítima y el 71º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino, sobre la adopción de las enmiendas de las reglas II-1/23 y II-2/9.4.1.3 del Convenio SOLAS, de los Códigos internacionales de naves de gran velocidad de 1994 y 2000, del Código internacional de dispositivos de salvamento y del apéndice V del anexo VI del Convenio MARPOL (DOUE L 178, 11.07.2017, p. 9)

En relación a los transportes aéreos, se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1998 en lo que atañe a la aclaración, armonización y simplificación de determinadas medidas de seguridad aérea (DOUE L 122, 13.05.2017, p. 1), y el Reglamento (CE) nº 474/2006 en lo que respecta a la lista de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación o cuya explotación queda sujeta a restricciones dentro de la Unión (DOUE L 124, 17.05.2017, p. 3).

En el sector de los transportes por carretera, se establece el acta tipo a que se refiere el artículo 17 del Reglamento (CE) nº 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 28), se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/480 por el que se establecen las normas comunes relativas a la interconexión de los registros electrónicos nacionales de las empresas de transporte por carretera (DOUE L 206, 9.08.2017, p. 3), y el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/68 sobre los procedimientos y especificaciones comunes necesarios para la interconexión de los registros electrónicos de las tarjetas de conductor (DOUE L 221, 26.08.2017, p. 10)

En el sector del transporte marítimo, se decide el reconocimiento de Etiopía (DOUE L 177, 8.07.2017, p. 43) y de Fiyi (DOUE L 202, 3.08.2017, p. 6) de conformidad con la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los sistemas de formación y titulación de la gente de mar

En cuanto al transporte ferroviario, se completa la Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los objetivos específicos de redacción, adopción y revisión de las especificaciones técnicas de interoperabilidad (DOUE L 210, 15.08.2017, p. 5)

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En este cuatrimestre se produce alguna regulación de los aspectos normativos internacionales de la Política de la competencia, así se autoriza la apertura de negociaciones con el Gobierno de Japón para un acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de Japón sobre cooperación en el ámbito de la política de competencia (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 19)

En cuanto a derechos compensatorios y antidumping, se someten a registro las importaciones de determinados aceros resistentes a la corrosión originarios de la República Popular China (DOUE L 177, 8.07.2017, p. 39), y en relación con los productos provenientes de la República Popular China, se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinados aceros resistentes a la corrosión (DOUE L 207, 10.08.2017, p. 1), y sobre las importaciones de determinados artículos de hierro de fundición (DOUE L 211, 17.08.2017, p. 14). Se establecen derechos compensatorios definitivos sobre 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, y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/649, por el que se impone un derecho antidumping definitivo 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 146, 9.06.2017, 17).

Igualmente, y en relación con la República Popular China, se impone un derecho antidumping definitivo 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 (DOUE L 121, 12.05.2017, p. 3), sobre las importaciones de carburo de wolframio, carburo de wolframio fundido y carburo de wolframio simplemente mezclado con polvo metálico (DOUE L 142, 2.06.2017, p. 53), se restablece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de accesorios de tubería roscados, moldeados, de fundición maleable, originarios de la República Popular China, fabricados por Jinan Meide Castings Co., Ltd (DOUE L 166, 29.06.2017, p. 23), se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de melamina (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 62), se establece un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de determinado papel fino estucado (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 134) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1105/2010 del Consejo y el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/325 de la Comisión en lo que se refiere a la definición del producto de las medidas antidumping vigentes aplicables a las importaciones de hilados de alta tenacidad de poliésteres originarios de la República Popular China, y que dis-

pone la posibilidad de devolución o condonación de derechos en determinados casos (DOUE L 167, 30.06.2017, p. 31)

También se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado papel térmico ligero originario de la República de Corea (DOUE L 114, 3.05.2017, p. 3), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinadas barras y varillas para hormigón armado originarias de la República de Bielorrusia (DOUE L 155, 17.06.2017, p. 6), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinadas barras y varillas para hormigón armado originarias de la República de Bielorrusia (DOUE L 206, 9.08.2017, p. 1), se establece un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de determinadas barras y varillas de acero inoxidable originarias de la India (DOUE L 165, 28.06.2017, p. 2) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) nº 861/2013 del Consejo, por el que se establece un derecho compensatorio definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado alambre de acero inoxidable originario de la India, en lo concerniente a los códigos TARIC de los productores exportadores indios que cooperaron y no están incluidos en la muestra (DOUE L 214, 18.08.2017, p. 1)

En cuanto al régimen de las ayudas de Estado, se modifica el Reglamento (UE) nº 651/2014 en lo relativo a las ayudas a infraestructuras portuarias y aeroportuarias, los umbrales de notificación para las ayudas a la cultura y la conservación del patrimonio y para las ayudas a infraestructuras deportivas y recreativas multifuncionales, así como los regímenes de ayudas de funcionamiento de finalidad regional, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 702/2014 en lo relativo al cálculo de los costes subvencionables (DOUE L 156, 20.06.2017, p. 1)

En relación con las ayudas de Estado a España se autoriza una ayuda al País Vasco (DOUE C 219, 7.07.2017, p.1)

IX. FISCALIDAD

En Política Fiscal, se modifican, la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países (DOUE L 144, 7.06.2017, p. 1), y el Reglamento (CE) nº 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 162, 23.06.2017, p. 22).

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En relación con el Banco Central Europeo, se modifican, la Decisión BCE/2012/6 sobre la creación del Consejo de TARGET2-Securities (BCE/2017/20) (DOUE L 199, 29.07.2017, p. 24), y la Orientación BCE/2012/13 sobre TARGET2-Securities (BCE/2017/19) (DOUE L 199, 29.07.2017, p. 26)

Respecto a las medidas económicas en relación con los Estados miembros, se decide el régimen general de delegación de facultades de decisión respecto de instrumentos jurídicos relativos a las funciones de supervisión (BCE/2016/40) (DOUE L 141, 1.06.2017, p. 14) y se modifica la Decisión BCE/2014/29 sobre la presentación al Banco Central Europeo de los datos de supervisión transmitidos a las autoridades nacionales competentes por las entidades supervisadas conforme al Reglamento de Ejecución (UE) nº 680/2014 de la Comisión (BCE/2017/23) (DOUE L 216, 22.08.2017, p. 23). Igualmente se decide sobre la delegación de decisiones sobre la significatividad de las entidades supervisadas (BCE/2016/41) (DOUE L 141, 1.06.2017, p. 18), y sobre la delegación de la facultad de adoptar decisiones de idoneidad y sobre la evaluación del cumplimiento de los requisitos de idoneidad (BCE/2016/42) (DOUE L 141, 1.06.2017, p. 21). Se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas de idoneidad (BCE/2017/16) (DOUE L 141, 1.06.2017, p. 26), y también se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas sobre la significatividad de las entidades supervisadas (BCE/2017/17) (DOUE L 141, 1.06.2017, p. 28).

También se decide sobre la presentación por las autoridades nacionales competentes al Banco Central Europeo de los planes de financiación de las entidades de crédito (BCE/2017/21) (DOUE L 172, 5.07.2017, p. 32), se aprueba el régimen de resolución del Banco Popular Español SA (DOUE L 178, 11.07.2017, p. 15) y se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo (DOUE L 148, 10.06.2017, 38). Igualmente se le dirige a España una recomendación del Consejo, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2017 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2017 de España (DOUE C 261, 9.08.2017, p. 31).

Se derogan las decisiones relativas a la existencia de un déficit excesivo en Croacia (DOUE L 172, 5.07.2017, p. 8), y a la existencia de un déficit excesivo en Portugal (DOUE L 174, 7.07.2017, p. 19), y se modifica la Decisión de Ejecución 2016/544/UE por la que se aprueba el programa de ajuste macroeconómico para Grecia (2015/1411) (DOUE L 174, 7.07.2017, p. 22).

En esta materia, finalmente se decide sobre la delegación de decisiones sobre la transmisión de información estadística confidencial a la Junta Única de Resolución (BCE/2017/22) (DOUE L 179, 12.07.2017, p. 39)

En relación con el euro, se modifican, la Decisión 2005/37/CE por la que se crea el Centro Técnico y Científico Europeo (CTCE) y se dispone la coordinación de las acciones técnicas destinadas a proteger las monedas de euro contra la falsificación (DOUE L 222, 29.08.2017, p. 25; DOUE L 222, 29.08.2017, p. 25)

En materia de política monetaria, se modifican, la Decisión (UE) 2016/948 sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos (BCE/2017/13) (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 20), la Decisión BCE/2014/40 sobre la ejecución del tercer programa de adquisiciones de bonos garantizados (BCE/2017/14) (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 22), y la Decisión (UE) 2015/5 sobre la ejecución del programa de adquisiciones de bonos de titulización de activos (BCE/2017/15) (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 24), así como la Orientación (UE) 2015/510 sobre la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2017/12) (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 26)

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Las Relaciones exteriores y la Cooperación al Desarrollo de la Unión Europea suelen implicar la celebración o modificación de numerosos tratados internacionales. En este sentido se decide la celebración 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 195, 27.07.2017, p. 1 y 3).

Entre los numerosos tratados que celebra la UE destacan numerosos Acuerdos de Asociación. Así se decide la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, con excepción de las disposiciones relativas al tratamiento de los nacionales de terceros países legalmente empleados como trabajadores en el territorio de la otra Parte (DOUE L 181, 12.07.2017, p. 1; DOUE L 181, 12.07.2017, p. 4). También se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Subcomité de Gestión para Asuntos Sanitarios y Fitosanitarios establecido por el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, por lo que respecta a la modificación del anexo V de dicho Acuerdo (DOUE L 195, 27.07.2017, p. 13).

Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, y la aplicación provisional de un Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Árabe de Egipto, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 115, 4.05.2017, p. 1 y 3), y la firma, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, y a la aplicación provisional del Tercer Protocolo adicional al Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 196, 27.07.2017, p. 1 y 3). Además se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Asociación UE-Chile en lo que respecta a la sustitución del apéndice II del anexo III del Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra (DOUE L 127, 18.05.2017, p. 1), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Asociación UE-Chile en lo que respecta a la sustitución del artículo 12 del anexo III del Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra (DOUE L 127, 18.05.2017, p. 88), y la sustitución del artículo 12 del título III del anexo III del Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra, sobre transporte directo [2017/958] (DOUE L 144, 7.06.2017, p. 35).

El Comité Especial Cariforum-UE de Cooperación Aduanera y Facilitación del Comercio establece una excepción a las normas de origen contempladas en el Protocolo I del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, atendiendo a la situación especial por la que atraviesa la República Dominicana en lo que respecta a determinados productos textiles [2017/1463] (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 53).

Igualmente se decide la celebración, en nombre de la Unión y sus Estados miembros, del Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Bosnia y Herzegovina, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 1), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo de Asociación UE-República de Moldavia respecto de la modificación del anexo XXVI 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 191, 22.07.2017, p. 3), y la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Consejo

de Asociación establecido por el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra, por lo que respecta a la adopción del Programa de Asociación UE-República de Moldavia (DOUE L 205, 8.08.2017, p. 68).

El Consejo de Asociación UE-República de Moldavia adopta una recomendación sobre el Programa de Asociación UE-República de Moldavia [2017/1489] /DOUE L 215, 19.08.2017, p. 3), el Subcomité Sanitario y Fitosanitario UE-Georgia, adopta su Reglamento interno [2017/878] (DOUE L 134, 23.05.2017, p. 40), el Subcomité de Indicaciones Geográficas UE-Georgia, adopta su Reglamento interno [2017/879] (DOUE L 134, 23.05.2017, p. 46), y el Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible UE-Georgia adopta su Reglamento interno [2017/1365] (DOUE L 191, 22.07.2017, p. 7) y establece la lista de expertos en comercio y desarrollo sostenible [2017/1366] (DOUE L 191, 22.07.2017, p. 9)

Respecto al Espacio Económico Europeo (EEE), se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en lo que respecta a una modificación del anexo IV (Energía) del Acuerdo EEE (Tercer paquete de energía) (DOUE L 118, 6.05.2017, p. 6), a una modificación del anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE (DOUE L 119, 9.05.2017, p. 16), en relación con una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (líneas presupuestarias 02.03.01 «Mercado interior» y 02.03.04 «Herramientas de gobernanza del mercado interior») (DOUE L 128, 19.05.2017, p. 20), en relación con una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (Línea presupuestaria 33.02.03.01) (DOUE L 128, 19.05.2017, p. 23), en relación con una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (línea presupuestaria 12 02 01) (DOUE L 135, 24.05.2017, p. 18), en relación con una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (Línea presupuestaria 04 03 01 03) (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 89), en relación con una modificación del Protocolo 3 del Acuerdo EEE, sobre los productos contemplados en el artículo 8, apartado 3, letra b), del Acuerdo (DOUE L 128, 19.05.2017, p. 25).

También en relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se modifican, el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) del Acuerdo EEE [2017/1022] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 1; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 3; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 4; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 5; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 6; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 8; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 12; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 13; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 14; DOUE L 161, 22.06.2017, p.

15; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 17; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 1; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 3; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 5; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 7; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 9; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 10; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 11; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 12; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 14), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2017/1033] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 19; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 21; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 22; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 23; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 25; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 26; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 28; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 30; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 32; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 33; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 35; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 37; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 38; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 39; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 40; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 41; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 42; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 43; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 44; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 45; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 46; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 48; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 51; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 52; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 53; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 54; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 15; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 16; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 17; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 18; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 19; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 20; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 22; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 23; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 25; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 27; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 28; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 30; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 32; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 33), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo IV (Energía) del Acuerdo EEE [2017/1307] (DOUE L 189, 20.07.2017, p. 34; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 36; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 38), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE [2017/1059] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 55), el anexo VI (Seguridad social) del Acuerdo EEE [2017/1310] (DOUE L 189, 20.07.2017, p. 43), el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) del Acuerdo EEE [2017/1060] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 57), el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE [2017/1061] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 58; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 60; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 61; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 62; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 64; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 65; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 66; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 67; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 45), el anexo XIII (Transportes), el Protocolo 31 (sobre la cooperación en ámbitos específicos no incluidos en las cuatro libertades) y el Protocolo 37 (que contiene la lista correspondiente al artículo 101) del Acuerdo EEE [2017/1069] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 68), el anexo XVI (Contratos públicos) del Acuerdo EEE [2017/1312] (DOUE L 189, 20.07.2017, p. 46), el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE [2017/1070] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 71), el anexo

XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE [2017/1071] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 72; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 73; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 75; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 77; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 48; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 50; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 51), el anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE [2017/1075] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 78; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 80; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 81; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 82; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 83; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 84; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 85; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 53; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 54; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 55; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 56), el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE [2017/1082] (DOUE L 161, 22.06.2017, p. 87; DOUE L 161, 22.06.2017, p. 89; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 57; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 58; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 59; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 57; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 58; DOUE L 189, 20.07.2017, p. 59) y el Protocolo 47 (sobre la supresión de los obstáculos comerciales de carácter técnico en el sector del vino) del Acuerdo EEE [2017/1323] (DOUE L 189, 20.07.2017, p. 60).

Finalmente, el Órgano de Vigilancia de la AELC decide sobre la conformidad de la tarifa unitaria de 2017 correspondiente a Noruega con arreglo al artículo 17 del acto mencionado en el punto 66wm del anexo XIII del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo [Reglamento de Ejecución (UE) n° 391/2013 de la Comisión, de 3 de mayo de 2013, por el que se establece un sistema común de tarificación de los servicios de navegación aérea] [2017/1513] (DOUE L 224, 31.08.2017, p. 122)

XII. ENERGÍA

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En la regulación del Mercado Interior siempre suele haber normativa internacional que le afecta, así como la recepción de numerosos reglamentos adoptados por la Comisión Económica para Europa (CEPE) de las Naciones Unidas, en este caso Prescripciones uniformes relativas a la homologación de dispositivos anticontaminantes de recambio para vehículos de motor [2017/1446] (DOUE L 207, 10.08.2017, p. 30)

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en este cuatrimestre, se decide sobre el grupo de productos cuya acción principal prevista, basada en las proantocianidinas (PAC) del arándano rojo (*Vaccinium macrocarpon*), es prevenir o tratar la cistitis (DOUE L 207, 10.08.2017, p. 28). También se decide, la ampliación de los períodos de aprobación de las sustancias activas alfa-cipermetrina, *Ampelomyces quisqualis*, cepa: aq 10, benalaxil, bentazona, bifenazato, bromoxinil, carfentrazona-etilo, clorprofam,

ciazofamida, desmedifam, dicuat, DPX KE 459 (flupirsulfurón-metilo), etoxazol, famoxadona, fenamidona, flumioxazina, foramsulfurón, Gliocladium catenulatum, cepa: j1446, imazamox, imazosulfurón, isoxaflutol, laminarina, metalaxilo-m, metoxifenoazida, milbemectina, oxasulfurón, pendimetalina, fenmedifam, pimetozina, s-metolaclo-ro y trifloxistrobina (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 12).

El Reglamento de Ejecución (UE) nº 540/2011 se modifica, en lo relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia activa diflubenzurón (DOUE L 128, 19.05.2017, p. 10), y en lo relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia activa fluroxipir (DOUE L 128, 19.05.2017, p. 14), No se aprueba el PHMB (1600; 1.8) como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 5 (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 29), tampoco se aprueba el uso de 2-metil-1,2-benzisotiazol-3(2H)-ona como sustancia activa en biocidas del tipo de producto 13 (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 69).

Se modifica el Reglamento (CE) nº 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización de productos fitosanitarios por lo que respecta a los criterios para la aprobación de sustancias activas de bajo riesgo (DOUE L 205, 8.08.2017, p. 59), y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) nº 540/2011 por lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas 1-metilciclopropeno, beta-ciflutrina, clorotalonil, clorotoluron, cipermetrina, daminozida, deltametrina, dimetenamida-p, flufenacet, flurtamona, forclorfenurón, fostiazato, indoxacarbo, iprodiona, MCPA, MCPB, siltiofam, tiofanato-metil y tri-benurón (DOUE L 224, 31.08.2017, p. 115).

De acuerdo con el Reglamento (CE) nº 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y modificando el Reglamento de Ejecución (UE) nº 540/2011 de la Comisión, se establece la no aprobación de la sustancia activa ortosulfamurón (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 10), se retira la aprobación de la sustancia activa metil-nonil-cetona (DOUE L 118, 6.05.2017, p. 1), se retira la aprobación de la sustancia activa repelentes (por el olor) de origen animal o vegetal/alquitrán de aceite de resina (DOUE L 163, 24.06.2017, p. 10), se retira la aprobación de la sustancia activa repelentes (por el olor) de origen animal o vegetal/aceite de resina crudo (DOUE L 171, 4.07.2017, p. 131), se decide la no renovación de la aprobación de la sustancia activa picoxistrobina (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 28), la no renovación de la aprobación de la sustancia activa DPX KE 459 (flupirsulfurón-metilo) (DOUE L 218, 24.08.2017, p. 7).

De conformidad con los citados reglamentos, se renueva la aprobación de la sustancia activa flazasulfurón (DOUE L 121, 12.05.2017, p. 26), se renueva la aprobación de la sustancia activa de bajo riesgo Coniothyrium minitans (cepa CON/M/91-08) (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 16), se renueva la aprobación de la sustancia activa

2,4-DB (DOUE L 216, 22.08.2017, p. 15), se renueva la aprobación de la sustancia activa hidrazida maleica (DOUE L 222, 29.08.2017, p. 21), se renueva la aprobación de la sustancia activa ácido benzoico (DOUE L 162, 23.06.2017, p. 27), se renueva la aprobación de la sustancia activa pendimetalina, como candidata a la sustitución (DOUE L 162, 23.06.2017, p. 32), se renueva la aprobación de la sustancia activa propoxycarbazona (DOUE L 162, 23.06.2017, p. 38), se renueva la aprobación de la warfarina como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 9), se renueva la aprobación de la clorofacinona como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 15), se renueva la aprobación del coumatetralil como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 21), se renueva la aprobación del difenacum como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 27), se renueva la aprobación de la bromadiolona como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 33), se renueva la aprobación del brodifacum como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 39), se renueva la aprobación de la difetialona como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 45), se renueva la aprobación del floccumafeno como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 14 (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 51).

Igualmente, y en relación con la misma normativa, se aprueba la sustancia activa *Bacillus amyloliquefaciens*, cepa FZB24 (DOUE L 121, 12.05.2017, p. 31), se aprueba la sustancia activa *Beauveria bassiana* cepa 147 (DOUE L 124, 17.05.2017, p. 27), se aprueba la sustancia activa *Beauveria bassiana* cepa NPP111B005 (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 21), se aprueba el uso de dióxido de silicio/tierra de diatomeas como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 7), se aprueba el uso del dióxido de silicio pirógeno sintético amorfo, nano, tratado en superficie, como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 18 (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 10), se aprueba el uso de la diclofluanida como sustancia activa existente en biocidas del tipo de producto 21 (DOUE L 120, 11.05.2017, p. 13), se aprueba el cloro activo liberado de hipoclorito de sodio como sustancia activa existente para su uso en biocidas de los tipos de producto 1, 2, 3, 4 y 5 (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 13), se aprueba el cloro activo liberado de hipoclorito de calcio como sustancia activa existente para su uso en biocidas de los tipos de producto 2, 3, 4 y 5 (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 17), se aprueba el cloro activo liberado de cloro como sustancia activa existente para su uso en biocidas de los tipos de producto 2 y 5 (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 21), se aprueba el ácido peracético generado a partir de tetraacetilendiamina y percarbonato de sodio como sustancia activa existente para su uso en biocidas de los tipos de producto 2, 3 y 4 (DOUE

L 184, 15.07.2017, p. 24), se aprueba la 2-octil-isotiazol-3(2H)-ona como sustancia activa para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 27) y se aprueba la 2-metilisotiazol-3(2H)-ona como sustancia activa existente para su uso en biocidas del tipo de producto 11 (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 30).

La protección de la salud alimentaria y la seguridad también suele originar o modificar variada normativa. En este sentido, se deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 1; DOUE L 173, 6.07.2017, p. 4; DOUE L 173, 6.07.2017, p. 6).

El Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, es modificado en su anexo II en lo relativo a la utilización de nitritos (E 249-250) en el «golonka peklowana» (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 7), en lo que respecta al uso de ácido fosfórico, fosfatos, di-, tri- y polifosfatos (E 338-452) en determinados preparados de carne (DOUE L 134, 23.05.2017, p. 3), en lo que se refiere a la utilización de carbonato de potasio (E 501) en frutas y hortalizas peladas, cortadas y trituradas (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 1) y en lo que se refiere al poliaspartato de potasio (DOUE L 199, 29.07.2017, p. 8), y también es modificado el anexo III en lo relativo a la utilización del butano (E 943a), el isobutano (E 943b) y el propano (E 944) en preparados de colorantes (DOUE L 134, 23.05.2017, p. 18) y en lo que se refiere a la utilización de dióxido de silicio (E 551) en el nitrato potásico (E 252) (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 3). También se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la retirada de la sustancia aromatizante 4,5-epoxidec-2(trans)-enal de la lista de la Unión (DOUE L 179, 12.07.2017, p. 3). Igualmente se modifica el anexo del Reglamento (UE) n° 609/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la lista de sustancias que pueden añadirse a los alimentos elaborados a base de cereales y alimentos infantiles, así como a los alimentos para usos médicos especiales (DOUE L 158, 21.06.2017, p. 5).

Por otra parte, con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, se autoriza la comercialización de: la L-ergotioneina como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 65), y de un preparado enzimático de prolil-oligopeptidasa producido con una cepa modificada genéticamente de *Aspergillus niger* como nuevo ingrediente alimentario (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 65). Se modifica la Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al silicio orgánico (monometilsilanotriol) y a los oligosacáridos fosforilados

de calcio (POs-Ca®) añadidos a los alimentos y utilizados en la fabricación de complementos alimenticios (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 9)

En cuanto al etiquetado y la presentación de los productos, se modifica, a efectos de su adaptación al progreso técnico y científico, el Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L 116, 5.05.2017, p. 1).

El sector de los obstáculos técnicos a los intercambios suele ser objeto de regulación o de modificación normativa, y así se modifica el Reglamento (CE) n° 692/2008 por lo que respecta a la metodología utilizada para la determinación de las emisiones de evaporación (ensayo del tipo 4) (DOUE L 174, 7.07.2017, p. 3), y se complementa el Reglamento (CE) n° 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos, modifica la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n° 692/2008 y (UE) n° 1230/2012 de la Comisión y deroga el Reglamento (CE) n° 692/2008 de la Comisión (DOUE L 175, 7.07.2017, p. 1).

Se adopta un reglamento por el que se establece una metodología a fin de determinar los parámetros de correlación necesarios para reflejar el cambio en el procedimiento de ensayo reglamentario en relación con los vehículos comerciales ligeros y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 293/2012 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 175, 7.07.2017, p. 644), y otro por el que se establece una metodología a fin de determinar los parámetros de correlación necesarios para reflejar el cambio en el procedimiento de ensayo reglamentario y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1014/2010 (DOUE L 175, 7.07.2017, p. 679).

Se modifica el Reglamento (UE) 2017/1151, que complementa el Reglamento (CE) n° 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos, modifica la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n° 692/2008 y (UE) n° 1230/2012 de la Comisión y deroga el Reglamento (CE) n° 692/2008 de la Comisión y la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a las emisiones en condiciones reales de conducción procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 6) (DOUE L 175, 7.07.2017, p. 708).

Se adoptan tres reglamentos delegados, uno relativo a la clasificación, según la norma EN 15101-1, de las prestaciones concernientes al asentamiento en aplicaciones

de proyectado horizontales y a la absorción de agua a corto plazo de los productos de aislamiento térmico formados in situ a partir de celulosa (LFCI), con arreglo al Reglamento (UE) n° 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 145, 8.06.2017, 1), otro relativo a las condiciones para la clasificación, sin ensayos, de los productos de madera laminada encolada cubiertos por la norma armonizada EN 14080 y los productos de madera maciza estructural con empalmes por unión dentada cubiertos por la norma armonizada EN 15497 por lo que respecta a su reacción al fuego, que modifica la Decisión 2005/610/CE (DOUE L 177, 8.07.2017, p. 1), y un tercero sobre las condiciones para la clasificación, sin ensayos, de los revocos exteriores y los enlucidos interiores basados en ligantes orgánicos cubiertos por la norma armonizada EN 15824 y de los morteros para revoco y enlucido cubiertos por la norma armonizada EN 998-1 por lo que respecta a su reacción al fuego (DOUE L 177, 8.07.2017, p. 4).

Además, en esta materia, se adoptan dos decisiones, una relativa a la publicación con una restricción en el Diario Oficial de la Unión Europea de la referencia de la norma EN 60335-2-9:2003, modificada en último lugar por A13:2010, sobre requisitos particulares para tostadores de pan, parrillas y aparatos de cocción móviles análogos en virtud del Reglamento (UE) n° 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 14), y otra relativa a la identificación de especificaciones técnicas de las TIC a efectos de referenciación en la contratación pública (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 16) y se corrige la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (UE) n° 582/2011 de la Comisión y el Reglamento (UE) 2017/1151 de la Comisión, que complementa el Reglamento (CE) n° 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos, modifica la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n° 692/2008 y (UE) n° 1230/2012 de la Comisión y deroga el Reglamento (CE) n° 692/2008 (DOUE L 192, 24.07.2017, p. 1)

La seguridad de los productos, como es habitual, también es objeto de regulación, y así se modifica, con el fin de adoptar valores límite específicos para determinados productos químicos utilizados en los juguetes, el apéndice C del anexo II de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la seguridad de los juguetes, en lo que respecta al fenol (DOUE L 115, 4.05.2017, p. 47), y del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), se modifican: el anexo XIV (DOUE L 150, 14.06.2017, p. 7), el anexo

XVII (DOUE L 150, 14.06.2017, p. 14), y los apéndices del anexo XVII (DOUE L 224, 31.08.2017, p. 110).

Se adopta una decisión relativa a la identificación del ftalato de bis(2-etilhexilo) (DEHP), el ftalato de dibutilo (DBP), el ftalato de bencilo y butilo (BBP) y el ftalato de diisobutilo (DIBP) como sustancias extremadamente preocupantes de conformidad con el artículo 57, letra f), del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 35), y de la Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifica, para adaptarlo al progreso técnico, el anexo III en lo relativo a una exención para el cadmio y el plomo en vidrios filtrantes y vidrios utilizados para patrones de reflectancia (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 21), en lo relativo a una exención para el plomo en cojinetes y pistones para determinados compresores que contienen refrigerante (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 23), en lo relativo a una exención para el plomo en vidrios blancos utilizados para aplicaciones ópticas (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 25). Y se adopta una decisión relativa a la publicación de las referencias de las normas europeas EN 13869:2016 sobre requisitos de seguridad para niños para encendedores y EN 13209-2:2015 sobre mochilas portabebés en el Diario Oficial de la Unión Europea con arreglo a la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 36)

Por su propia naturaleza, el mercado interior afecta a una gran cantidad de materias, algunas de las cuales son también objeto de regulación en este cuatrimestre. Así, se modifica la Directiva 91/477/CEE del Consejo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas (DOUE L 137, 24.05.2017, p. 22), también se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n° 178/2002 y el Reglamento (CE) n° 1223/2009 y se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo (DOUE L 117, 5.05.2017, p. 1). El Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos cosméticos es modificado en sus anexos II y III (DOUE L 202, 3.08.2017, p. 1), su anexo IV (DOUE L 203, 4.08.2017, p. 1), y su anexo V (DOUE L 174, 7.07.2017, p. 16).

Se adoptan tres reglamentos, uno sobre los productos sanitarios para diagnóstico in vitro y por el que se derogan la Directiva 98/79/CE y la Decisión 2010/227/UE de la Comisión (DOUE L 117, 5.05.2017, p. 176), otro por el que especifica el modo de presentar la información prevista en el artículo 10, apartado 10, de la Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 7). Y un tercero sobre los tipos de disposiciones que deben protegerse en una transmisión parcial de activos conforme al artículo 76 de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 131, 20.05.2017, p. 15). Y se modifica el Reglamento (UE) n° 258/2014 por el que se instituye un programa de la Unión destinado

a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el período 2014-2020 (DOUE L 129, 19.05.2017, p. 24).

El Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo se completa en lo relativo a las normas técnicas de regulación que especifican con mayor detalle los criterios objetivos adicionales para la aplicación de un índice preferencial de entrada o salida de liquidez a las líneas de crédito y de liquidez transfronterizas no utilizadas en el marco de un grupo o un sistema institucional de protección (DOUE L 177, 8.07.2017, p. 7), y en lo relativo a 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 144, 7.06.2017, p. 14).

Se modifican: el Reglamento de Ejecución (UE) n° 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 213, 17.08.2017, p. 1), el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones en lo que respecta a la lista de entidades exentas (DOUE L 148, 10.06.2017, 1), el Reglamento (UE) n.º 531/2012 en lo que se refiere a las normas relativas a los mercados mayoristas de itinerancia. (DOUE L 147, 9.06.2017, 1) y el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1368, por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 166, 29.06.2017, p. 32).

Por otra parte, se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos y formularios para el intercambio de información entre las autoridades competentes y la Autoridad Europea de Valores y Mercados a que se refiere el artículo 33 del Reglamento (UE) n° 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 167, 30.06.2017, p. 22), y se adoptan tres reglamentos, uno relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior (DOUE L 168, 30.06.2017, p. 1), otro sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE (DOUE L 168, 30.06.2017, p. 12) y el tercero sobre fondos del mercado monetario (DOUE L 169, 30.06.2017, p. 8).

Se modifican dos decisiones, la Decisión 2007/131/CE, por la que se autoriza la utilización armonizada del espectro radioeléctrico para los equipos que utilizan tecnología de banda ultraancha en la Comunidad (DOUE L 205, 8.08.2017, p. 89), y la Decisión 2006/771/CE sobre la armonización del espectro radioeléctrico para su

uso por dispositivos de corto alcance y se deroga la Decisión 2006/804/CE (DOUE L 214, 18.08.2017, p. 3), se adopta un reglamento relativo a la clasificación de la prestación de resistencia a la helada de las tejas de arcilla cocida en el marco de la norma EN 1304, con arreglo al Reglamento (UE) n° 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 211, 17.08.2017, p. 1) y otro por el que se establece una directriz sobre la gestión de la red de transporte de electricidad (DOUE L 220, 25.08.2017, p. 1).

Finalmente, en relación con la creación de títulos europeos para una protección uniforme del derecho de propiedad intelectual e industrial, se adoptan un reglamento sobre la marca de la Unión Europea (DOUE L 154, 16.06.2017, p. 1) y una decisión por la que se nombra al presidente de una Sala de Recurso de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (DOUE L 158, 21.06.2017, p. 43)

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En cuanto a la Política Regional y la coordinación de los Instrumentos Estructurales, se produce un Acuerdo en virtud del Reglamento (UE) 2015/1017 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2015, relativo al Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, al Centro Europeo de Asesoramiento para la Inversión y al Portal Europeo de Proyectos de Inversión, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1291/2013 y (UE) n° 1316/2013 — el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (DOUE L 128, 19.05.2017, p. 1).

También se adoptan, un reglamento, relativo a la creación del programa de apoyo a las reformas estructurales para el período 2017 a 2020 y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1303/2013 y (UE) n° 1305/2013 (DOUE L 129, 19.05.2017, p. 1) y dos decisiones, la primera por la que se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1942 sobre las especificaciones del Portal Europeo de Proyectos de Inversión (DOUE L 139, 30.05.2017, p. 78), y la segunda relativa a las contribuciones financieras que deben pagar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluido el segundo tramo de 2017 (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 15). Se modifica el Reglamento (UE) n° 1303/2013 en relación con medidas específicas para proporcionar una ayuda adicional a los Estados miembros afectados por catástrofes naturales (DOUE L 176, 7.07.2017, p.1)

En relación con las redes transeuropeas, se modifica el Reglamento (UE) n.º 1315/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los mapas que figuran en el anexo I y a la lista del anexo II de dicho Reglamento (DOUE L 128I, 19.05.2017, p. 1)

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

La celebración de tratados internacionales, y la aplicación de normativa internacional suele ser frecuente en la Política Medioambiental. Así, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de Minamata sobre el Mercurio (DOUE L 142, 2.06.2017, p. 2), la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de Minamata sobre el Mercurio (DOUE L 142, 2.06.2017, p. 4), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la primera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, respecto a la aprobación del contenido requerido de la certificación a que se refiere el artículo 3, apartado 12, del Convenio y de las directrices a que se refiere el artículo 8, apartados 8 y 9, del Convenio (DOUE L 164, 27.06.2017, p. 56) y la posición que deberá adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el sexto periodo de sesiones de la Reunión de las Partes en el Convenio de Aarhus respecto al asunto ACCC/C/2008/32 (DOUE L 186, 19.07.2017, p. 15)

En lo que se refiere a los ámbitos más generales de la Política Medioambiental, se modifican los anexos I, II y III del Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DOUE L 222, 29.08.2017, p. 1), se adopta una decisión sobre el documento de referencia sobre las mejores prácticas de gestión ambiental, los indicadores sectoriales de comportamiento ambiental y los parámetros comparativos de excelencia para el sector de la producción de alimentos y bebidas en el marco del Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DOUE L 223, 30.08.2017, p. 1) y una comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental (DOUE C 275, 18.08.2017, p. 1).

En lo que se refiere a residuos, se modifica el anexo III de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a la característica de peligrosidad HP 14 «Ecotóxico» (DOUE L 150, 14.06.2017, p. 1)

En cuanto a las emisiones de gases y calidad del aire ambiente, se adopta una decisión relativa a la aprobación de motogeneradores eficientes de 12V utilizados en turismos dotados de motores de combustión clásicos 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 118, 6.05.2017, p. 20), otra relativa a la aprobación de la función de conducción a vela con motor al ralentí de BMW AG como tecnología innovadora para reducir las emisiones de CO₂ de los turismos, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 443/2009 del

Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 199, 29.07.2017, p. 14), una tercera relativa a las emisiones de gases de efecto invernadero de cada Estado miembro en el año 2014 contempladas en la Decisión nº 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 38), una cuarta que modifica la Decisión 2013/162/UE para revisar las asignaciones anuales de emisiones de los Estados miembros para el período de 2017 a 2020 (DOUE L 209, 12.08.2017, p. 53), y la quinta por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores técnicas disponibles (MTD) conforme a la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo para las grandes instalaciones de combustión (DOUE L 212, 17.08.2017, p. 1)

Además se modifican: los anexos I y II del Reglamento (UE) nº 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de adaptarlos al cambio del procedimiento de ensayo reglamentario para la medición de las emisiones de CO₂ de los vehículos comerciales ligeros (DOUE L 219, 25.08.2017, p. 1), se modifican los anexos I y II del Reglamento (CE) nº 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de adaptarlos al cambio del procedimiento de ensayo reglamentario para la medición de las emisiones de CO₂ de los vehículos ligeros (DOUE L 221, 26.08.2017, p. 4), el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1153 por el que se establece una metodología a fin de determinar los parámetros de correlación necesarios para reflejar el cambio en el procedimiento de ensayo reglamentario con el objetivo de aclarar diversos elementos de procedimiento y que modifica el Reglamento (UE) nº 1014/2010 (DOUE L 177, 8.07.2017, p. 11) y el Reglamento de Ejecución (UE) nº 1191/2014, por el que se determinan el formato y los medios de transmisión de los informes a que se refiere el artículo 19 del Reglamento (UE) nº 517/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los gases fluorados de efecto invernadero (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 4).

Finalmente la comisión adopta una recomendación relativa al uso de los valores de consumo de combustible y de emisiones de CO₂ homologados y medidos de conformidad con el procedimiento de ensayo de vehículos ligeros armonizado a nivel mundial cuando se facilite información a los consumidores con arreglo a la Directiva 1999/94/CE del Parlamento y del Consejo (DOUE L 142, 2.06.2017, p. 100)

En el ámbito del diseño y etiquetado de productos, se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE (DOUE L 198, 28.07.2017, p. 1), se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes lavavajillas a mano (DOUE L 180, 12.07.2017, p. 1), se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes para lavavajillas de uso industrial e institucional (DOUE L 180, 12.07.2017, p. 16), se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes para lavavajillas (DOUE L 180, 12.07.2017, p. 31), se establecen los criterios para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a productos de limpieza de superficies

duras (DOUE L 180, 12.07.2017, p. 45), se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes para ropa (DOUE L 180, 12.07.2017, p. 63), se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes para ropa de uso industrial e institucional (DOUE L 180, 12.07.2017, p. 79) y se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los productos textiles (DOUE L 195, 27.07.2017, p. 36).

Respecto a la protección de aguas, se modifica la Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las listas indicativas de elementos que deben tomarse en consideración a la hora de elaborar estrategias marinas (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 27), y se establecen los criterios y las normas metodológicas aplicables al buen estado medioambiental de las aguas marinas, así como especificaciones y métodos normalizados de seguimiento y evaluación, y por la que se deroga la Decisión 2010/477/UE (DOUE L 125, 18.05.2017, p. 43)

En lo que se refiere a fauna y flora silvestres, se adopta un reglamento sobre el mercurio y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1102/2008 (DOUE L 137, 24.05.2017, p. 1), se actualiza la lista de especies exóticas invasoras preocupantes para la Unión establecida por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1141 de conformidad con el Reglamento (UE) nº 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 182, 13.07.2017, p. 37) y se especifican los formatos técnicos para los informes de los Estados miembros de conformidad con el Reglamento (UE) nº 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 15)

Finalmente, en el ámbito de las energías renovables, se decide sobre el reconocimiento del régimen voluntario «REDcert» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad de conformidad con las Directivas 98/70/CE y 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 208, 11.08.2017, p. 51)

En la Política de Consumidores, se establece un programa de la Unión para apoyar actividades específicas de fomento de la participación de los consumidores y otros usuarios finales de servicios financieros en la formulación de políticas de la Unión en el ámbito de los servicios financieros durante el período 2017-2020 (DOUE L 129, 19.05.2017, p. 17)

Y en la Política de Salud, se modifican: el Reglamento (UE) nº 142/2011 en lo que se refiere a un método alternativo de transformación de determinadas grasas extraídas (DOUE L 182, 13.07.2017, p. 31), el Reglamento (UE) nº 142/2011 en lo que se refiere al uso de estiércol de animales de granja como combustible en instalaciones de combustión (DOUE L 182, 13.07.2017, p. 34) y el Reglamento (CE) nº 2073/2005 por lo que se refiere a *Campylobacter* en canales de pollos de engorde (DOUE L 218, 24.08.2017, p. 1). Y la Comisión emite una recomendación relativa a los datos personales que pueden intercambiarse a través del Sistema de Alerta Precoz

y Respuesta (SAPR), establecido de conformidad con la Decisión nº 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, a efectos de la coordinación de las medidas de localización de contactos en relación con las amenazas transfronterizas graves para la salud (DOUE L 164, 27.06.2017, p. 65)

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE, POLÍTICA DE LA JUVENTUD.

La Política de Información de la UE en los últimos años suele regular distintos aspectos sobre la elaboración de estadísticas en distintas materias. Así, se aplica el Reglamento (CE) nº 763/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los censos de población y vivienda, en lo que respecta a las modalidades y la estructura de los informes sobre la calidad y al formato técnico para la transmisión de los datos, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1151/2010 (DOUE L 135, 24.05.2017, p. 6)

En Cultura, se adopta una decisión relativa a un Año Europeo del Patrimonio Cultural (2018) (DOUE L 131, 20.05.2017, p. 1)

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

En los ámbitos de la Política Científica, de Investigación y Desarrollo Tecnológico, se decide sobre la participación de la Unión Europea en la Asociación para la Investigación e Innovación en la Región Mediterránea (PRIMA), emprendida conjuntamente por varios Estados miembros (DOUE L 185, 18.07.2017, p. 1), se modifica la Decisión 2008/376/CE relativa a la aprobación del Programa de Investigación del Fondo de Investigación del Carbón y del Acero y a las directrices técnicas plurianuales de dicho Programa (DOUE L 144, 7.06.2017, p. 17), se adopta el Programa de Investigación Complementario del Reactor de Alto Flujo 2016-2019 que realizará el Centro Común de Investigación para la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE L 144, 7.06.2017, p. 23), se crea el Consorcio de Archivos Europeos de Datos de Ciencias Sociales — Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas (CESSDA ERIC) (DOUE L 149, 13.06.2017, p. 85).

También se adoptan decisiones, una relativa a la creación del Laboratorio Europeo de Captura y Almacenamiento de Dióxido de Carbono — Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas (ECCSEL ERIC) (DOUE L 149, 13.06.2017, p. 91), otra por la que se crea la Infraestructura de Biología Estructural Integrada-Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas (Instruct-ERIC) (DOUE L 173, 6.07.2017, p. 47)

En la Política Espacial, se decide la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Comité de los GNSS Unión Europea/Suiza establecido por el Acuerdo de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, sobre los Programas Europeos de Navegación por satélite, por lo que respecta a la adopción de su reglamento interno (DOUE L 172, 5.07.2017, p. 1). Se decide el Estatuto del personal del Centro de Satélites de la Unión Europea (DOUE L 123,16.05.2017, p. 7) y se determina el emplazamiento de la infraestructura terrestre del sistema EGNOS (DOUE L 200, 1.08.2017, p. 4)

En lo que se refiere a la Política de Protección Intelectual e Industrial se complementa el Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo sobre la marca de la Unión Europea y deroga los Reglamentos (CE) n° 2868/95 y (CE) n° 216/96 de la Comisión (DOUE L 205, 8.08.2017, p. 1), y se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo, sobre la marca de la Unión Europea (DOUE L 205, 8.08. 2017, p. 39)

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

En lo que se refiere al Derecho de Empresas, se adopta una directiva sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DOUE L 169, 30.06.2017, p. 46)

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Respecto a la Ciudadanía de la Unión, se adoptan por la Comisión tres decisiones sobre las propuestas de iniciativa ciudadana tituladas: «Let us reduce the wage and economic differences that tear the EU apart!» (DOUE L 134, 23.05.2017, p. 38), sobre la propuesta de iniciativa ciudadana denominada «Stop Extremism» (Alto al extremismo) (DOUE L 152, 15.06.2017, p. 1) y sobre la propuesta de iniciativa ciudadana denominada «Stop TTIP» (Alto a la ATCI) (DOUE L 179,12.07.2017, p. 16)

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

Los problemas de piratería en el Océano Índico permanecen en la agenda de la UE. En relación con este tema, se nombra al comandante de la Fuerza de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta), y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2017/321 (ATALANTA/2/2017) (DOUE L 190, 21.07.2017, p. 12).

La constante colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas continúa y se concreta en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, llevando a la adopción de determinadas medidas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se adoptan medidas restrictivas contra: la República Democrática del Congo (DOUE L 138I, 29.05.2017, p. 6; DOUE L 185, 18.07.2017, p. 55), la República Centroafricana (DOUE L 139, 30.05.2017, p. 2; DOUE L 139, 30.05.2017, p. 49; DOUE L 158, 21.06.2017, p. 1; DOUE L 158, 21.06.2017, p. 46), Siria (DOUE L 139, 30.05.2017, p. 15; DOUE L 139, 30.05.2017, p. 62; DOUE L 178, 11.07.2017, p. 1; DOUE L 178, 11.07.2017, p. 13; DOUE L 185, 18.07.2017, p. 20; DOUE L 185, 18.07.2017, p. 56), Irán (DOUE L 146, 9.06.2017, p. 1; DOUE L 146, 9.06.2017, p. 143; DOUE L 163, 24.06.2017, p. 4; DOUE L 163, 24.06.2017, p. 16), la República Popular Democrática de Corea (DOUE L 146, 9.06.2017, p. 129; DOUE L 146, 9.06.2017, p. 145; DOUE L 149, 13.06.2017, p. 67; DOUE L 149, 13.06.2017, p. 75; DOUE L 185, 18.07.2017, p. 31; DOUE L 185, 18.07.2017, p. 51; DOUE L 208, 11.08.2017, p. 33; DOUE L 208, 11.08.2017, p. 38; DOUE L 221, 26.08.2017, p. 1; DOUE L 221, 26.08.2017, p. 22; DOUE L 224, 31.08.2017, p. 1; DOUE L 224, 31.08.2017, p. 118), Libia (DOUE L 185, 18.07.2017, p. 16; DOUE L 185, 18.07.2017, p. 49; DOUE L 204, 5.08.2017, p. 1; DOUE L 204, 5.08.2017, p. 80; DOUE L 204, 5.08.2017, p. 99; DOUE L 204, 5.08.2017, p. 110; DOUE L 208, 11.08.2017, p. 31; DOUE L 208, 11.08.2017, p. 36), medidas restrictivas como respuesta a la anexión ilegal de Crimea y Sebastopol (DOUE L 156, 20.06.2017, p. 24), motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania (DOUE L 166, 29.06.2017, p. 35) y medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L 194, 26.07.2017, p. 1; DOUE L 194, 26.07.2017, p. 63; DOUE L 203I, 4.08.2017, p. 1; DOUE L 203I, 4.08.2017, p. 5)

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 116, 5.05.2017, p. 26; DOUE L 150, 14.06.2017, p. 5; DOUE L 158, 21.06.2017, p. 27; DOUE L 177, 8.07.2017, p. 32; DOUE L 179, 12.07.2017, p. 6; DOUE L 195, 27.07.2017, p. 11; DOUE L 202, 3.08.2017, p. 4; DOUE L 215, 19.08.2017, p. 1M DOUE L 219, 25.08.2017, p. 5), contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L 138I, 29.05.2017, p. 1; DOUE L 185, 18.07.2017, p. 19), dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra

el terrorismo, y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/150 (DOUE L 146, 9.06.2017, 6; DOUE L 146, 9.06.2017, 139; DOUE L 204, 5.08.2017, p. 3; DOUE L 204, 5.08.2017, p. 95)

En relación con las Misiones de la UE, se adoptan varias decisiones: una relativa a la aceptación de la contribución de un tercer Estado a la Misión de Formación Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) (EUTM RCA/3/2017) (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 93), otra por la que se determinan las disposiciones de planificación y ejecución de misiones militares no ejecutivas PCSD de la UE y por la que se modifican 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, la Decisión 2013/34/PESC relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) y la Decisión (PESC) 2016/610 relativa a una Misión de Asesoramiento Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) (DOUE L 146, 9.06.2017, 133), una tercera por la que se modifica la Acción Común 2008/124/PESC sobre la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo (EULEX Kosovo) (DOUE L 146, 9.06.2017, 141), la cuarta por la que se modifica la Decisión 2014/219/PESC relativa a la Misión PCSD de la Unión Europea en Mali (DOUE L 158, 21.06.2017, p. 44), la quinta que modifica la Acción Común 2005/889/PESC por la que se establece una Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (DOUE L 172, 5.07.2017, p. 12), la sexta por la que se modifica la Decisión 2013/354/PESC sobre la Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos (EUPOL COPPS) (DOUE L 172, 5.07.2017, p. 13), la séptima por la que se modifica la Decisión 2012/392/PESC sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (DOUE L 179, 12.07.2017, p. 15) y la octava por la que se modifica y prorroga la Decisión 2013/233/PESC sobre la Misión de la Unión Europea de asistencia y gestión integrada de las fronteras en Libia (EUBAM Libia) (DOUE L 185, 18.07.2017, p. 60).

Igualmente, se prorroga el mandato del jefe de la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo (EULEX KOSOVO) (EULEX KOSOVO/1/2017) (DOUE L 153, 16.06.2017, p. 27), se prorroga el mandato del jefe de la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (EUCAP Sahel Níger/1/2017) (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 92), se prorroga el mandato de la jefa de la Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (EU BAM Rafah/1/2017) (DOUE L 184, 15.07.2017, p. 63), se prorroga el mandato del jefe de la Misión de la Unión Europea de asistencia y gestión integrada de las fronteras en Libia (EUBAM Libia) (EUBAM Libia/1/2017) (DOUE L 199, 29.07.2017, p. 13).

Y se procede al nombramiento del comandante de la fuerza de la Misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes (EUTM Somalia) (EUTM Somalia/1/2017) (DOUE L 167, 30.06.2017, p. 37), del comandante de la fuerza de la misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) (EUTM Mali/1/2017) (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 94), y del comandante de la fuerza de la Misión de Formación Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) (EUTM RCA/2/2017) el general de brigada Fernando García Blázquez (DOUE L 170, 1.07.2017, p. 96). Por último, se adopta una decisión relativa a una acción de estabilización de la Unión Europea en Mopti y Ségou (DOUE L 204, 5.08.2017, p. 90)

En lo que se refiere a las Operaciones Militares de la UE, 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 194, 26.07.2017, p. 61)

Por último y en relación con el control y reducción de armamentos, se adoptan seis decisiones, la primera de apoyo a la aplicación de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores (DOUE L 121, 12.05.2017, p. 39), la segunda sobre las actividades de sensibilización de la Unión en apoyo de la aplicación del Tratado sobre el Comercio de Armas (DOUE L 139, 30.05.2017, p. 38), la tercera en favor de reforzar la protección y la seguridad químicas en Ucrania en consonancia con la aplicación de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores (DOUE L 179, 12.07.2017, p. 8), la cuarta en apoyo de las actividades de la OSCE destinadas a reducir el riesgo de tráfico ilícito y la acumulación excesiva de armas pequeñas y ligeras y municiones convencionales en la antigua República Yugoslava de Macedonia y Georgia (DOUE L 204, 5.08.2017, p. 82), la quinta en apoyo de la ejecución del Plan de Acción de Maputo para la aplicación de la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (DOUE L 204, 5.08.2017, p. 101) y la sexta en apoyo de la ejecución del Plan de Acción de Maputo para la aplicación de la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (DOUE L 204, 5.08.2017, p. 101), y se modifica la Decisión 2014/129/PESC que promueve la red europea de grupos de reflexión independientes sobre la no proliferación, en apoyo de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 172, 5.07.2017, p. 14)

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

El desarrollo de la normativa de la Unión Europea en materia del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia suele requerir, con frecuencia, la celebración de Tratados internacionales para conseguir sus objetivos. Así, se decide la celebración, en nombre la de Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Noruega sobre normas suplementarias en relación con el instrumento de apoyo financiero a las fronteras exteriores y los visados, como parte del Fondo de Seguridad Interior, para el período comprendido entre 2014 y 2020 (DOUE L 179,12.07.2017, p. 1).

En los aspectos más generales del espacio de libertad, seguridad y justicia, se prorroga el mandato de un director ejecutivo adjunto de Europol (DOUE L 148, 10.06.2017, 46)

En la regulación de los visados, se modifican: el Reglamento (CE) n° 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (Ucrania) (DOUE L 133, 22.05.2017, p. 1) y el Reglamento (CE) n° 1683/95 del Consejo por el que se establece un modelo uniforme de visado (DOUE L 198, 28.07.2017, p. 24)

En cuanto a la regulación del acervo Schengen, se establece una recomendación por el Consejo 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 122,13.05.2017, p. 73) y la Comisión adopta una recomendación sobre los controles policiales proporcionados y la cooperación policial en el espacio Schengen (DOUE L 122,13.05.2017, p. 79).

En materia de libre circulación, asilo y flujos migratorios, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta al asilo y a la no devolución (DOUE L 131, 20.05.2017, p. 13)

En los ámbitos referidos a la justicia, se decide la firma en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal (DOUE L 131, 20.05.2017, p. 11). También se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (DOUE L 160, 22.06.2017, p. 1), se sustituyen los anexos I, II, III y IV del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DOUE L 182, 13.07.2017, p. 1) y

RESEÑA LEGISLATIVA

se sustituye el anexo I del Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 182, 13.07.2017, p. 20)

Por último, en la lucha contra la delincuencia, se adopta una decisión relativa al establecimiento del intercambio automatizado de datos de matriculación de vehículos en Croacia (DOUE L 155, 17.06.2017, p. 21)

Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía¹

Ley 3/2017, de 2 de mayo, de regulación de los senderos de la Comunidad Autónoma de Andalucía

Esta breve Ley de cinco artículos, la única aprobada en este cuatrimestre, pretende coordinar las acciones de las diversas Administraciones infraautonómicas e instituciones privadas que confluyen en la creación y gestión de senderos, estableciendo un marco regulador básico que permita la compatibilidad de los distintos usos de conocimiento y disfrute medioambiental, deportivo y turístico. Está vacía de contenido sustantivo y remite en realidad al desarrollo reglamentario la regulación de cada uno de estos usos, mediante el establecimiento de un procedimiento específico que contemple instrumentos tales como informes preceptivos de las consejerías correspondientes u otros organismos o entidades por razón de la materia, a fin de conciliar de forma ordenada los distintos usos que se puedan dar, todo ello de manera subordinada a la protección de los valores medioambientales del territorio.

Decreto 65/2017, de 23 de mayo, por el que se modifica el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía

La modificación del **Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía** tiene como objetivo adaptarlo a las modificaciones introducidas por las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, conforme a las cuales con carácter general los regímenes de autorización pasan a simplificarse mediante su sustitución por los instrumentos de declaración responsable. Ello hace que ya no sea obligatoria la inscripción de las personas mediadoras en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía, por lo que cualquier profesional que quiera desarrollar dicha actividad puede ejercerla sin la necesidad de solicitar su inscripción en el mismo, de acuerdo con los principios de transparencia y no discriminación. Además, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos

¹ En esta sección, elaborada por EMILIO GUICHOT REINA, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, se recogen y comentan las disposiciones generales más relevantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el segundo cuatrimestre de 2017 (mayo-agosto).

civiles y mercantiles, y demás disposiciones en desarrollo de la misma, ha afectado tanto el carácter y naturaleza del Registro, que pasa a tener un carácter declarativo, como a las titulaciones requeridas para acceder a dicho registro público, ampliándose a cualquier tipo de titulación oficial universitaria, título de licenciatura, diplomatura, grado, o de formación profesional superior. No obstante, el Decreto exige una formación más amplia para aquellos supuestos de personas mediadoras que soliciten su inscripción no sólo a los efectos declarativos sino para adscribirse también al sistema de turnos, porque al considerar el mismo como un servicio público se estima pertinente elevar las condiciones que garanticen una formación específica, adecuada y profesional de aquellas personas que deseen prestar dicho servicio. Además, se reduce el plazo general para que la persona mediadora propuesta manifieste si puede o no iniciar el procedimiento de designación, en un plazo que pasa de diez a cinco días hábiles, contados desde la recepción de la comunicación de designación.

Orden de 22 de mayo de 2017, por la que se regulan la ordenación zootécnica y las condiciones sanitarias de las explotaciones helicícolas, y se aprueba su norma técnica en producción ecológica

Esta Orden regula la cría y comercialización del caracol, aplicándole los principios de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal. Regula la clasificación y condiciones mínimas de las explotaciones y obligación de inscripción en el Registro de Explotaciones Ganaderas de Andalucía, se condicionan los movimientos entre explotaciones helicícolas a la previa obtención de una guía y a la garantía de trazabilidad, se establece la obligación de llevanza y puesta a disposición de la autoridad competente de un Libro de Registro de Explotación helicícola, compatible con el mantenimiento de otros Registros previstos en la normativa comunitaria y nacional, se remite también a ésta la regulación de la gestión de subproductos de explotación y la alimentación y materias primas destinadas a la fabricación de piensos con destino a la cría de caracoles y se aprueba una norma técnica de agricultura ecológica para la helicultura y sus productos.

Decreto de la Presidenta 12/2017, de 8 de junio, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías

El Decreto plasma la reestructuración del Gobierno autonómico llevada a cabo en junio, con una leve reestructuración de competencias. Se mantiene la Vicepresidencia y se establecen las siguientes Consejerías, en orden de prelación: Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática (integra este último término en su denominación y las competencias en esa materia que hasta ahora tenía atribuida la Consejería de Cultura, y se le adscriben las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía), Economía y Conocimiento, Hacienda y Administración Pública, Edu-

cación, Salud, Igualdad y Políticas Sociales (que pierde la competencia en violencia de género, que pasa a la Consejería de Justicia e Interior), Justicia e Interior, Empleo, Empresa y Comercio, Fomento y Vivienda, Turismo y Deporte, Cultura, Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, y, por último, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

Decreto 70/2017, de 6 de junio, por el que se modifica el Decreto 1/2011, de 11 de enero, por el que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones en la Administración de la Junta de Andalucía

La modificación del Decreto 1/2011, de 11 de enero, se basa, fundamentalmente, en introducir cambios en la organización corporativa de la seguridad TIC, potenciando la estructura de gobierno mediante la definición de atribuciones específicas a las Consejerías en relación con su propia seguridad y con la de las entidades vinculadas o dependientes de ellas, clarificando la aplicación del principio de función diferenciada y delimitando las funciones que deben desempeñar las distintas áreas implicadas en el mantenimiento de la seguridad, en línea con los perfiles con responsabilidad en seguridad definidos en el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero.

Orden de 1 de junio de 2017, por la que se modifica la Orden de 1 de junio de 2016, por la que se regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes para cursar ciclos formativos de grado medio y de grado superior, sostenidos con fondos públicos, de formación profesional inicial del sistema educativo

La Orden de 1 de junio de 2016 estableció que el 65 % de las plazas de los ciclos de Grado Medio debe ofrecerse exclusivamente al alumnado procedente de la Enseñanza Secundaria Obligatoria. Su reforma reestructura el acceso a ciclos formativos de grado medio dando prioridad al colectivo de personas solicitantes que finaliza sus estudios en el curso académico inmediatamente anterior, y agiliza el procedimiento de listas de espera.

Decreto 71/2017, de 13 de junio, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias y técnicas de las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea *piercing*

Este Decreto sustituye al Decreto 286/2002, de 26 de noviembre, por el que se regulan las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje y perforación cutánea *piercing*, cuyo objeto es establecer las condiciones higiénico-sanitarias de los

establecimientos y establecer las normas de higiene y de formación del personal que aplique las citadas técnicas.

El Decreto parte de la no consideración de las técnicas de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea *piercing* como una actividad sanitaria, sin perjuicio de la necesidad de regular las condiciones higiénico-sanitarias y técnicas de su aplicación por su implicación sobre la salud.

Alineándose con la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, establece que, para el ejercicio de las actividades de tatuaje, micropigmentación y perforación cutánea *piercing*, en lugar de tener que obtenerse una autorización, será necesaria la presentación de una declaración responsable en el Ayuntamiento del municipio en el que radique el establecimiento o instalación donde se realicen dichas actividades y ello, sin perjuicio de que se efectúen controles posteriores al inicio de la actividad, para comprobar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación.

Para que la unión de la consideración de la actividad como no sanitaria y el marco de simplificación administrativa no desemboquen en un marco regulatorio de disminución de la protección de la salud de la ciudadanía, se aumenta Decreto la regulación de las condiciones higiénico-sanitarias vienen incrementadas, así como las exigencias respecto a la información y protección de los usuarios, disponiéndose controles mediante la inspección de las actividades y un plan de auditorías, y respecto a los incumplimientos se establecen sanciones así como medidas provisionales y cautelares de aplicación.

Decreto 96/2017, de 27 de junio, por el que se regula la coordinación de la estrategia de imagen institucional de la Administración de la Junta de Andalucía

Hasta el momento, el desarrollo de la coordinación de la comunicación corporativa de la Administración de la Junta de Andalucía estaba regulado por el Decreto 461/2004, de 27 de julio. La nueva norma crea una nueva Comisión Interdepartamental de Comunicación y Publicidad Institucional, como órgano colaborador en la planificación, asesoramiento, evaluación, coordinación y seguimiento de las actividades de publicidad y de comunicación de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales. Entre sus funciones se encuentran informar los proyectos de normas generales que afecten a la publicidad y comunicación institucional, como participar en la elaboración de la Estrategia Anual de Comunicación Institucional y su informe de evaluación, crea el Manual de Diseño Gráfico, que comprende tanto el Manual de Identidad Corporativa como el Manual de Señalización Corporativa, y regula el procedimiento de elaboración de la Estrategia Anual

de Comunicación Institucional de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, que se configura como un documento de trabajo que sirve para asegurar la eficiencia de las campañas que se ejecuten durante el correspondiente ejercicio.

Decreto 126/2017, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Caza en Andalucía

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, establece entre sus principios la utilización ordenada de los recursos para garantizar el aprovechamiento sostenible del patrimonio natural y, en particular, de las especies y de los ecosistemas, su conservación, restauración y mejora, así como evitar la pérdida neta de biodiversidad, estableciendo que la caza sólo podrá realizarse sobre las especies que determinen las Comunidades Autónomas, declaración que en ningún caso podrá afectar a las especies incluidas en el Listado de Especies en Régimen de Protección Especial, o a las prohibidas por la Unión Europea, añadiendo que en todo caso, el ejercicio de la caza se regulará de modo que quede garantizado la conservación y el fomento de las especies autorizadas para este ejercicio, a cuyos efectos las Comunidades Autónomas determinarán los terrenos donde puedan realizarse la actividad, así como las fechas hábiles para cada especie.

El nuevo Reglamento desarrolla el Título I y los Capítulos I, II y III del Título II de la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la flora y la fauna silvestres.

Una de las cuestiones reguladas es el paso en muchos aspectos del régimen de sustitución de autorizaciones por el de comunicaciones previas, salvo en los casos previstos y motivados en la Ley 8/2003, de 28 de octubre (en sintonía con las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio, y 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado). En este sentido, presenta como novedades el establecimiento del régimen de comunicaciones previas de actividades cinegéticas autorizadas en los planes técnicos de caza, caso de monterías, ganchos, batidas y batidas de gestión, procedimientos como el cambio de titularidad de cotos de caza, etc. En el caso de las actividades sometidas a autorización, se establece como regla general el silencio negativo, dada la influencia de aquellos sobre el medio ambiente (de acuerdo con el artículo 24.1, párrafo segundo, de la Ley 39/2015 y con ese respaldo legal).

Entre otras novedades, destacan en el marco de la planificación de los recursos cinegéticos, los planes de caza por áreas cinegéticas y los planes técnicos de caza, cuya vigencia se amplía a cinco años, consolidándose junto a la memoria anual de actividades cinegéticas como los instrumentos básicos de gestión. Se regula también, respecto de la caza mayor, el informe de capturas.

Se establecen las condiciones para la autorización de los tres tipos de escenarios que se contemplan: deportivo, entrenamiento o adiestramiento de perros y/o de aves de cetrería y para la práctica de modalidades.

El transporte y comercialización en vivo de especies cinegéticas pasa a ser autorizado por la Consejería competente en materia de agricultura, a través de la emisión de la guía de origen y sanidad pecuaria, previo informe preceptivo del órgano territorial provincial competente en materia de caza del lugar de destino.

Se adoptan medidas de sanidad animal y alimentaria respecto de las especies cinegéticas.

Se establecen nuevos criterios para la obtención y homologación de la licencia para el ejercicio de la actividad, así como la autorización temporal para cazar en Andalucía, reconociendo como personas habilitadas aquellas de otras Comunidades Autónomas que hayan suscrito con la Comunidad Andaluza convenio de reconocimiento recíproco de habilitación.

Se desarrollan las modalidades de caza mayor y menor, se regulariza el ejercicio de caza con arco y se regula la caza con cetrería.

Finalmente, se prevén medidas para la protección de los recursos, como la prohibición de determinadas técnicas de caza, y para la protección de la seguridad de los cazadores.

Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma¹

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN LOCAL Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

Acuerdo de 1 de agosto de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la política de gestión de documentos electrónicos de la Junta de Andalucía (BOJA 149, de 4 de agosto).

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y CONOCIMIENTO

Resolución de 24 de abril de 2017, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el Acuerdo de 22 de marzo de 2017 de la Comisión del Distrito Único Universitario de Andalucía, por el que se determina la consideración de la familia profesional como uno de los criterios de admisión de quienes participen en el procedimiento de admisión a los grados universitarios de las universidades públicas de Andalucía para el curso 2019/2020 y siguientes, con el título oficial de Técnico Superior de Formación Profesional, de Técnico Superior de Artes Plásticas y Diseño, o de Técnico Deportivo Superior del Sistema Educativo (BOJA 81, de 2 de mayo).

Resolución de 28 de abril de 2017, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el Acuerdo de 22 marzo de 2017, de la Comisión del Distrito Único Universitario de Andalucía, por el que se modifican determinados aspectos del Acuerdo de 23 de febrero de 2017 que regula el procedimiento de admisión para el curso 2017-2018, en los estudios universitarios de grado (BOJA 89, de 12 de mayo).

Orden de 20 de junio de 2017, por la que se ordena la financiación de los programas de ayudas al alumnado para la obtención de niveles de competencias lingüísticas en una lengua extranjera para el curso 2017/2018 (BOJA 122, de 28 de junio).

Acuerdo de 4 de julio de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza el texto del Convenio por el que el Fondo Español de Garantía Agraria O.A., en calidad de autoridad de certificación del Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (FEMP) encomienda a la Comunidad Autónoma de Andalucía la gestión de determinadas funciones, en su condición de organismo intermedio de certificación (BOJA 131, de 11 de julio).

¹ Subsección preparada por, MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO, Catedrática de Derecho Administrativo, Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural, Universidad de Huelva.

Decreto 117/2017, de 11 de julio, por el que se determinan los precios públicos, para el curso 2017/2018, de las Universidades públicas de Andalucía por la prestación de servicios académicos y administrativos (BOJA 134, de 14 de julio).

Decreto 121/2017, de 18 de julio, por el que se autorizan para el curso 2017-2018 las enseñanzas y centros universitarios públicos y privados (BOJA 139, de 21 de julio).

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Orden de 3 de mayo de 2017, por la que se modifica la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia, de 16 de enero de 2012, por la que se determinan los porcentajes de detracción aplicables a las modalidades del juego del bingo (BOJA 106, de 6 de junio).

Orden de 4 de mayo de 2017, conjunta de las Consejerías de Hacienda y Administración Pública y de Salud, por la que se modifica la Orden conjunta de 26 de febrero de 1993, de las Consejerías de Economía y Hacienda y de Salud, de confección de nóminas de retribuciones del personal dependiente del Servicio Andaluz de Salud (BOJA 89, de 12 de mayo).

Resolución de 16 de mayo de 2017, de la Dirección de la Agencia Tributaria de Andalucía, por la que se da publicidad a las directrices generales del Plan de Control Tributario para 2017 (BOJA 95, de 22 de mayo).

Orden de 26 de mayo de 2017, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Junta de Andalucía para el año 2018 (BOJA 104, de 2 de junio).

Orden de 1 de junio de 2017, sobre restablecimiento de la fiscalización previa de gastos contractuales gestionados por los centros asistenciales periféricos del Servicio Andaluz de Salud (BOJA 109, de 9 de junio).

Resolución de 5 de julio de 2017, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan Instrucciones para la aplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017 (BOJA 129, de 7 de julio).

Decreto 124/2017, de 18 de julio, por el que se autoriza la concertación de operaciones de endeudamiento hasta un importe máximo de novecientos siete millones ochocientos cincuenta mil euros (BOJA 139, de 21 de julio).

Acuerdo de 25 de julio de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se someten al régimen de la función interventora determinados gastos del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA 144, de 28 de julio).

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN

Resolución de 21 de abril de 2017, de la Secretaría General Técnica, por la que se dictan instrucciones para la aplicación de la disposición adicional octava, apartado 1, de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017 (BOJA 81, de 2 de mayo).

Decreto 62/2017, de 25 de abril, por el que se crean y suprimen Centros Docentes Públicos en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 81, de 2 de mayo).

Resolución de 4 de mayo de 2017, de la Delegación Territorial de Educación en Málaga, por la que se hace pública la delimitación de las áreas de influencia y límites en el proceso de admisión para el primer ciclo de la educación infantil (BOJA 89, de 12 de mayo).

Resolución de 10 de mayo de 2017, de la Delegación Territorial de Educación en Sevilla, por la que se hace pública la delimitación de las áreas de influencia y límites a efectos de escolarización de los centros docentes que imparten enseñanzas del 1.er Ciclo de Educación Infantil sostenidos con fondos públicos (BOJA 94, de 19 de mayo).

Resolución de 15 de mayo de 2017, de la Dirección General de Planificación y Centros, por la que se establece el calendario de actuaciones en el procedimiento de admisión del alumnado en los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares para el curso escolar 2017/18 (BOJA 97, de 24 de mayo).

Resolución de 17 de mayo de 2017, de la Delegación Territorial de Educación en Granada, por la que se hace pública la delimitación de las áreas de influencia y límites a efectos de escolarización, de las escuelas infantiles de titularidad de la Junta de Andalucía y de los centros educativos específicos de primer ciclo de Educación Infantil (BOJA 97, de 24 de mayo).

Resolución de 29 de junio de 2017, 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 131, de 11 de julio).

Orden de 17 de julio de 2017, por la que se determina para el año 2017 el importe de los conceptos retributivos que, como pago delegado, corresponde abonar

al profesorado de la enseñanza concertada de Andalucía, así como la cuantía de los complementos retributivos establecidos por la Comunidad Autónoma para dicho profesorado (BOJA 149, de 4 de agosto).

Resolución de 26 de julio de 2017, 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 y el Plan de Formación para el Perfeccionamiento y Actualización Profesional, para el curso escolar 2017-18 (BOJA 148, de 3 de agosto).

CONSEJERÍA DE SALUD

Resolución de 27 de abril de 2017, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación del nombramiento de personal estatutario eventual en el nombramiento temporal previsto en la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de servicios de salud, de interinidad o sustitución, para su adecuación a la verdadera naturaleza de la plaza desempeñada (BOJA 83, de 4 de mayo).

CONSEJERÍA DE IGUALDAD Y POLÍTICAS SOCIALES

Orden de 28 de junio de 2017, por la que se modifica la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 124, de 30 de junio; corrección de errores en BOJA 133, de 13 de julio).

Orden de 26 de julio de 2017, por la que se modifica la Orden de 11 de febrero de 2004, por la que se regulan las prestaciones económicas a las familias acogedoras de menores (BOJA 148, de 3 de agosto).

Orden de 10 de agosto de 2017, por la que se establece la distribución de las cantidades a percibir por las entidades locales para la financiación de las ayudas económicas familiares correspondientes al ejercicio 2017 (BOJA 157, de 17 de agosto).

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

Decreto 63/2017, de 2 de mayo, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2018 (BOJA 86, de 9 de mayo).

Acuerdo de 9 de mayo de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Formulación de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2022 (BOJA 91, de 16 de mayo).

Orden de 9 de mayo de 2017, por la que se actualizan los formularios normalizados que figuran como Anexos II y III en el Decreto 63/2011, de 22 de marzo, por el que se regula el Registro General de Comerciantes Ambulantes de Andalucía (BOJA 92, de 17 de mayo).

Acuerdo de 16 de mayo de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la estrategia de impulso del sector TIC Andalucía 2020 (BOJA 95, de 22 de mayo).

Orden de 2 de junio de 2017, reguladora de los requisitos necesarios para el diseño e implementación de infraestructuras de cableado estructurado y de red de área local inalámbrica en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, sus Entidades Instrumentales y los Consorcios del Sector Público Andaluz (BOJA 108, de 8 de junio; corrección de errores en BOJA 142, de 26 de julio).

Resolución de 5 de junio de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se complementa el contenido de la anterior Resolución, de 13 de diciembre de 2016, por la que se publica la relación de fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017 (BOJA núm. 242, de 20 de diciembre de 2016) (BOJA 113, de 15 de junio).

Resolución de 19 de junio de 2017, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se actualizan la delegación de competencias y el modelo de solicitud en relación con el procedimiento para la autorización de los centros formativos y evaluadores previstos en la normativa reguladora de la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como de la certificación de los profesionales que los utilizan (BOJA 121, de 27 de junio).

Resolución de 19 de junio de 2017, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se actualizan la delegación de competencias y los modelos de solicitud en relación con los procedimientos para la expedición, suspensión y retirada de las certificaciones personales y de empresa previstos en la normativa reguladora de la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como de la certificación de los profesionales que los utilizan (BOJA 121, de 27 de junio; corrección de errores en BOJA 144, de 28 de julio).

Resolución de 14 de julio de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica Acuerdo de la Comisión Negociadora del VII Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 22 de mayo de 2017, por el que se modifica el artículo 18 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía y se añade una nueva disposición transitoria (BOJA 142, de 26 de julio).

Resolución de 14 de julio de 2017, de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral, por la que se registra y publica Acuerdo de la Comisión Negociadora del VII Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 22 de mayo de 2017, por el que se modifica el artículo 24 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 142, de 26 de julio).

Orden de 17 de julio de 2017, por la que se regularizan las situaciones administrativas derivadas de la aplicación de las Órdenes en materia de priorización en la tramitación del acceso y conexión a la red eléctrica en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 142, de 26 de julio).

CONSEJERÍA DE FOMENTO Y VIVIENDA

Resolución de 8 de junio de 2017, de la Dirección General de Infraestructuras, por la que se aprueban los mapas estratégicos de ruido de los grandes ejes viarios de la Red Autonómica de Carreteras de Andalucía (BOJA 115, de 19 de junio).

CONSEJERÍA DE TURISMO Y DEPORTE

Orden de 29 de mayo de 2017, por la que se aprueba el Plan Estratégico de Subvenciones de la Consejería de Turismo y Deporte para el período 2017-2020 (BOJA 106, de 6 de junio).

Decreto 72/2017, de 13 de junio, de Municipio Turístico de Andalucía (BOJA 119, de 23 de junio; corrección de errata en BOJA 121, de 27 de junio).

CONSEJERÍA DE CULTURA

Decreto 60/2017, de 25 de abril, por el que se modifica el Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales (BOJA 81, de 2 de mayo).

CONSEJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR

Orden de 28 de abril de 2017, por la que se determina el número de guardias que corresponde realizar a los Colegios de Abogados de Andalucía para el ejercicio 2017, así como el baremo a aplicar para la compensación económica de dichos servicios (BOJA 88, de 11 de mayo).

Orden de 9 de mayo de 2017, por la que se modifican la Orden de 14 de junio de 2006, que desarrolla el Decreto 92/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la identificación y los registros de determinados animales de compañía en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y la Orden de 28 de mayo de 2008, que desarrolla

el Decreto 42/2008, de 12 de febrero, que regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 96, de 23 de mayo).

Resolución de 4 de julio de 2017, de la Dirección General de Oficina Judicial y Fiscal, por la que se dictan Instrucciones para la aplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017, para el personal al servicio de la Administración de Justicia (BOJA 137, de 19 de julio).

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, PESCA Y DESARROLLO RURAL

Orden de 2 de mayo de 2017, por la que se publica la capa de montanera de Andalucía para 2017 y la superficie arbolada cubierta (SAC) de *Quercus*, asociada a la misma (BOJA 86, de 9 de mayo).

Orden de 31 de mayo de 2017, por la que se establecen normas adicionales relativas al pago específico al cultivo de algodón para la campaña 2017/2018 (BOJA 106, de 6 de junio).

Orden de 31 de mayo de 2017, por la que se regula la acreditación de la identidad del personal que ejecuta las funciones de control e inspección agroalimentaria y de apoyo técnico en dichas labores, y se crea el fichero de datos de Tarjetas de Identificación Personal (BOJA 107, de 7 de junio).

Orden de 19 de junio de 2017, por la que se regula el procedimiento de selección de las Estrategias de Desarrollo Local Participativo en las zonas pesqueras de Andalucía para el período 2014-2020, de reconocimiento de los Grupos de Acción Locales del Sector Pesquero, el régimen de los gastos de funcionamiento y animación y se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas a proyectos acogidos a dichas estrategias (BOJA 119, de 23 de junio).

Orden de 29 de junio de 2017, por la que se regula el marisqueo desde embarcación con draga hidráulica en el Golfo de Cádiz estableciendo medidas técnicas a fin de alcanzar niveles de rendimiento máximo sostenible (BOJA 124, de 30 de junio).

Resolución de 25 de julio de 2017, de la Dirección General de Ayudas Directas y de Mercados, por la que se aprueba y se da publicidad a las instrucciones dictadas para la autorización y validación de las medidas excepcionales de gestión de crisis establecidas por el Reglamento Delegado (UE) 2017/1165 de la Comisión de 20 de abril de 2017 que establece, con carácter temporal, nuevas medidas excepcionales de ayuda a los productores de determinadas frutas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 146, de 1 de agosto).

Resolución de 23 de agosto de 2017, 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, Cítricos, Espárragos, 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 167, de 31 de agosto).

CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Resolución de 21 de abril de 2017, de la Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Almería, por la que se regula el acceso con vehículos a motor a las playas de San José del término municipal de Níjar (Almería), sitas en el Parque Natural Cabo de Gata-Níjar y se regula el tamaño de grupos de artefactos flotantes en su litoral (BOJA 82, de 3 de mayo).

Resolución de 2 de mayo de 2017, de la Dirección General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico, por la que se aprueba el Plan Anual de Inspecciones de Vertido para el año 2017 (BOJA 109, de 9 de junio; corrección de errores en BOJA 131, de 11 de julio).

Resolución de 19 de junio de 2017, de la Dirección General de Gestión del Medio Natural y Espacios Protegidos, sobre las capturas excepcionales y cría en cautividad de aves fringílicas para el año 2017 (BOJA 129, de 7 de julio).

Orden de 27 de julio de 2017, por la que se modifica la Orden de 5 de junio de 2015, por la que se fijan las vedas y períodos hábiles de caza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se publican los períodos hábiles de caza para la temporada 2017/2018 (BOJA 147, de 2 de agosto).

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA



INFORME¹

El nuevo régimen de los municipios turísticos en Andalucía

I.- INTRODUCCIÓN

La Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, previó la figura del “municipio turístico” (MT en lo sucesivo). En desarrollo de la Ley, el 28 de mayo de 2002 se aprobó el Decreto 158/2002, de Municipio Turístico, reformado por el Decreto 70/2006, de 21 de marzo. La Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, regula ahora el municipio turístico de Andalucía (MTA en lo sucesivo) en sus artículos 19 y 20, introduciendo algunas novedades. Muy recientemente se ha aprobado el Decreto 72/2017, de 13 de junio, de Municipio Turístico de Andalucía².

La finalidad que se persigue con la figura es “promover la calidad en la prestación de los servicios municipales al conjunto de la población turística asistida mediante una acción concertada de fomento” (artículo 19.2 de la Ley 13/2011). Junto a ella, y a través de los convenios que se prevén, compensar el incremento en la demanda de la prestación de los servicios (artículo 18.2 del Decreto 72/2017).

A continuación daremos cuenta de las principales novedades introducidas en el régimen jurídico del MT, centrandó la atención en los requisitos para obtener la condición de MTA, el procedimiento de declaración de MTA, la revocación de la misma y los efectos de la declaración.

II.- LOS REQUISITOS PARA OBTENER LA CONDICIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO

La Ley 12/1999 ciñó la posibilidad de alcanzar la consideración de MT a aquellos que no superaran los cien mil habitantes³. No especificó las condiciones precisas

¹ Esta sección ha sido elaborada por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO, Catedrática de Derecho Administrativo, Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural, Universidad de Huelva.

² Se publicó en el BOJA número 119, de 23 de junio de 2017, en la sección “Otras disposiciones”. El BOJA 121, de 27 de junio de 2017, publica en la sección “Disposiciones generales” una corrección de errata mediante la cual se procede a la publicación íntegra del Decreto.

³ Disposición adicional primera, que previó que las medidas de promoción y fomento del turismo para estas ciudades fueran objeto de un tratamiento específico en el Plan General del Turismo. En la actualidad, el artículo 15.1 de la Ley 13/2011 establece que, a solicitud de los municipios, las ciudades con

para ello ni estableció de modo exhaustivo los criterios al efecto; su artículo 6.1 remitió la materia al reglamento, otorgándole un amplio margen al limitarse a disponer que entre tales criterios habrían de encontrarse los de población turística asistida, número de visitantes y oferta turística. El artículo 19.1 de la Ley 13/2011 mantiene el mismo esquema, aunque se refiere a los criterios como “requisitos”, como ya hiciera el Decreto 158/2002; añade el de contar con un plan municipal de calidad turística que contemple las medidas de mejora de los servicios y prestaciones⁴; y elimina del concepto de “población turística asistida” a quienes tienen estancia temporal por razón de segunda residencia, en línea con la reforma llevada a cabo en 2006, a la que más adelante me referiré.

El Decreto 158/2002, en efecto, distinguió entre requisitos (artículo 2) y elementos de valoración (artículo 3). En particular, los requisitos venían referidos a las pernoctaciones diarias, al número de viviendas de segunda residencia y al número de visitantes. Para alcanzar la condición de MT se requería la concurrencia de alguno de estos requisitos o, en su defecto, el cumplimiento, con carácter acumulativo, de la mitad de las exigencias que se contemplaban respecto de las pernoctaciones diarias y el número de visitantes. El Decreto 70/2006 vino a endurecer los requisitos para la declaración de MT: por una parte, la limitó a municipios cuya población de derecho excediera de cinco mil habitantes y no superara los cien mil; por otra parte, eliminó el requisito del número de viviendas de segunda residencia, con lo que dejó fuera de la posibilidad de alcanzar la consideración de MT a aquellos que, no satisfaciendo los otros requisitos, sí contaban con éste⁵; además, eliminó la posibilidad de cumplir con carácter acumulativo la mitad de las exigencias contempladas respecto de los dos requisitos que subsistieron (artículo 1, que reformó el artículo 2 del Decreto de 2002). También modificó los elementos de valoración, dando entrada a varios que expresaban resultados concretos (artículo 2, que reformó el artículo 3). La nueva regulación del Decreto 72/2017 prescinde de la condición de que el municipio tenga más de cinco mil habitantes y mantiene formalmente la distinción entre requisitos (artículo 2) y elementos de valoración (artículo 3), si bien estos adquieren una funcionalidad

población de derecho superior a los cien mil habitantes puedan ser objeto de planes turísticos específicos para la promoción y fomento del turismo (artículo 15.1); la materia se desarrolla en el 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.

⁴ Un “plan turístico municipal o instrumento de planificación turística similar” ya había sido previsto en el artículo 3.4 del Decreto 158/2002 como un elemento de valoración para la declaración de MT. En la reforma de 2006 se prescindió de la referencia al “instrumento de planificación turística similar” [artículo 3.c) del Decreto 158/2002 reformado].

⁵ Sin embargo, no modificó la fórmula para el cálculo de la población turística asistida contenida en la disposición adicional única del Decreto de 2002, uno de cuyos componentes era el número de viviendas de segunda residencia.

distinta, pues en definitiva son ahora también requisitos, aunque a diferencia de los contemplados en el artículo 2, no todos han de cumplirse necesariamente. Los requisitos son, entonces, los siguientes:

a) Población turística asistida. Es la constituida por quienes no ostenten la condición de vecinos del municipio, pero tengan estancia temporal en el mismo por razones de visita turística o pernoctación en alojamientos turísticos. Se considera que se alcanza este requisito si se cumple al menos uno de los siguientes condicionantes: 1) Visitas turísticas: el municipio ha de acreditar, mediante el conteo diario de las visitas turísticas en el principal recurso turístico del municipio, que el número de las mismas en el último año natural es, al menos, cinco veces superior al de la población de derecho según la última cifra oficial de padrón municipal, siempre que dicha afluencia se encuentre repartida en más de treinta días al año. 2) Pernoctaciones: el municipio habrá de tener, de acuerdo con los últimos datos oficiales elaborados por la Consejería competente en materia de turismo sobre pernoctaciones en los establecimientos de alojamiento turístico previstos en el artículo 40 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, un número de pernoctaciones diarias en media anual (pernoctaciones al año/365) que sea superior al diez por ciento de la población de derecho del municipio, o bien alcanzar ese porcentaje durante al menos tres meses al año, computándose para ello la media diaria mensual (pernoctaciones al mes/30).

El primer condicionante se endurece respecto de la regulación de 2006 porque se concreta el parámetro de comparación con la referencia al último año natural⁶; y también porque el conteo de las visitas se predica del “principal recurso turístico del municipio” y no de “los recursos turísticos del municipio”⁷. En cambio, al prescindir del concepto de visitante, computa la visita turística de quien pernocta en el municipio. El segundo condicionante no ha variado en lo sustancial.

b) Oferta turística. La oferta turística, sustentada en recursos patrimoniales, naturales, culturales o etnográficos, deportivos y de ocio, ha de tener una consistencia y atractivo tal que sea capaz de generar un flujo de visitantes hacia el mismo. El municipio también ha de disponer de una infraestructura turística mínima conforme a su realidad socioeconómica y geográfica para poder satisfacer las necesidades de la población turística asistida.

⁶ En la redacción de 2006 la referencia era que “el número de visitantes sea al menos cinco veces superior al de vecinos, repartidos los primeros en al menos más de treinta días al año”.

⁷ Sin embargo, el artículo 5 del Decreto, en la nueva redacción de 2006, que regulaba la documentación que había que acompañar a la solicitud de MT, exigía un “certificado que acredite las visitas realizadas al recurso turístico más visitado”.

Este requisito, cuya formulación es nueva, engloba condicionantes que responden a algunos de los elementos de valoración que se enumeran en el artículo 3, de modo que se aprecia un cierto solapamiento.

c) Plan municipal de calidad turística. El artículo 2.c) solo menciona que el plan municipal deberá estar vigente tanto en el momento de la solicitud como en el caso previsto en el artículo 15.3⁸ y ajustarse a las grandes líneas estratégicas de la planificación turística de la Junta de Andalucía. Es el artículo 5.e) el que, al detallar la documentación que ha de acompañar a la solicitud de declaración de MTA, especifica su contenido mínimo: 1) Diagnóstico de la actividad turística en el municipio en el que se detallan necesidades y problemas del sector, visitantes y turistas que recibe y sus motivaciones, incluyendo estadísticas diferenciadas por sexo tanto con respecto al empleo como al turismo. 2) Los objetivos que persigue el plan municipal de calidad turística. 3) La descripción de las actuaciones de mejora de los servicios y prestaciones vinculados con la actividad turística, con indicación de su presupuesto y calendario de ejecución. 4) Los mecanismos de seguimiento y evaluación del plan municipal de calidad turística.

d) Elementos de valoración. El municipio deberá acreditar el cumplimiento de al menos diez de los elementos de valoración previstos en el artículo 3. Con respecto a la regulación anterior, algunos son nuevos, otros se enuncian con precisiones adicionales o prescindiendo de alguna referencia y otros se mantienen en los mismos o muy parecidos términos. Tales elementos son los siguientes: 1) Servicios públicos básicos que, según lo previsto en la normativa básica estatal sobre Régimen Local, preste el municipio respecto a la vecindad y a la población turística asistida, cuyo refuerzo se precise para satisfacer sus necesidades. 2) Servicios específicos prestados por el municipio que tengan una especial relevancia para el turismo, tales como salud pública, medio ambiente urbano, transporte colectivo urbano, protección civil y seguridad ciudadana y que asimismo cumplan con los parámetros de sostenibilidad ambiental, social y económica. 3) Disponer de planes de accesibilidad para la supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de transporte, así como otras actuaciones municipales, con incidencia en la actividad turística, orientadas a la accesibilidad universal. 4) Inversiones previstas en el presupuesto municipal para la promoción e infraestructuras turísticas. 5) Existencia de oficinas de turismo accesibles convenientemente señalizadas y equipadas. 6) Existencia de recursos turísticos en el término municipal, declarados de interés turístico o de interés cultural. 7) Plazas de alojamiento inscritas en el Registro de Turismo de Andalucía. 8) Adopción de

⁸ El artículo 15.3 establece, en lo que aquí interesa, la obligación de acreditar cada cuatro años ante la Consejería el cumplimiento de los requisitos que dieron lugar a la declaración. Por eso la referencia a dicho artículo 15.3 en este lugar puede considerarse ociosa.

medidas de defensa y restauración del patrimonio cultural y urbano. 9) Existencia de Ordenanzas Fiscales y de Medio Ambiente, en las que figuren debidamente recogidas medidas para la preservación de los valores medioambientales. 10) Adopción de medidas tendentes a corregir las desigualdades entre mujeres y hombres, así como las adoptadas en materia de violencia de género, con incidencia en la actividad turística. 11) Ubicación del término municipal, total o parcialmente, en alguno de los espacios naturales protegidos de Andalucía o sus Áreas de Influencia Socioeconómica. 12) Adopción de medidas de protección y recuperación del entorno natural y del paisaje. 13) Existencia de un planeamiento urbanístico que contemple las dotaciones de espacios libres y otras que cumplan las reservas mínimas previstas por la legislación urbanística, justificándose su incidencia sobre la población turística asistida. 14) Actuaciones para potenciar la movilidad sostenible no motorizada o la motorizada basada en energías alternativas. 15) Distintivos y certificaciones de calidad de los recursos y servicios turísticos que tenga el municipio. 16) Declaraciones de zona de gran afluencia turística a efectos de horarios comerciales concedida por la Consejería competente en materia de comercio interior. 17) Oficinas municipales donde se facilite información a la población turística asistida sobre sus derechos como personas consumidoras y usuarias.

III.- NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO Y EN MATERIA DE REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN

Las principales novedades del procedimiento de declaración conciernen a los informes que se han de emitir en el seno del procedimiento, con la creación de un nuevo órgano administrativo; y a la resolución, en concreto, a la competencia para resolver y a su inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía⁹.

El Decreto 72/2017 prevé el informe de la Delegación Territorial o Provincial de la Consejería y del Consejo Andaluz de Turismo (artículos 7 y 8); suprime el informe de la Dirección General que estaba previsto en el artículo 8 del Decreto 158/2002; y añade el informe del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales (artículo 8), la propuesta de informe de la Secretaría General con competencia en materia de turismo, que se eleva a la Comisión de Valoración y el informe de este órgano de nueva creación (artículo 9).

⁹ No me resisto a destacar la paradoja que revela la disposición transitoria 4 del Decreto 72/2017 en relación con el artículo 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pues aplaza la obligación de presentar telemáticamente las solicitudes de declaración de MTA hasta que se produzca la completa entrada en vigor dicha Ley y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en lo sucesivo).

El informe de la Delegación Territorial o Provincial se ciñe ahora a la oferta turística del municipio solicitante (artículo 7.1)¹⁰. Tanto el Consejo Andaluz de Turismo como el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales se han de pronunciar sobre la procedencia de la declaración de MTA (artículo 8.1)¹¹. El artículo 9 del Decreto introduce *ex novo* la “propuesta de informe de valoración turística” de la Secretaría General, dirigida a la Comisión de Valoración y que versa sobre: a) el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 2¹²; b) el grado de concurrencia de los elementos de valoración establecidos en el artículo 3¹³; c) los servicios municipales con incidencia turística que presenten dificultades de implantación o desarrollo¹⁴; d) las medidas propuestas para mejorar la calidad de dichos servicios y de la actividad turística¹⁵; e) la adecuación de la figura de Municipio Turístico de Andalucía para la consecución de la finalidad prevista en el artículo 1 del Decreto.

Por último, la Comisión de Valoración se configura como órgano interdepartamental de asesoramiento y colaboración en esta materia (artículo 16.1). Está integrada por representantes de las Consejerías competentes en materia de administración local, economía, innovación, hacienda, educación, salud, igualdad, políticas sociales, empleo, comercio, fomento, deporte, cultura, interior, desarrollo rural y medio ambiente, sin perjuicio de aquellos otros representantes de Consejerías que, no siendo miembros del mismo, puedan ser convocadas por la Presidencia en función de los asuntos a tratar (artículo 16.2). Sus funciones son: a) informar la solicitud de MTA; si el informe es favorable y el municipio hubiese expresado en la solicitud su interés por suscribir un convenio, cada una de las Consejerías que forman parte de la Comisión debe pronunciarse expresamente respecto a su voluntad de colaborar en el mismo y sobre los términos de dicha colaboración, lo que deberá quedar reflejado en el informe; b) informar sobre la revocación de la declaración de MTA; c) elaborar y emitir cuantos informes facultativos sobre MTA le sean solicitados por las personas titulares

¹⁰ Con arreglo al artículo 7 del Decreto 158/2002, la Delegación informaba sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2.

¹¹ En la regulación de 2002, el pronunciamiento del Consejo Andaluz de Turismo era determinante y tenía más alcance, ya que también debía formular “una propuesta acerca de las necesidades derivadas de la declaración, sobre los servicios turísticos municipales que hay que potenciar y las carencias de servicios e infraestructuras del municipio que se deben mejorar y a cuya implantación deben encaminarse los convenios regulados en el presente Decreto, todo ello en función del tipo de destino turístico de que se trate” (artículo 9.3).

¹² Aspecto sobre el que informaba anteriormente la Delegación Provincial, según se ha anticipado.

¹³ Sobre lo que informaba anteriormente la Dirección General de Planificación Turística (artículo 8 del Decreto 158/2002).

¹⁴ Extremo éste que podía entenderse comprendido en el ámbito del informe del Consejo Andaluz de Turismo (artículo 9.3 del Decreto 158/2002).

¹⁵ Que también podían entenderse comprendidas en el ámbito del informe del Consejo Andaluz de Turismo (artículo 9.3 del Decreto 158/2002).

de la Consejerías que formen parte de la Comisión (artículo 17). La razón de ser de este nuevo órgano se explicita en la exposición de motivos del Decreto 72/2017, que indica que “se pretende alcanzar una mayor implicación de las distintas Consejerías que conforman la Administración de la Junta de Andalucía cuyo ámbito de competencias se pueda ver afectado de alguna manera por la actividad turística, y dar respuesta a los problemas con los que se encuentran algunos municipios andaluces como consecuencia de los flujos de turistas que reciben a lo largo del año”. Dado que no se ha aprobado todavía el reglamento que debe determinar la composición y competencias de la Comisión Interdepartamental en Materia de Turismo (artículo 8 de la Ley 13/2011), es aventurado pronunciarse acerca de si esta Comisión, que es un órgano de consulta, podría desempeñar las funciones de la Comisión de Valoración, que es un órgano de asesoramiento, de modo que se evitara la duplicidad de órganos; con todo, hay que tener en cuenta que la Comisión Interdepartamental es también un órgano de coordinación, siendo así que la Comisión de Valoración lo es de colaboración.

Por lo que respecta a la competencia para resolver, la novedad radica en que el propio Decreto la delega en el Consejero en los casos en los que la resolución sea desestimatoria, resolviendo solo el Consejo de Gobierno si la decisión es favorable (artículo 11 y disposición adicional única). Por otra parte, y como ya se ha anticipado, la declaración de MTA se inscribe de oficio en el Registro de Turismo de Andalucía (artículo 13.2).

La revocación de la declaración presenta algunas diferencias respecto de la regulación de 2002. Hay que tener en cuenta que, en contraste con la Ley 12/1999, la Ley 13/2011 sí regula la materia, estableciendo como novedad respecto de la regulación reglamentaria anterior la obligación de acreditar cada cuatro años el cumplimiento de los requisitos que dieron lugar a la declaración de MTA [artículo 20.3.b)]. El artículo 15.3 del Decreto 72/2017 completa esta obligación con la de presentar una memoria justificativa de las actuaciones realizadas para dar cumplimiento a las obligaciones que establece dicho precepto y a las que después me referiré; por lo demás, el artículo 15.4 mantiene la comunicación a la Delegación Territorial o Provincial de la Consejería competente en materia de turismo, en el plazo de un mes, de cualquier modificación que pueda implicar el incumplimiento de los requisitos exigidos y de los criterios tenidos en cuenta para la declaración de MTA.

En cuanto a las causas de revocación, se ha prescindido de la consistente en la propia petición del municipio [artículo 17.1.d) del Decreto 158/2002], aunque se contempla que el inicio del procedimiento de revocación, que tiene lugar siempre de oficio, venga precedido de tal petición (artículo 22.1 del Decreto 72/2017). Se mantiene la de pérdida de los requisitos exigidos para la declaración, si bien se afina

en el sentido de que basta la pérdida de alguno de ellos [artículo 21.a) del Decreto 72/2017]. Por otra parte, ahora es suficiente con que se aprecie una progresiva disminución de la calidad de los servicios que se presten a la población turística asistida, para lo cual se atenderá preferentemente a los elementos de valoración [artículo 21.b) del Decreto 72/2017]¹⁶. Finalmente, y como consecuencia lógica de la nueva regulación de las obligaciones de los MTA, es causa de revocación el incumplimiento de algunas de ellas, con independencia de los compromisos que se hayan adquirido, en su caso, en los convenios [artículo 21.c) del Decreto 72/2017].

La regulación del procedimiento de revocación también registra cambios. Lo inicia la persona titular de la Consejería competente en materia de turismo (artículo 22.1) y no la Delegación (artículo 17.2 del Decreto 158/2002). Como ya se ha indicado, se incoa siempre de oficio, de modo que la petición del MTA no lo inicia y por tanto ya no ha lugar a la producción del silencio positivo (artículo 17.3 del Decreto 158/2002); con todo, la falta de resolución en plazo produce siempre la caducidad (artículo 23.2 del Decreto 72/2017) y no se prevé que pueda producirse el silencio negativo cuando el inicio de oficio del procedimiento haya venido precedido de una petición del MTA. Informan la Secretaría General (artículo 22.2) y, además del Consejo Andaluz de Turismo, el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales (artículo 22.3) y la Comisión de Valoración [artículos 17.b) y 22.5].

Finalmente, se especifica que la revocación es causa de extinción de los convenios de colaboración que en su caso se hubieran suscrito al amparo de la declaración revocada y que dará lugar a la cancelación de la correspondiente inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía (artículo 23.3). También se establece un plazo de dos años contados desde la publicación del acuerdo de revocación para que se pueda presentar solicitud para el otorgamiento de una nueva declaración de MTA (artículo 23.4).

IV.- LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE MUNICIPIO TURÍSTICO

La declaración de MTA comporta obligaciones para la Administración de la Junta de Andalucía y para el propio municipio. Puede dar lugar además a la celebración de convenios que, a su vez, pueden generar nuevas obligaciones. Y se deja abierta la posibilidad de otras formas de colaboración interadministrativa (artículo 13.1 del Decreto 72/2017)

¹⁶ Mientras que antes la causa de revocación era la variación sustancial de las circunstancias y servicios configurados como elementos de valoración [artículo 17.1.b) del Decreto 158/2002].

Las obligaciones de la Administración de la Junta son dos. La primera se formula en el artículo 14.1 del Decreto 72/2017 en los siguientes términos: “Para compensar el mayor esfuerzo económico adicional que realiza el Municipio Turístico de Andalucía en la prestación de los servicios, motivado por el carácter turístico del mismo, y con independencia del régimen financiero previsto para los municipios considerados como turísticos por la normativa básica estatal sobre Haciendas Locales, la Administración de la Junta de Andalucía estará obligada a considerarlo de forma prioritaria en las acciones de ordenación y fomento de sus planes económicos cuando resulte compatible con los objetivos de los mismos y en su caso, con el carácter finalista de su financiación”. La principal diferencia respecto de la regulación de 2006 consiste en que este deber se impone ahora al conjunto de la administración andaluza, mientras que antes solo resultaban obligadas las consejerías distintas de la competente en materia de turismo que suscribieran el oportuno convenio. La segunda obligación, que es nueva, se impone a la consejería competente en materia de turismo y consiste en hacer mención a la condición de MTA en las acciones de promoción turística que sobre dicho municipio lleve a cabo.

Las obligaciones de los MTA se enumeran en el artículo 15 del Decreto 72/2017. Se mantiene la obligación, que en realidad es un deber, de “llevar a cabo actuaciones dirigidas a potenciar y mejorar las actuaciones y servicios con incidencia en la actividad turística”, aunque se suprime la mención de que esas actuaciones y servicios sean los mencionados entre los elementos de valoración (apartado 1). A diferencia de lo establecido en la reforma de 2006, se añaden otras obligaciones que se imponen directamente, al margen de los convenios que se puedan suscribir y de índole muy diferente a las acciones que entonces debían formar parte del contenido necesario de los convenios; son las siguientes: “a) Introducir mecanismos de participación ciudadana y de los agentes económicos y sociales en todos los procesos de planificación turística que se lleven a cabo. b) Integrar la conservación del patrimonio cultural y natural en la planificación turística, prestando especial atención al patrimonio intangible y a los valores, costumbres y tradiciones propias del municipio. c) Promover la accesibilidad universal de los recursos turísticos locales. d) Apostar por un turismo respetuoso con el entorno y sus habitantes, que tenga en cuenta la capacidad de carga del destino y tome conciencia de la limitación de los recursos naturales del territorio. e) Concienciar a la población local y a la población turística asistida de la importancia de una práctica turística responsable, promoviendo actividades igualitarias, educativas y de divulgación sobre el turismo y el desarrollo sostenible” (apartado 2).

Por lo que respecta a los convenios, se mantiene su finalidad genérica, que se predica también de las otras formas de colaboración interadministrativa que puedan articularse y que es la de compensar el incremento de la demanda en la prestación de los servicios municipales (artículo 20.4 de la Ley de 2011 y 13.1 del Decreto de 2017).

También se mantienen los fines concretos, aunque se añaden algunas precisiones y otros nuevos. En particular, se contempla ahora la mejora de “los servicios públicos específicos de competencia municipal que tengan una especial relevancia para la actividad turística”; en lo concerniente al aumento, diversificación y mejora de la oferta turística complementaria, así como a la creación de nuevos productos, se añade que se ha de velar por la inclusión de medidas que favorezcan la desestacionalización (*sic*) y la mejora de la calidad del empleo; y se añade el fin de “evitar la saturación turística del destino, atendiendo a su capacidad de carga” (artículo 18.2).

El contenido mínimo de los convenios se detalla en el artículo 19.1, que prácticamente reproduce el artículo 49 LRJSP, añadiendo los siguientes elementos que ya estaban previstos en el artículo 16 del Decreto 158/2002: a) los indicadores del logro de los objetivos y, en su caso, las medidas a adoptar para corregir posibles desvíos sustanciales; b) en su caso, la necesidad de una organización común para su gestión.

A diferencia de lo establecido en el Decreto 158/2002, la previsión ahora es que cada municipio pueda firmar un solo convenio con todas las consejerías que hayan manifestado su voluntad de colaboración y hayan sido determinadas en el Acuerdo del Consejo de Gobierno (artículo 18.1); a este efecto, se especifica en el artículo 4.3 que en la solicitud de declaración de MTA debe quedar reflejada, en su caso, la voluntad de suscribir el convenio. Ello no impide que en un momento posterior se adhirieran otras consejerías y otras administraciones y entidades públicas interesadas en su objeto (artículo 18.2). Ha de notarse que se elimina la posibilidad de que puedan adherirse entidades privadas.

El artículo 19.2 ciñe el plazo máximo de duración de los convenios a cuatro años, reproduciendo el artículo 49 LRJSP en lo que concierne al régimen de prórroga y de extinción; también especifica que para proceder a la prórroga debe acreditarse previamente ante la consejería competente en materia de turismo el mantenimiento de los requisitos que dieron lugar a la declaración de MTA, así como que los compromisos adquiridos en el convenio no se han desarrollado en el tiempo convenido por causas ajenas a las partes que lo suscribieron.

En relación con lo anterior, la circunstancia de que el Decreto 72/2017 prevea un único convenio por cada MTA simplifica la cuestión del seguimiento, vigilancia y control. Anteriormente, el Decreto 158/2002 contemplaba un “superior órgano de seguimiento de todos los convenios que puedan suscribirse para cada Municipio Turístico” (artículo 12.1) y “un órgano especial que, sin perjuicio de las competencias del superior órgano de seguimiento previsto en el artículo 12.1, tendrá como función velar por el cumplimiento efectivo del contenido del convenio así como proponer cuantas medidas crea oportunas para el buen desarrollo de la actividad turística en el municipio” [artículo 16.1.e)]. Ahora, el artículo 20.1 del Decreto 72/2017 dispone

la creación de una comisión de seguimiento única para cada MTA compuesta, como mínimo, por representantes del municipio y de las consejerías firmantes, sin perjuicio de que la puedan integrar otros representantes de consejerías, administraciones y entidades públicas que se adhieran posteriormente al convenio. Sus funciones son las de velar por la interpretación y el cumplimiento efectivo del contenido del convenio, así como la propuesta de modificaciones y de cuantas medidas crea oportunas para el buen desarrollo de la actividad turística en el municipio (artículo 20.2); al efecto, puede solicitar informes o asesoramientos para la mejor valoración de las propuestas que se le sometan (artículo 20.4).

NOTICIAS DE REVISTAS
AUTONÓMICAS



Noticia de Revistas Autonómicas^{1*}

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

ARRESE IRIONDO, M^a Nieves: «Competencia de las comunidades autónomas en materia de sanidad y asistencia sanitaria a las personas migrantes en situación irregular», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pp. 210-243.

Como se conocido, el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, adoptado en la fase más crítica de la crisis económica, reservó la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, exclusivamente a las personas que tengan la condición de asegurado o beneficiario, lo que supuso la exclusión, con carácter general, de las personas extranjeras en situación irregular (salvo las modalidades de urgencia por enfermedad grave o accidente, hasta la situación de alta médica y de asistencia al embarazo, parto y postparto, así como la atención a menores).

Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas reaccionaron extendiendo su sistema sanitario también a estas personas, aunque con distinta amplitud. Este trabajo analiza tanto la diversa respuesta de las Comunidades Autónomas (en particular, a partir de las elecciones autonómicas de 2015), como los términos constitucionales de este conflicto competencial, a partir de los títulos competenciales en juego y acerca de la licitud de las normas autonómicas adoptadas en ejercicio de sus competencias en materia sanitaria.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

CABRERA RODRÍGUEZ, José: «El ejercicio de derechos fundamentales a través de las organizaciones y los procedimientos administrativos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-I. Enero-Abril 2017. Págs. 43-85.

A partir de una dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, el autor plantea la necesidad de tomar en consideración, en las actuales tendencias

1 * Sección a cargo de SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

legislativas de racionalización de las organizaciones públicas y simplificación de los procedimientos administrativos, el hecho de que estas instituciones se encuentran no sólo orientadas al cumplimiento de los fines y funciones constitucionalmente asignados a los poderes públicos, sino también funcionalmente orientadas al servicio de la posibilitación y realización efectiva de derechos fundamentales. En el fondo, se trata de una perspectiva tradicionalmente presente en nuestro ordenamiento. Así, nos permitimos recordar la innegable vinculación entre el derecho al acceso en condiciones de igualdad a la función pública y la conformación de los tribunales juzgadores de los procesos selectivos, mediante criterios de imparcialidad, independencia y competencia profesional.

Más en concreto, el autor se centra en la posibilidad de una deducción interpretativa de ciertos principios organizativo-procedimentales a partir de derechos fundamentales típicamente negativos o de libertad cuya virtualidad tuitiva se extendería así más allá de la clásica garantía subjetiva de un espacio de auto-determinación del individuo en un determinado ámbito para alcanzar, desde esta perspectiva proyección objetiva, a las estructuras organizativo-procedimentales que posibilitan o condicionan su ejercicio.

Para nuestro autor, las limitaciones constitucionales que se imponen a esta proyección organizativo-procedimental de los derechos fundamentales (lo que denomina configuración *iusfundamentalmente* adecuada de los derechos fundamentales) provienen fundamentalmente de la distinción entre constitucionalidad y legalidad ordinaria presente en la estructura del sistema de fuentes. En cambio, considera que el principio de eficiencia administrativa, entendido como un criterio relacional tendente a la maximización del empleo de los medios disponibles para la consecución de los fines constitucionalmente asignados a los poderes públicos, «no parece poder contraponerse legítimamente a la efectividad organizativo-procedimental de tales derechos».

CASADO CASADO, Lucía: «La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-I. Enero-Abril 2017. Págs. 87-141.

La prfa. L. CASADO CASADO analiza, con su acostumbrado rigor, el impacto de las normas básicas contenidas en el Título VI de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad reglamentaria de las entidades locales, poniendo de manifiesto los retos que supone la nueva Ley para los gobiernos locales, así como los problemas e incertidumbres que su aplicación puede suscitar, en particular para integrar las disposiciones de la Ley 39/2015 con la Ley Básica de Régimen Local, como ley especial. Así, en relación con el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, la autora trata la novedosa de inclusión del trámite de consulta pública previa a la redacción del anteproyecto de

reglamento. En cambio, considera que las reglas referentes a los trámites de audiencia e información públicas de la Ley 39/2015 son compatibles con la regulación de los mismos en la Ley Básica de Régimen Local.

Igualmente, la autora trata las nuevas obligaciones relativas a la planificación y evaluación normativas. Así, en relación a la planificación normativa, pone de manifiesto la parquedad de regulación básica de esta figura lo que limitará sin duda su alcance y efectividad. Por ello, nuestra autora sugiere la regulación del Plan normativo mediante una ordenanza que determine los aspectos necesitados de concreción, y, entre los cuales, se encuentra nada menos que la determinación del órgano competente para la aprobación del Plan normativo (la autora defiende la competencia del pleno, si bien ello es discutible, en nuestra opinión). Por último, en cuanto a la evaluación normativa *ex post*, también la Ley 39/2015 confiere un amplio margen de maniobra, que permite a las entidades locales diversas opciones, sin que deban seguir el modelo de la Administración del Estado, plasmado en la reforma de la Ley del Gobierno. En todo caso, la profa. CASADO CASADO señala, con razón, que la labor que tienen por delante las entidades locales es inmensa.

DE LA FUENTE MIGUÉLEZ, Alberto: Aplicabilidad de la normativa sobre protección de datos de carácter personal en el ámbito de la función estadística pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-I. Enero-Abril 2017. Págs. 275-301.

Partiendo del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, según el cual: «Se registrarán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: b) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública», este trabajo indaga en qué medida puede o debe aplicarse la Ley Orgánica 15/1999 a la función estadística pública. A este respecto, el autor admite que el ejercicio de la función estadística pública conlleva una serie de particularidades que reclaman su atención específica por el texto legal dedicado a establecer el régimen que corresponde a dicha actividad pública (en el Estado, la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública), y no por el cuerpo normativo directo y principalmente destinado a configurar el desarrollo o el ejercicio de un determinado derecho fundamental (la Ley Orgánica 15/1999). Ahora bien, como bien señala el autor, el régimen de la actividad estadística pública, con todas sus especificidades y particularidades, siempre deberá ser respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental en juego.

A este respecto, y tras un examen del valor jurídico de las Recomendaciones del Director de la AEPD, el autor considera que la postura de esta institución, según la cual a los tratamientos de datos de carácter personal que se realicen para finali-

dades exclusivamente estadísticas en el ámbito de la función estadística pública debe aplicarse la Ley 12/1989, pero también la Ley Orgánica 15/1999, salvo en aquellas cuestiones en las que esta última expresamente disponga su no aplicación, no se compagina con el tenor literal antes indicado de la Ley Orgánica 15/1999. No obstante, el autor se plantea la aplicabilidad de la LOPD a la función estadística pública a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites de los derechos fundamentales, lo cual lleva al autor a enjuiciar a validez constitucional de la práctica de remitir al ámbito reglamentario (Real Decreto de aprobación del Plan Estadístico Nacional) la determinación de las estadísticas que exigen el suministro obligatorio de información.

MORCILLO MORENO, Juana: «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pp. 180-209.

La contratación pública, habida cuenta el ingente volumen de recursos públicos que moviliza, constituye un potente instrumento transversal al servicio de las políticas de la Unión, como las políticas ambientales y, en lo que interesa en este trabajo, sociales. Así, la previsión de cláusulas sociales en los contratos públicos sirve para mediar entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores, frente al *dumping* social en el seno de la Unión Europea. Pues bien, en este interesante trabajo la autora comenta la STJUE de 17 de noviembre de 2015, relativa al caso «Regiopost», en la cual el Tribunal considera compatible con el Derecho de la Unión una normativa regional que, de una parte, obligaba a los licitadores y subcontratistas de un contrato público a asumir por escrito en la oferta el compromiso de pagar a sus trabajadores desplazados a otro Estado miembro el salario mínimo fijado por éste y, de otra, permitía la exclusión del procedimiento de adjudicación de aquellos licitadores que se negasen a asumir dicha obligación, como consecuencia del incumplimiento de una «norma imperativa de protección mínima», expresamente autorizada por el artículo 26 de la Directiva 2004/18.

Tras exponer la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales formuladas, la autora subraya la conexión que el caso «RegioPost» plantea entre las fases de adjudicación y ejecución de los contratos, pues la normativa controvertida conectaba las fases de adjudicación y ejecución de los contratos públicos, desde el momento en que la negativa en la fase de adjudicación a asumir por escrito un compromiso de cumplimiento de ciertas condiciones en la fase de ejecución del contrato público implicaría per se la exclusión misma del proceso de adjudicación. Con todo, la autora considera que los argumentos en los que el Tribunal de Justicia apoya su decisión son fundamentalmente formales («norma imperativa de protección mínima»), habiendo desaprovechado la ocasión para apostar, también de modo sustantivo, por la protección de los trabajadores de cara a aumentar la garantía frente al *dumping*

social dentro de la Unión, a partir de la consideración de la protección del trabajador como «razón imperiosa de interés general.

GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta: «Retos de la contratación pública electrónica», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pp. 244-275.

Este trabajo tiene como objeto el estudio de los retos de la utilización de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos en el ámbito de la contratación pública, dada la oportunidad que representa para el impulso de la efectiva implementación de las TICs la futura transposición de las directivas europeas sobre contratación pública, temática ligada tanto al impulso de la competitividad, como a la transparencia y la lucha contra la lacra de la corrupción. Para ello, la autora se centra en el contexto propiciado por la nueva legislación de procedimiento administrativo común y del sector público. Así, se analizan, entre otras cuestiones, la apuesta por la simplificación en el régimen jurídico de la identificación y firma electrónicas, la nueva regulación de la representación jurídica (el apoderamiento «apud acta» electrónico), la prevalencia del dato sobre el documento y, sobre todo, la interoperabilidad como clave de la innovación tecnológica.

PÉREZ ESTRADA, Miren Josune: «La exclusiva función del actual recurso de casación contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-I. Enero-Abril 2017. Págs. 303-328.

Como es sabido, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de junio, reformó en profundidad el régimen del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: básicamente, redujo las variedades anteriores de la casación a una sola (suprimiendo la casación en interés de ley y para unificación de doctrina), y cambió sustancialmente los supuestos en que cabe interponer el recurso, de tal modo que una sentencia sólo podrá ser recurrida en casación cuando el asunto debatido alcance un *interés casacional objetivo* –art. 88 LJCA–. Pues bien, en este trabajo se aborda la finalidad e interpretación del nuevo concepto indeterminado de «interés casacional», como instrumento para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho mediante la formación de jurisprudencia, y su apreciación discrecional por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Pero, además, el autor plantea los riesgos que entraña la instauración de un recurso que tiene por exclusivo objeto velar por la uniformidad en la aplicación del derecho (la llamada función nomofiláctica), en detrimento de la de la resolución de la cuestión que enfrenta a las partes en un proceso. En tal sentido, y tomando como referente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el acceso al recurso en relación con la tutela judicial efectiva, el autor cuestiona el nuevo sistema y reflexiona sobre los daños colaterales en los principios de igualdad en la aplicación del derecho, seguridad jurídica e independencia judicial.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel: «Simplificación administrativa y modificación o supresión de las técnicas de limitación o intervención», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pp. 8-44.

Como es conocido, desde la transposición de la Directiva Servicios, con carácter general, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, estamos asistiendo a un continuo repliegue de las autorizaciones o licencias, es decir, de las técnicas de intervención administrativa *ex ante* al acceso o ejercicio a la libre prestación de servicios por parte de los particulares, y a la sustitución de las mismas por la comunicación o declaración responsable de los particulares, es decir, un control que normalmente es posterior a la implantación o el ejercicio de la actividad. El prof. TRAYTER JIMÉNEZ, a partir las recientes normas de simplificación administrativa en las que se regulan las figuras de la comunicación y la declaración responsable, formula un marco general de las mismas, de los principios sobre los que se sustentan esas técnicas de limitación como mandato al legislador y como límites y criterios de interpretación al aplicador de la norma (principio general de libertad, reserva de Ley, principios de necesidad y proporcionalidad, y único medio de intervención, entre otros).

Pero, además, el trabajo analiza un conjunto de ejemplos de mala praxis plasmados en normas reglamentarias, en parte rémoras del pasado, tales como la exigencia en la presentación de la declaración responsable y la comunicación previa de un gran número de documentos, estableciendo controles o requisitos previos a su formalización que desnaturalizan esas figuras; o el carácter diferido de los efectos de la presentación de la declaración responsable y la comunicación; o la previsión de suspensión o cese de la actividad por falta de documentación. Finalmente, aun cuando la intención del legislador en este ámbito es evitar a priori la puesta en marcha de la responsabilidad administrativa, el trabajo analiza la aplicabilidad en este ámbito del instituto de la responsabilidad de la administración por daños, en aquellos casos en los que la Administración bien no ejerza sus potestades de inspección y control o bien las ejerza inadecuadamente, y como consecuencia de ello, un tercero (o los intereses públicos en según qué ámbitos) se ve afectado.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

GARCÍA URETA, Agustín: «Consideraciones sobre la incidencia de las Leyes 39 y 40/2015 en la Ley 2/1998, de la potestad sancionadora de las administraciones

públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco», *R.V.A.P.* núm. 107-I. Enero-Abril 2017. Págs. 143-169.

Son ya conocidas las múltiples cuestiones que suscita la ordenación dual de la potestad sancionadora en las Leyes 39/2015 y 40/2015, en particular, la cuestionable división entre aspectos de régimen jurídico y procedimiento que dificultan una comprensión unitaria de esta potestad. En este trabajo, el autor se centra en la necesidad de cohonstar ambas leyes con la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, norma verdaderamente singular en el panorama autonómico.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo, el autor considera que el criterio de la Ley 40/2015 de incluir al personal al servicio de las Administraciones, entra en contradicción con la perspectiva de la Ley 40/2015 orientada a los ciudadanos en general. Por su parte, en relación con los principios de la potestad sancionadora, el autor considera que las nuevas leyes estatales siguen sin recoger adecuadamente el principio general de presunción de inocencia. Ciertamente, dicho principio se recoge en la Ley 39/2015 entre los derechos del interesado «en el procedimiento administrativo», pero el prof. García Ureta defiende que debería haberse incluido expresamente entre los generales de la potestad sancionadora en la Ley 40/2015. Igualmente, nuestro autor echa en falta una regulación más completa de los tipos de infracciones, a pesar de la inclusión de referencias sobre las continuas y permanentes, y los concursos (a diferencia de las previsiones de la LPS). Otro tanto cabría señalar en relación con el principio *non bis in idem*. Desde la perspectiva procedimental, la introducción del denominado procedimiento «simplificado», la regulación del denunciante colaborador con la Administración y la inclusión expresa del reconocimiento de la responsabilidad, son señaladas también como novedades destacables que inciden en la Ley 2/1998, de 20 de febrero, al no prever ésta tales situaciones.

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel - ALCÁNTARA REIFS, Juan Jesús: «Límites materiales y territoriales a la actuación de la policía local como policía judicial: a propósito de la STS n.º 210/2016, Sala 2.ª, de lo Penal, de 15 de marzo de 2016», *R.V.A.P.* núm. 107-I. Enero-Abril 2017. Págs. 253-272.

Como es sabido, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tras atribuir las funciones de Policía Judicial a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, asigna a los Cuerpos de Policía Local una función de colaboración. Pues bien, este trabajo analiza la sentencia del Tribunal Supremo indicada en el título, en la cual se aborda la cuestión de la actuación de los Cuerpos de la Policía Local, en funciones colaborativas de Policía Judicial, fuera de su término municipal. A este respecto, nuestros autores admiten que el término municipal, como límite territorial para el lícito ejercicio de sus funciones por parte de los Cuerpos de la

Policía Local, no debe poseer carácter absoluto, sino que necesariamente ha de tener cierta permeabilidad. Incluso defienden que las circunstancias de actuación supramunicipal previstas actualmente en el art. 51.3 Ley Orgánica 2/1986 (los cuerpos de Policía Local «sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las autoridades competentes») son «claramente insuficientes y no dan una adecuada solución a una realidad operacional infinitamente más compleja», admitiendo así la necesidad de ampliar las causas de actuación supramunicipal recogidas en dicho precepto legal.

Ahora bien, lo anterior no impide a los autores cuestionar la escasa fundamentación del criterio reflejado en la sentencia objeto de comentario, a partir de una confusa doctrina del Tribunal Constitucional (relativa a la situaciones de «necesidad» previstas en algunas leyes autonómicas), pues podría suponer anular el reparto competencial existente, abriendo la veda a que los cuerpos de policía local de cualquier municipio —incluso sin comunicación previa— pudieran investigar a su libre albedrío en cualquier otro municipio por el mero hecho de tener cierto nexo con el de su pertenencia. Para evitar situaciones como ésta, los autores propugnan una reforma legal que actualice el modelo policial español y que, entre otros aspectos, reconozca el lugar que a los Cuerpos de la Policía Local les corresponde, dando cobertura legal a la ingente cantidad de funciones atípicas que muchos de ellos realizan cotidianamente.

(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.).

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «El peso de la tradición sectorial en el régimen de las obras públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, Zaragoza, 2016, pp. 117-149.

El prof. LÓPEZ RAMÓN nos ofrece en este trabajo una síntesis de la evolución del régimen jurídico de las obras públicas en España desde los albores del régimen constitucional durante la Regencia de María Cristina hasta el presente, demostrando la importancia que han tenido y continúan teniendo los planteamientos sectoriales. Así, el autor considera que la tradición nos ofrece, desde la primera legislación del siglo XIX en la materia (la «época dorada» de las obras públicas), los elementos constitutivos del sector: los aspectos orgánicos proporcionados por el Ministerio de Fomento y el cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, el establecimiento del régimen expropiatorio liberal y sus transformaciones, y la regulación material

contenida en la legislación de obras públicas de la Restauración, en la que se plasma un marco conceptual propio.

Para nuestro autor, esas iniciales características, pese a experimentar quiebras y embates en el período franquista (desde la época de la autarquía a la planificación del desarrollo), continúan en buena medida vigentes en el régimen actual de las obras públicas. No obstante, el prof. LÓPEZ RAMÓN constata cómo principalmente desde los años 90 determinadas prácticas y reformas legales han incidido en el régimen de las obras públicas, fundamentalmente mediante técnicas de planificación estratégica e ingeniería financiera (con objeto de estimular la financiación privada). Como bien afirma el autor, mediante estas técnicas (que no parece casual que acompañaron a una época de despilfarro y corrupción generalizados) se ha tratado sustancialmente, no tanto innovar el régimen de las obras públicas, como eludir las garantías esenciales del sistema, de tal modo que, en vez de progreso jurídico, habría que hablar de un proceso de degradación jurídica. Pero, además, el autor aborda la penetración en el sector de las obras públicas de los nuevos intereses públicos relacionados con la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medio ambiente, cuya efectiva realización ha tratado de limitarse en no pocos casos (como la extensión de la exclusión de licencia municipal para obras de interés general). En concreto, respecto al interés público ambiental, el autor sostiene que la atribución de la competencia del Estado para la evaluación de impacto ambiental de las obras estatales contenida en la legislación básica no debería traducirse en una visión subordinada del interés público de protección ambiental, el cual ha de poder expresarse libre y plenamente, dotando para ello de separación orgánica e independencia funcional al correspondiente órgano ambiental.

SORO MATEO, Blanca: La revisión de concesiones de uso privativo de agua para su adaptación a las exigencias ambientales de los planes hidrológicos y su eventual indemnización, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pp. 151-179.

En una manifestación más de la llamada ecologización del derecho de aguas, este estudio analiza la necesidad de reinterpretar y replantear la revisión de las concesiones de uso privativo del agua previamente concedidas (rescate o revocación, y revisión o modificación, según los casos), como consecuencia de sobrevenidas exigencias ambientales, esto es, por exigencias de los nuevos caudales ecológicos fijados en la planificación hidrológica o de medidas ambientales derivadas de los resultados de la evaluación ambiental de los planes o de la prevalencia de la planificación de los recursos naturales y de la protección de los espacios naturales, incluida la Red Natura 2000.

Pero, además, la autora se plantea si esta revocación y revisión de concesiones hidráulicas como consecuencia de su adaptación a las exigencias ambientales, genera

o no un derecho a indemnización de los titulares de las concesiones preexistentes. Según la autora, aun cuando el punto de partida es el reconocimiento de indemnización derivado de la revisión de concesiones cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos, es necesaria la reformulación de esta solución legal en función de la distinta naturaleza de las exigencias de los planes hidrológicos. En concreto, la autora considera que deberían considerarse de modo separado las consecuencias jurídicas derivadas de la revisión de concesiones de uso privativo del agua, cuando dicha reconsideración o modificación responda a nuevas exigencias derivadas de la discrecionalidad del planificador en materia de aguas, respecto de aquellas que pudieran derivarse del ejercicio de competencias normativas en materia de aguas o de medio ambiente, como lo es por ejemplo el establecimiento de caudales ecológicos y otros requerimientos ambientales. En este segundo caso, y de acuerdo con las reglas generales del régimen de los bienes públicos, cuando la modificación del Plan hidrológico al que debe ajustarse una concesión demanial se encontrara motivada en el interés público ambiental como prevalente sobre otros intereses tenidos en cuenta al otorgar la concesión, la autora considera que no debería proceder la indemnización, en la medida en que en este caso sí existe el deber jurídico de soportar los eventuales perjuicios derivados del ejercicio de la potestad de revisión por motivos de oportunidad.

SANCHO GARGALLO, Miguel Ángel: «Reflexiones sobre la autonomía de la escuela pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pp. 276-294.

Como señala el autor, la consideración de la educación como derecho humano fundamental y su dimensión esencial de libertad deben llevar aparejadas la posibilidad de que exista en los sistemas educativos una variedad y pluralidad de centros que respondan a la libre elección de las familias. En este contexto, el principio de autonomía escolar haría posible esa libertad de elección en función de proyectos educativos variados. Pero el autor de este estudio se cuestiona, ¿hasta qué punto cabe la autonomía y, en consecuencia, una cierta diversidad y pluralismo entre los centros públicos? Para dar respuesta a este interrogante, el autor analiza la naturaleza jurídica de la escuela pública, y examina la regulación de la autonomía escolar en el derecho español vigente.

Como indica nuestra autor, la conceptualización misma de centro educativo (que define como unidad administrativa desconcentrada de la Administración, sin personalidad jurídica independiente), su engarce dentro del Derecho de organización de la Administración, y el análisis jurídico de cómo inciden en él el marco competencial, las técnicas de desconcentración, transferencia, el control de la Administración y el principio de jerarquía al que se ve sometido, no han sido hasta la fecha objeto de un estudio suficientemente amplio y sistemático. Asimismo, en relación con la regulación vigente, el autor señala la distancia que se abre entre las

proclamaciones de la relevancia autonomía de los centros educativos contenidas en las exposiciones de motivos de los textos legales y la verdadera capacidad que las mismas normas conceden a los centros, muy lejos de las experiencias de otros países con sistemas educativos avanzados, e los cuales se reconoce una autonomía con recursos adaptados a las necesidades de los centros.

(7) § Varia.

UREÑA SALCEDO, Juan Antonio: «La (des)protección de la propiedad intelectual de las obras del poder público», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-I. Enero-Abril 2017. Págs. 199-232.

Este interesantísimo artículo de tan sugerente título presenta dos partes bien diferenciadas. En la primera, el autor vincula la desprotección por las normas de propiedad intelectual de las obras vinculadas al ejercicio del poder público (ya sea el Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial), a la transparencia pública, verdadero paradigma del Derecho Público actual. Así, el autor trata la exclusión de la propiedad intelectual de las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, y, en general, de los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos. Asimismo, el autor plantea algunos obstáculos legales a la transparencia y, en particular, la utilización por parte de algunas leyes sobre transparencia pública de los derechos de propiedad intelectual como límite al derecho de acceso a la información pública y a su reutilización. Con todo, el autor sostiene, con fundamentos sólidos, que los derechos de propiedad intelectual de terceros no deben ser un límite al acceso, pues como señala el autor «La propiedad intelectual no protege las ideas sino su forma de expresión concreta».

En la segunda parte del estudio se aportan argumentos a favor de que la titularidad de los derechos de propiedad intelectual corresponde a la Administración para la que se trabaja, lo que debería, además, facilitar la transparencia en el ejercicio del poder público, el acceso a la información por la ciudadanía y, llegado el caso, la reutilización de la misma. Para ello el autor lleva a cabo una síntesis del estado de la cuestión, tanto legal como jurisprudencial, aportando también apuntes de Derecho comparado. Asimismo, el autor trae a colación la semejanza con la propiedad industrial de los investigadores, la presunción legal de cesión de derechos en la contratación administrativa (el contrato de servicios del sector público), y la analogía con el régimen de los trabajadores asalariados y la protección del empleador. Con todo, el autor admite que, debido a la complejidad de la organización administrativa y de las diferentes actividades que llevan a cabo las Administraciones, pueden existir supuestos dudosos. Para resolver estos casos el autor propone partir de un análisis de las funciones reservadas al puesto, para determinar si la obra se ha realizado efectivamente en cumplimiento de una función pública.

Revista Andaluza de Administración Pública Borrado de aquí
ISSN: 1130-376X, núm. 98, mayo-agosto (2017), págs. 501-511

RECENSIONES



Recensiones

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. Fracking y gas no convencional. Régimen jurídico. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, 346 páginas.

I.- El profesor Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, con la colaboración de Paula Fernández de Gatta Pérez, nos pone al día en la materia de la exploración y explotación del gas no convencional, en particular mediante la fracturación hidráulica, mediante esta valiosa monografía con la que contribuye a un debate de plena actualidad. Precedido de una minuciosa tarea de documentación, como revelan las notas a pie de página, y con un exhaustivo aparato bibliográfico, el estudio proporciona una información sumamente útil para situar en su debido contexto el significado económico y social del *fracking*, a la par que desvela sus claves jurídicas en el Derecho de los Estados Unidos, de la Unión Europea y de nuestro país.

II.- Tras el prólogo del profesor Tomás Quintana López, la obra comienza con una introducción en la que sintéticamente se expone el estado de la cuestión, a la que siguen seis capítulos, un anexo sobre los productos químicos que se utilizan en Estados Unidos y el índice de bibliografía y documentación básica.

El primer capítulo (“El gas como opción energética: historia y situación actual”) expone los aspectos históricos del uso de la energía y del gas, prestando especial atención a lo acontecido en España, país en el que tardíamente se introduce el gas natural. Desde el uso anecdótico del gas de carbón en agosto de 1792 hasta el momento actual, en el que “el peso del gas natural en el *mix* de energía representa el 20%”, el autor repasa los principales hitos del empleo del gas, del marco normativo y de la organización administrativa del sector.

El segundo capítulo [“Gas no convencional y fractura hidráulica (*fracking*): definiciones”] aborda los conceptos técnicos imprescindibles para la comprensión de las técnicas de exploración y explotación del gas no convencional, en particular el *fracking*. Además de todo ello y al hilo de la explicación de los métodos utilizados, se da cuenta de la trayectoria seguida en los Estados Unidos y de las claves del éxito del *fracking* en esta nación, cifradas principalmente en acuerdos con empresas privadas para impulsar el desarrollo de las tecnologías precisas, la política fiscal favorable y un marco normativo propicio; también se subraya el impacto del éxito sobre los precios del gas natural, la generación de empleo y riqueza y la situación de autoabastecimiento del país. Igualmente se reseñan las perspectivas de explotación en la Unión Europea y se ofrece una prospectiva sobre el futuro del mercado de la energía.

El tercer capítulo [“La incidencia ambiental del uso de la fractura hidráulica (*fracking*) en la exploración y explotación de gas no convencional”] se inicia con un recordatorio de las ventajas económicas y de las repercusiones sociales del gas no

convencional, con referencias concretas al estado de la cuestión en Estados Unidos, la Unión Europea y España. Esta reseña es el punto de partida para el análisis de las implicaciones ambientales del *fracking*, que se concretan en el consumo de agua, el riesgo de contaminación de las aguas superficiales y subterráneas, la sismicidad inducida, las emisiones atmosféricas (entre ellas las de gases de efecto invernadero) y la incidencia en el suelo y en el paisaje. Por lo que respecta al consumo del agua, el autor destaca que en Estados Unidos es “muy inferior al derivado de la generación eléctrica en centrales térmicas, para el suministro municipal o para el regadío agrícola”. En cuanto al riesgo de contaminación de las aguas, llama la atención acerca de la importancia que reviste la elección de zonas en las que no existan materiales permeables, la integridad y estanqueidad de los pozos y el tratamiento de las aguas residuales de retorno; al hilo de esta cuestión, recuerda que los aditivos químicos han de ser los previstos en la normativa y de público conocimiento; también subraya que la Agencia de Protección Ambiental estadounidense ha concluido que no existe un impacto generalizado en el agua potable, al margen de algunos casos puntuales ocurridos en el ejercicio de actividades rutinarias y accidentes. Sobre la sismicidad inducida, informa que es baja o muy baja, según se desprende de distintos estudios que también recogen las medidas preventivas que se han de adoptar y la necesidad de establecer sistemas de detección temprana y vigilancia. De las emisiones atmosféricas, destaca que no parecen muy posibles las fugas incontroladas de gas metano a la superficie, que los sistemas de control de fugas son mucho más exhaustivos que los implantados en otras actividades y que las emisiones “si existen, no son superiores a las derivadas de gas convencional, y en todo caso, ambas son más limpias que otros combustibles fósiles”. Sobre la incidencia en el suelo y en el paisaje, muy considerable e inevitable, apunta que las innovaciones que suponen las perforaciones horizontales de los pozos mitigan el impacto. La conclusión a la que llega el autor es clara: el *fracking* no supone realmente un peligro ni un riesgo mayor que otras actividades industriales, siempre que se respete la normativa reguladora y las buenas prácticas aplicables, de las que proporciona algunos ejemplos.

En el cuarto capítulo (“Aproximación al Derecho estadounidense aplicable al gas no convencional y al *fracking*”), el autor explica que las competencias en la materia y sobre protección del medio ambiente corresponde a los Estados federados, que las han ejercido de modo desigual. Así, algunos de ellos han aprobado normas prohibitivas; otros, normativas que permiten la actividad, pero con un acusado carácter restrictivo; y la mayoría ha regulado “un conjunto menor de los problemas de obtención de gas y petróleo”. En particular, llama la atención acerca de la también desigual consideración que, en términos de transparencia, merece la publicidad de la composición de los fluidos que se inyectan, que para algunos Estados es información accesible mientras que otros consideran que forma parte del secreto comercial. Se-

guidamente, se centra en la legislación federal aplicable a la actividad de *fracking*, en particular la legislación ambiental; en concreto, expone en qué medida es aplicable la Ley de Agua Potable Segura de 1974, la Ley de Conservación y Recuperación de Residuos de 1976 (tras la exclusión producida por la Ley de Eliminación de Residuos Sólidos de 1980), la Ley de Aire Limpio de 1970, la Ley de Especies en Peligro de 1973, la Ley del Tratado de Aves migratorias de 1918, la Ley de Planificación de Emergencias y Derecho a Saber, la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional y la Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental; asimismo da cuenta de la exclusión de la Ley sobre el Control del Agua de 1948 y de la Ley de Política Ambiental Nacional de 1969. También refiere la reglamentación basada en el control que corresponde al Gobierno federal en cuanto propietario de territorios, por cierto muy amplios, en los que se desarrolla el *fracking*. El capítulo concluye con una llamada de atención sobre la incidencia del régimen del derecho de propiedad, toda vez que el propietario lo es tanto del suelo como del subsuelo y de sus recursos; y con una advertencia acerca de los cambios que se pueden producir con la nueva Administración Trump.

El quinto capítulo [“Régimen de la Unión Europea aplicable a la exploración y producción de gas no convencional mediante fracturación hidráulica (*fracking*)”] comienza con la exposición de la situación del gas no convencional en la Unión Europea, poniéndose de manifiesto la dependencia energética de la Unión Europea y de algunos de sus Estados miembros, así como otros puntos débiles. A continuación se trata la evolución y la regulación actual de la política de energía de la Unión Europea, llamando la atención acerca de la novedad que supone el Título XXI y el artículo 194 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y exponiendo la serie de documentos y pronunciamientos que se han sucedido relativos a la energía y otros aspectos relacionados, con particular atención a las ocasiones en que se ha aludido a los recursos no convencionales y a los documentos específicos sobre la materia, proporcionándose una información muy completa. Destaca el tratamiento que efectúa de la Recomendación de la Comisión 2014/70/UE, de 22 de enero, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos, como el gas de esquito, utilizando la fracturación hidráulica, que caracteriza como “un texto avanzado en la materia, al incluir todo lo necesario para que las operaciones de extracción de hidrocarburos no convencionales se realicen con total seguridad y sin riesgos para el medio ambiente ni para la salud humana”. Por último, ofrece una panorámica de la normativa europea aplicable, distinguiendo entre la relativa a las actividades extractivas, la normativa en materia de aguas, de sustancias químicas, de control de riesgos en accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro y la normativa ambiental (las directivas de evaluación de planes y programas y de

proyectos, así como las directivas de hábitats naturales y de conservación de las aves silvestres).

El sexto capítulo [“La regulación de la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica (*fracking*) en España”] se divide en cinco partes de desigual extensión. Tras una breve introducción en la que fundamentalmente se pone de manifiesto que en nuestro país no hay suficientes procesos de exploración y sondeos para determinar si existen yacimientos relevantes para considerar la extracción de recursos no convencionales, se aborda la distribución de competencias en la materia. El autor expone la doctrina jurisprudencial sobre los títulos competenciales del Estado, destacando que las Comunidades Autónomas no pueden prohibir “una determinada actividad o técnica en materia o sectores sobre los que carecen de competencias”; a continuación analiza las distintas sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado la inconstitucionalidad de las normas autonómicas que han prohibido el *fracking* y expone el estado de la cuestión en relación con la Ley vasca 6/2015, de 30 de junio, dando cuenta asimismo de otras iniciativas autonómicas; seguidamente se ocupa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída al hilo de un intento de convocatoria municipal de una consulta popular y de distintos recursos contra el otorgamiento de permisos de investigación. En la segunda parte de este capítulo se reseñan los documentos estratégicos producidos en España sobre los hidrocarburos no convencionales y la fracturación hidráulica, verdaderamente escasos. En la tercera y en la cuarta parte analiza la legislación española aplicable a la materia; la tercera parte se centra en la legislación de hidrocarburos, dedicando especial atención a la incidencia de la Ley 8/2015, de reforma de la Ley del Sector de Hidrocarburos; la cuarta parte, en cambio, se dedica a la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental, de la que destaca su carácter avanzado respecto de la Directiva 2011/92/UE, puesto que somete a evaluación ambiental las operaciones de exploración y de extracción de gas no convencional mediante fractura hidráulica; también en esta cuarta parte se menciona la aplicación de la legislación de aguas, de conservación de la naturaleza, en su caso de la legislación de minas, de la legislación de residuos, de la normativa sobre seguridad industrial, sobre sustancias químicas y peligrosas, sobre responsabilidad medioambiental y la relativa a operaciones extractivas en el mar. En la quinta parte, finalmente, se reseñan las propuestas prohibitivas que se han presentado en el Congreso de los Diputados, llamando la atención acerca de nuestra dependencia energética y el hecho de que no se avanza en la realización de sondeos y evaluación de posibles recursos no convencionales; el autor recuerda el éxito del *fracking* en otros países y cómo las innovaciones en el sector se orientan a una mejor protección del medio ambiente, concluyendo sobre la necesidad de realizar los referidos sondeos exploratorios, que incluso pueden revelar la inutilidad del actual debate sobre el *fracking*.

III.- La monografía que se recensiona contiene un exhaustivo análisis jurídico de la materia que constituye su objeto, en un momento especialmente oportuno ante el debate abierto sobre el *fracking*. Por esta razón merece un juicio muy positivo y se recomienda vivamente su lectura. Pero, además, la obra presenta un valor añadido que la hace especialmente útil, ya que aporta el conocimiento necesario para poder comprender la realidad subyacente.

La creciente complejidad de los fenómenos que deben disciplinar las normas supone uno de los mayores retos a los que debe enfrentarse el jurista y en general el aplicador del Derecho. Cada vez con mayor frecuencia resulta difícil interpretar la ley y no es sencillo tampoco valorar su oportunidad sin unos conocimientos previos sobre la materia que regula. Así sucede de manera especial en el caso de la normativa ambiental y de sectores de actividad como el que es objeto del libro del profesor Fernández de Gatta. De ahí que uno de sus aciertos sea el enfoque que adopta en su estudio, que brinda una magnífica oportunidad al lector para alcanzar un cabal conocimiento de las implicaciones técnicas, económicas y sociales de una actividad discutida en cuanto a sus repercusiones ambientales y en términos de seguridad. Así lo destaca el profesor Quintana López en su prólogo, del que subrayo su apreciación, que plenamente comparto, de que estamos ante “un trabajo documentado hasta la extenuación y rico en juicios sustentados en argumentos bien fundados”.

María del Carmen Núñez Lozano
Catedrática de Derecho Administrativo
Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural
Universidad de Huelva

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coordinador): *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*; Colección Monografías, INAP, Madrid, 2017, 578 págs.

El patrimonio cultural constituye una de las múltiples “huellas” identitarias de nuestro paso -como pueblo, comunidad o humanidad- por el planeta. Diversidad, riqueza, subjetividad y creatividad humana son notas características de dicho legado, producto sin duda de la interacción del individuo con el entorno, de los valores propios y de las complejas relaciones que entretienen la sociedad. No es extraño, pues, que esta relevante herencia cultural, transmitida y preservada generación tras generación, sea objeto de salvaguarda y protección para garantizar que pueda ser disfrutada por todos. Con este objetivo, la propia UNESCO auspició la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972) en aras a identificar y preservar tanto el patrimonio cultural como el dimanante de la naturaleza que se considera especialmente preciado para el conjunto de la humanidad; estela que han seguido, con variaciones, otros organismos internacionales y los ordenamientos jurídicos estatales. Cabe recordar, asimismo, que la noción de patrimonio es dinámica y se ha ido agrandando con el tiempo –no en balde, el propio concepto de valor cultural surge de la superación de la caduca comprensión del patrimonio como algo exclusivamente monumental o artístico–, para acoger en su seno nuevas tipologías de bienes también reconocidos como parte integrante de la cultura de un grupo de individuos, ya sean tangibles o intangibles, tal es el caso del patrimonio cultural inmaterial.

El derecho a disfrutar, proteger y conservar este patrimonio, manteniendo su integridad para la posteridad y garantizando su restitución en caso de despojo de bienes integrantes del mismo reclama la existencia de un régimen jurídico sin fisuras que ofrezca respuesta a las demandas y problemáticas que se plantean en este ámbito sectorial. Es por ello que debemos celebrar la publicación del excelente volumen titulado *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, obra colectiva coordinada por el profesor Dr. Fernando LÓPEZ RAMÓN, catedrático de Derecho Administrativo, que reúne un compendio de 23 estudios exhaustivos elaborados por 25 prestigiosos juristas, todos ellos profesores universitarios, y que se divide en dos partes –con idéntico hilo argumental, el régimen jurídico del patrimonio cultural–, la referida al marco legal europeo y la correspondiente al latinoamericano. Esta obra es el último fruto de la copiosa y reconocida actividad desarrollada por la Red Internacional de Bienes Públicos, donde participa la Universidad de Zaragoza junto con otros centros académicos europeos y latinoamericanos. Si bien el patrimonio cultural ha sido objeto de estudio en sus diversas y concretas manifestaciones -baste recordar las obras de referencia de los profesores Juan Manuel Alegre, Rosario Alonso y Concepción Barrero- la obra que recensamos en estas líneas viene a cubrir con nota un vacío existente en materia de Derecho Comparado. El hecho de no imponer un contenido

predeterminado permite a los autores seleccionar y ahondar en aquellos aspectos que, a su criterio, son más sustanciales, característicos y/o controvertidos en el marco de las respectivas regulaciones nacionales. Además, se agradece enormemente la existencia, al inicio de la práctica totalidad de capítulos, de una síntesis de su contenido, lo que facilita una rápida intelección de las principales cuestiones que se abordan.

La parte dedicada al Viejo Continente comprende siete capítulos. Los tres primeros analizan, partiendo de lo general a lo más concreto, las fuentes reguladoras del patrimonio cultural así como, desde una perspectiva histórica, su desarrollo conceptual, con indicación del régimen competencial aplicable (F. López Ramón), pasando por el análisis y efectos derivados de la indeterminación y amplitud del concepto jurídico de expolio, entendido como lesión real o potencial de bienes culturales, de sus partes integrantes o de los valores que lo califican (J. L. Bermejo Latre) y la insuficiente, y a la vez problemática, regulación del patrimonio cultural inmaterial hasta la aprobación de la Ley 10/2015, de 16 de mayo, sin olvidar las controversias que generan algunas de sus manifestaciones en cuanto puedan atentar contra la igualdad de género o el bienestar animal (C. de Guerrero Manso). El capítulo cuarto se traslada al vecino país luso (F. Alves Correia y B. Almeida Avezedo), ofreciendo, en lengua vernácula, una visión sintética del objeto del libro al tratar distintos aspectos de la regulación, como son la evolución histórica, la distinción entre patrimonio cultural y natural –señalándose que, a pesar de su autonomía recíproca, subsiste una relación de complementariedad mutua– y el régimen de protección y valorización desde una perspectiva de sostenibilidad; mientras que el quinto capítulo, redactado asimismo en el idioma original, ofrece un desarrollo de las posibles modalidades de circulación de los bienes culturales públicos y privados de interés público en Italia, y particularmente de las formas de enajenación del demanio cultural en el territorio nacional (V. Giomi). La parte europea concluye con sendos capítulos dedicados al ordenamiento galo: el primero nos instruye en clave histórica sobre la evolución del tratamiento legal del patrimonio cultural, con su redescubrimiento en el siglo XIX, coincidente con el nacimiento de una verdadera política pública patrimonial, y la necesidad de promoverlo y valorizarlo en el contexto actual de la globalización, concluyendo que la protección por sí sola no basta (H. Alcaraz). El segundo se ocupa del régimen jurídico de las lenguas regionales en Francia, habida cuenta de que han sido objeto de “patrimonialización”, planteándose si se trata de un derecho fundamental de protección de las minorías o de un simple elemento del patrimonio cultural francés (O. Lecucq).

La segunda parte, mucho más extensa, se compone de dieciséis capítulos. Inician el análisis, por la parte latinoamericana, los dos capítulos dedicados al Derecho argentino. Concretamente, se examina, en primer lugar, el régimen jurídico de protección de los bienes culturales, con reseña del marco de distribución de competen-

cias y de las principales normas federales y se incide en los instrumentos jurídicos que garantizan la tutela de los bienes culturales, verbigracia, los límites que gravan el dominio privado, las ayudas públicas y la protección penal (I. M. De la Riva). Posteriormente, se da cuenta de un caso concreto referido a un inmueble sito en Buenos Aires y declarado monumento histórico nacional que acaba siendo objeto de expropiación y que sirve de ejemplo para poner de relieve el desamparo y las limitaciones que sufren los propietarios de esta clase de bienes como consecuencia del marco jurídico existente (P. O. Gallegos Fedriani). Colombia contribuye al volumen con tres capítulos atinentes a las bases constitucionales de la protección del patrimonio cultural, con propuestas sobre el régimen legal aplicable, tales como la necesaria coexistencia de un régimen de *hard law* definitorio de las cargas y obligaciones de los titulares de bienes y un régimen de *soft law* que incentive y promueva su salvaguardia (H. Santaella Quintero), al análisis de la normativa aplicable, particularmente el interés general cultural como título válido de intervención administrativa en el derecho de propiedad y la tipología de bienes (J. Pimiento Echeverri y A. Castro Rodríguez) y al patrimonio cultural urbano y los mecanismos encaminados a su intervención, protección y fomento (C. J. Velásquez Muñoz). El capítulo décimo tercero nos aproxima, desde las perspectivas del Derecho internacional, el Derecho nacional y la jurisdicción constitucional, al régimen jurídico de los bienes culturales costarricenses (E. Jinesta L.); en tanto que los subsecuentes cinco capítulos se aplican a analizar distintos aspectos del régimen jurídico de los bienes integrantes del patrimonio cultural en Perú, tomando como punto de partida una aproximación general al marco legal, la organización administrativa competente en la materia y el régimen de los bienes (J. Danós Ordoñez). Son objeto particular de atención, la protección del patrimonio cultural a nivel nacional e internacional, con un apartado dedicado a la jurisprudencia constitucional (R. J. Martín Tirado) y, más concretamente, la protección dispensada al patrimonio arqueológico, interrogándose el autor sobre la participación del sector privado, a la vez que desgrena las distintas técnicas administrativas al servicio de esa protección y destaca la existencia de un régimen de protección penal insuficiente (R. Huapaya Tapia). Asimismo, se examina la conexión funcional del sistema nacional de bienes estatales con el régimen jurídico peruano del patrimonio cultural de la Nación, poniendo de relieve las semejanzas y diferencias entre estos dos ámbitos normativos, especialmente en lo que se refiere al ejercicio de potestades por las entidades públicas responsables de controlar y administrar estos bienes (R. Jiménez Murillo) y, para terminar el análisis del marco legal peruano, se pone el acento en la necesidad de revalorizar la intervención municipal en relación con los bienes culturales urbanos, con la intención de equilibrar las relaciones y responsabilidades que comparten el Ministerio de Cultura y las municipalidades (O. Vignolo Cueva). También la contribución uruguaya es vasta, abarcando los capítulos XIX a XXII, con dos aportaciones sobre régimen general relativas al marco constitucional, bienes

integrantes y medidas protectoras (A. Durán Martínez) y a los principales problemas y desafíos que dicho marco legal genera en cuanto a la gestión de los bienes culturales (P. Schiavi); estos dos estudios se complementan con otras tantas contribuciones específicas, una acerca de la protección del derecho de propiedad privada y sus limitaciones en conexión con el patrimonio cultural, tales como privaciones, afectaciones, servidumbres o expropiación (G. Ruocco) y otra sobre los hallazgos arqueológicos que se producen como consecuencia de la ejecución de proyectos de infraestructuras públicas (R. Ferrés Rubio). Cierra esta segunda parte el capítulo XXIII sobre el régimen jurídico del patrimonio cultural en Venezuela, con indicación de la jurisprudencia más destacada en la materia (V. R. Hernández Mendible).

El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica constituye un meritorio tratado jurídico de Derecho Comparado en una materia que plantea muchos retos e interrogantes y que está de plena actualidad, atrayendo a partes iguales la atención de expertos y legos en la materia (piénsese por ejemplo, en la polémica que envuelve asuntos tan mediáticos como las obras de arte del Monasterio de Sigena, que ha enzarzado en una disputa sobre su titularidad a las comunidades autónomas de Aragón y Cataluña). Desde luego, no es casualidad que la Red Internacional de Bienes Públicos se haya decantado por el estudio de este tema.

A pesar de que la obra persigue también una finalidad divulgadora, los autores cumplen sobradamente con las exigencias científicas al diseccionar con exhaustividad las líneas maestras del marco legal que arropa al patrimonio cultural, mucho más si cabe cuando el objeto del capítulo no es el régimen legal general sino algún aspecto muy concreto, como sucede, por ejemplo, con las lenguas regionales, los hallazgos arqueológicos por causa de ejecución de obra pública y las limitaciones de la propiedad privada, contribuyendo a dar respuestas a unas situaciones que las exigen. Cabe resaltar que las aportaciones son de una gran calidad investigadora, coincidiendo todas ellas como tesis central –no podía ser de otra manera– en la importancia de la protección y conservación de la riqueza del patrimonio cultural. Desde esta perspectiva, la obra brinda un panorama completo que permite la comparación de marcos regulatorios distintos con el objetivo de poner en común ideas y, si procede, innovar ordenamientos y mejorar la calidad normativa. Ciertamente, el análisis que se ofrece de las regulaciones nacionales europeas es mucho más parca en comparación con la latinoamericana puesto que únicamente son objeto de estudio España, Portugal, Italia y Francia, aunque ello no resta importancia a la obra y obedece sin duda al hecho de que se ha querido acotar el análisis a los países de tradición latina situados en la órbita mediterránea, localizándose ahí el coligamiento con la parte elaborada por los juristas del otro lado del Atlántico.

RECENSIONES

En definitiva, estamos ante una obra excelente y bien estructurada sobre un tema complejo que, por sus propuestas sensatas y ponderadas, invita a una lectura reflexiva. Imprescindible para seguir avanzando, en un mundo globalizado, en el tratamiento legal del patrimonio cultural, en tanto que conjunto de bienes que –ya sea en su versión material o inmaterial– testimonian la diversidad cultural de los pueblos y refuerzan el sentido de comunidad.

Judith GIFREU FONT

Universidad Autónoma de Barcelona

BIBLIOGRAFÍA



Bibliografía sobre derecho autonómico

mayo – agosto 2017

AA.VV.: *Derecho Local de Galicia* (Dir. José Luis Carro Fernández-Valmayor y Luis Miguez Macho; Coord. Marcos Almeida Cerredá), Ed. Iustel, Madrid, 2017. ISBN: 978-84-9890-327-0.

AA.VV.: *40 Años de Ordenación y Legislación del Territorio en Canarias. Homenaje a Joaquín Casariego (1948-2016)* (Coord. Faustino García Márquez), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. ISBN: 978-84-9143-491-7.

AA.VV.: *Ciudadanía y servicios públicos locales: Un estudio en las comunidades autónomas de Madrid y Castilla y León* (Coord. Jaime Ferri Durá y Manuel Barroso Sevillano), Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017. ISBN: 978-84-7351-573-3.

AA.VV.: *Nuevo derecho urbanístico de Castilla y León* (Dir. Enrique Sánchez Goyanes y Ángel M^a Marinero Peral; Coord. F. Javier Melgosa Arcos), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2017. ISBN: 978-84-9135-319-5.

AA.VV.: *Tributos propios de las Comunidades Autónomas* (Coord. Rafael Sanz Gómez), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. ISBN: 978-84-9143-136-7.

BENITO GARCÍA, J. M.: *Las televisiones públicas en España: por qué y para qué*, Ed. Fe de Erratas, Madrid, 2017. ISBN: 978-84-1589-051-5.

CRIADO SÁNCHEZ, A. J.; SANTOS DIEZ, R.: *Derecho urbanístico en Andalucía*, Ed. Fundación Formación y Desarrollo Urbanístico, Málaga, 2017. ISBN: 978-84-697-3229-8.

LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Derecho público en Euskal Herria*, Ed. Lete. Argitaletxea, Bilbao, 2017. ISBN: 978-84-6179-776-9.

LLADÓ MARTÍNEZ, A.: *La universitat pública de Catalunya. Reptes jurídico-organitzatius i de govern*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017. ISBN: 978-84-1665-257-0.

PEIRÓ SÁNCHEZ-MANJAVACAS, E.: *Análisis de los planes territoriales sectoriales en España. Diagnóstico y tipificación por Comunidades Autónomas*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2017. ISBN: 978-84-9134-077-5.

Javier E. Quesada Lumbreras
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Estudios

Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo EDUARDO MELERO ALONSO	7-26
El Secreto estadístico y el padrón municipal de habitantes ALBERTO DE LA FUENTE MIGUÉLEZ	27-38
La Dirección General de Propios y Arbitrios del Reino (1824-1834) JOSÉ VICENTE LORENZO JIMÉNEZ	39-54

Crónicas

La oferta electoral del Bloque Nacionalista Galego (BNG) en las elecciones autonómicas CRISTINA ARES CASTRO-CONDE	55-69
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------

Experiencias y casos

Concil Appointed Mayors in Spain: Effects on Local Democracy MARÍA JESÚS GARCÍA-GARCÍA.....	70-78
Incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en las competencias municipales en materia de mercado de abastos M.ª ÁNGELES GONZÁLEZ BUSTOS.....	79-91
La indeterminación competencial y la potestad sancionadora de los entes locales como presupuesto fallido para la sustitución de las sanciones administrativas por trabajos en beneficio de la comunidad CRISTIAN RODRÍGUEZ ALONSO.....	92-104
Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015 ALEJANDRO RAMÓN ANTELO MARTÍNEZ.....	105-121

Resenciones

Joan AMENOS ÁLAMO, <i>El mito de la ciudad compacta</i> , Servicio de Publicaciones de la UAB, Barcelona, diciembre de 2015 ORIOL CAUDEVILLA PARELLADA.....	122-128
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------



